

**Université Panthéon-Assas  
école doctorale de droit privé**

**Universidad Externado de Colombia**

Thèse de doctorat en Droit Privé en cotutelle  
soutenue le 24 février 2016

Thèse de Doctorat / 24 février 2016

**Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du  
consentement contractuel**



**Université Panthéon-Assas**



**Silvana FORTICH**

Co-directeurs de thèse : **Monsieur Edgar CORTES**  
Professeur à l'Université Externado de Colombie

**Monsieur Denis MAZEAUD**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Nathalie BLANC**  
Professeur à l'Université Paris 13

**Monsieur Alain GHOZI**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Cyril GRIMALDI**  
Professeur à l'Université Paris 13

**Monsieur Juan Carlos HENAO**  
Recteur de l'Université Externado de Colombie

***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 tout d'abord à remercier le Professeur Denis Mazeaud, directeur de cette thèse, pour m'avoir soutenue, guidée et conseillée tout au long de ce travail.

Je remercie également mon codirecteur de thèse, le Professeur Edgar Cortés, qui m'a guidée, orientée et encouragée pendant ces années.

J'adresse également mes remerciements à Monsieur Alain Ghozi, Monsieur Cyril Grimaldi et Madame Nathalie Blanc, qui ont accepté de participer au jury de soutenance.

Je désire encore remercier mon doyen Fernando Hinestroza (R.I.P) qui m'a incitée à accepter ce défi et à me lancer dans la voie académique.

Je ne saurais oublier de mentionner le Recteur de l'Université Externado de Colombia, Juan Carlos Henao, qui m'a vivement encouragée et motivée, en particulier lors de la phase finale du doctorat, et le remercier pour avoir accepté de participer au jury de soutenance.

Enfin je remercie tout particulièrement Andrés Gómez pour son soutien sans faille et ses encouragements permanents du début à la fin de ce processus.

Bogotá, janvier 2016

### ***Résumé:***

En matière de formation des contrats, le consentement de la partie qui s'oblige est soumis au principe de liberté des formes. Par exception, la volonté doit adopter une certaine forme contractuelle pour s'extérioriser.

Face à l'évolution du droit des contrats et à la nécessité de combattre les déséquilibres contractuels propres aux rapports contractuels actuels, le formalisme expérimente un processus de revitalisation et de renaissance en droit contemporain dont la finalité principale consiste à protéger le consentement contractuel des parties au contrat.

Cela rend indispensable l'analyse des fondements du formalisme et de son rôle dans la protection du consentement contractuel en droit contemporain, à travers la révision transversale de ses nouvelles manifestations, principalement en matière du droit de la consommation et du commerce électronique ; pour constater finalement ses véritables effets et conséquences en matière du droit des contrats.

***Descripteurs :*** Consensualisme – Formalisme – Contrat – Consentement – Volonté – Forme – Preuve – Formalité – Convention – Liberté – Consommateur – Information – Mentions – Sanction.

### ***Abstract :***

In contract law, the agreement of the parties is ruled by the freedom of choice of forms of contract. In this way, contracts are signed by the mere consent of the parties, and there is a freedom regarding the ways for its externalization.

Despite this, the evolution of contract law and the need to combat specific contractual imbalances of contractual relationships, formalism is experiencing a revitalization process and a rebirth in contemporary law, with the main purpose to protect the contractual consent.

For these reasons it is necessary to analyze the role of formalism in the protection of contractual consent, reviewing its new manifestations, mainly in the field of consumer and commercial law ; finally finding its true effects and consequences in contract contemporary law.

***Keywords :*** Consensualism – Formalism – Contract – Agreement – Forms – Freedom – Parties – Consumers – Information.

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

al. alinéa

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. santé publ. Code de la santé publique

C. trav. Code du travail

CA Cour d'appel

Circ. Circulaire

Cit. Citation

Com. Commercial

Conc. Concurrence

Consom. Consommation

CPC Code de procédure civile

D. Recueil Dalloz Sirey

Defrénois Répertoire du notariat Defrénois

Dir. Directive

Doctr. Doctrine

Dr. & patr. Droit & patrimoine

Dr. famille Droit de la famille

Dr. trav. Droit du travail

*éd.* édition

esp. espèce

Gaz. Pal. Gazette du Palais

*ibid ibidem* (au même endroit)

*in* Dans

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

LCEN Loi pour la confiance dans l'économie numérique

*obs.* observation

*op. cit* dans l'ouvrage cité

p. page

préc. précité

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

RDC Revue des contrats

Règl. Règlement

Rép. Répertoire

Rép. civ. Dalloz Dalloz (Encyclopédie) – civil

Rép. com. Dalloz Dalloz (Encyclopédie) – commercial

Rev. conc. consom. Revue de la concurrence et de la consommation

RJ com. Revue de jurisprudence commerciale

RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S. Recueil Sirey

s. suivant

somm. Sommaire

t. Tome

TAEG Taux annuel effectif global du crédit

TEG Taux annuel effectif global du crédit

V. voir

## SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	9
<b><i>PREMIERE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET LIBERTE CONTRACTUELLE</i></b>	<b>190</b>
<b>TITRE I LE FORMALISME DE SOURCE LEGALE</b>	<b>22</b>
Chapitre 1. L'évolution du formalisme et la liberté contractuelle	23
Chapitre 2. Les formes classiques de protection de la volonté et leurs manifestations modernes	42
<b>TITRE II LE FORMALISME DE SOURCE CONVENTIONNELLE</b>	<b>73</b>
Chapitre 1. La convention sur les formes de validité	74
Chapitre 2. La convention sur la preuve des actes juridiques	97
<b><i>SECONDE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET JUSTICE CONTRACTUELLE</i></b>	<b>124</b>
<b>TITRE I LA NOTION DU FORMALISME INFORMATIF</b>	<b>127</b>
Chapitre 1. Les raisons du formalisme informatif du droit de la consommation	128
Chapitre 2. Les fonctions du formalisme informatif du droit de la consommation	151
<b>TITRE II LA PORTEE DU FORMALISME INFORMATIF</b>	<b>181</b>
Chapitre 1. Les formes légales du droit de la consommation	182
Chapitre 2. La force du formalisme informatif	208
<i>Conclusion</i>	241

## Introduction

---

1. En matière de formation du contrat, l'expression du consentement des parties est soumise au principe du consensualisme. En vertu de ce principe le contrat est formé par la seule volonté des parties et les modes pour l'extérioriser sont libres<sup>1</sup>. Ce qui veut dire que la forme du contrat peut être librement choisie par les parties.

La consécration du principe du consensualisme a été le résultat d'une longue évolution et son triomphe a été la conséquence de l'incorporation de la doctrine de l'autonomie de la volonté. « Philosophiquement, elle repose sur l'affirmation que l'homme est naturellement libre : cette liberté générale comprend celle, plus particulière, de s'engager soi-même, car il n'est pas de liberté complète si un pouvoir d'autolimitation n'y est inclus. Economiquement, elle repose sur la doctrine libérale : les rapports librement débattus assurent le mieux l'ordre et la prospérité économiques. Moralement, elle traduit cette grande loi que les canonistes avaient longtemps hésité à consacrer pleinement dans le domaine du droit : la parole donnée engage son auteur, *pacta sunt servanda* »<sup>2</sup>.

2. Cependant, dans certains cas, l'expression du consentement des parties doit être soumise à l'utilisation d'une forme particulière, ce qui fait du formalisme contractuel l'exception au principe général. Cette obligation de respecter une forme peut avoir sa source tant dans la volonté du législateur que dans la convention des parties.

3. Malgré la relation traditionnelle construite entre formalisme, lenteur et complexité<sup>3</sup>, celui-ci connaît une fortune particulière dans les législations modernes<sup>4</sup>. Ainsi, le droit contemporain des contrats expérimente la

---

<sup>1</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Droit civil, les obligations : l'acte juridique*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996.

<sup>2</sup> J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Mélanges Etudes offerts à Georges Ripert*, 1950, t. I, p. 95.

<sup>3</sup> Propre du formalisme du droit romain. Sur l'évolution et l'histoire du formalisme V. *Infra* p. 24 et s.

<sup>4</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd, 2013, p. 158.

renaissance du formalisme, caractérisée par l'augmentation d'exigences de forme de source légale pour la conclusion du contrat.

Le législateur, face aux défis propres du droit contemporain a entrepris d'exiger certaines formes contractuelles à la formation de contrats particuliers<sup>5</sup>, motivé principalement par le besoin de protéger le consentement des parties qui se trouvent dans une position de faiblesse. Ainsi, « le formalisme connaît un essor législatif considérable et par répercussion, une actualité persistante dans nombre de travaux de recherche »<sup>6</sup>.

4. Face au retour évident au formalisme en droit contemporain des contrats, se présente un ensemble d'interrogations qui justifient cette recherche. Il est donc indispensable de réviser les fondements du formalisme, une institution juridique assez ancienne mais rénovée et vivante de nos jours, ainsi que les conséquences de sa renaissance en droit contemporain (I), sans laisser de côté une vision critique dans l'analyse des classifications et des concepts traditionnels du formalisme (II). Cela nous conduit à étudier son rôle dans la protection du consentement contractuel, motif du véritable intérêt de cette thèse (III), avec la mise en œuvre d'une méthode particulière (IV).

## I. Présentation du sujet de la thèse

5. La renaissance du formalisme a été, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'objet de plusieurs études du droit des contrats. Certes, à propos de cette réalité contemporaine M. Gény a écrit que « Le formalisme juridique... n'est pas un monopole des législations archaïques qui serait fatalement destiné à disparaître avec le progrès de la civilisation... S'il a pu varier dans ses manifestations, il semble, en lui-même, devoir compter à toujours parmi les instruments indispensables à une bonne technique juridique »<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sur le rôle du législateur dans la renaissance du formalisme, V. L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ*, 1937, p. 21.

<sup>6</sup> V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, p. 2.

<sup>7</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, III, n<sup>o</sup>. 206, p. 121.

Jacques Flour écrivait en 1950 que : « Si le formalisme achève vraiment de mourir, cette agonie est bien lente ; que si sa renaissance il y a, elle n'est guère éclatante, pour que certains esprits n'en soient pas éclairés »<sup>8</sup>.

6. En conséquence, face à la survivance du formalisme malgré l'écoulement du temps et l'actualité de la notion, il est indispensable de préciser la définition de ce formalisme contractuel du droit contemporain.

A propos de la notion de formalisme Jacques Flour a écrit que le « formalisme n'apparaît qu'autant que 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 »<sup>9</sup>.

Pour sa part Hervé Jacquemin a écrit que « le formalisme contractuel désigne l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation »<sup>10</sup>.

En ce sens nous pouvons affirmer que, au-delà d'un ensemble de règles, le formalisme contractuel est une technique juridique indispensable pour le droit<sup>11</sup> qui, pour laisser trace de la volonté contractuelle, fait dépendre la validité ou l'efficacité de cette volonté de l'utilisation de certaines formes juridiques précises et déterminées.

7. Se pose alors la question de savoir ce qu'on peut comprendre par forme juridique. Il faut préciser que, dans cette étude, nous considérons comme synonymes les termes « exigence de forme », « règle de forme », « formalité » ou « forme ».

Certes, d'un point de vue philosophique la forme est « la manière d'être d'une matière »<sup>12</sup>. Ainsi, la forme est la structure et le contour d'une chose

---

<sup>8</sup> J. FLOUR, *eod. loc.*, p. 94.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>10</sup> H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, éd., Larcier, 2010, p. 29.

<sup>11</sup> « Le droit ne souffre point l'absence de forme, tandis qu'il peut vivre sous le règne exclusif du formalisme » R.-V. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, éd., 3e éd., t. III, Paris, Chevalier- Marescq, 1887, R.-V. JHERING, *L'esprit du droit romain*, T. III, p. 170.

<sup>12</sup> M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, thèse. LGDJ, 1975, p. 8.

dans le monde. Par conséquent, sur le terrain contractuel, la forme est la structure ou la tenue que revêt la volonté individuelle lors de la conclusion d'un contrat. Pour François GénY, les formes consistent « en des éléments extérieurs qui (conditionnent les) effets de droit (de certains actes juridiques) en les subordonnant à l'accomplissement de certaines solennités extérieures, indépendantes du contenu de la volonté »<sup>13</sup>.

Dans ce sens, le formalisme contractuel répond à l'exigence d'extérioriser la volonté contractuelle par l'utilisation d'une certaine tenue ou enveloppe particulière, à savoir la forme contractuelle.

**8.** Ainsi, les formes sont considérées comme les « éléments extérieurs et sensibles »<sup>14</sup> du vouloir individuel. « La forme extériorise une manifestation de volonté qui vise à produire des effets de droit (créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit subjectif) »<sup>15</sup>.

Cette notion de forme montre la différence existant entre *instrumentum* et *negotium*. En effet, la volonté aura toujours besoin d'être extériorisée. Ce qui est essentiel c'est la volonté interne et la manifestation n'en est que le vêtement que porte le consentement.

Ainsi, on arrive à épurer vraiment la définition du formalisme. Il est possible de se servir de l'analogie traditionnellement utilisée avec les vêtements pour parvenir à une définition du formalisme : la volonté interne comprise comme un vouloir nu, sa manifestation comme le vêtement de ce vouloir et la règle formaliste est l'exigence de ne porter qu'un type spécial de vêtement.

**9.** La volonté libre, fondement du principe du consensualisme, peut choisir entre plusieurs vêtements pour s'extérioriser. Cependant, en présence d'une règle de forme, cette liberté de choisir est limitée, sous peine d'être sanctionnée.

Ainsi, le principe du consensualisme implique la liberté pour les parties de choisir les formes pour extérioriser la volonté individuelle, principalement parce que la volonté aura toujours besoin de se manifester à travers une forme juridique. Ce qui caractérise le consensualisme, à la différence du formalisme,

---

<sup>13</sup> F. GENY, *op. cit.*, n° 202.

<sup>14</sup> R.-V. IHERING, *op. cit.*, p. 159.

<sup>15</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 30.

est la liberté pour les parties du choix de la forme contractuelle. Nous pouvons donc définir le principe du consensualisme comme la liberté de choisir les formes d'extériorisation de la volonté et non pas comme l'absence de formes<sup>16</sup>.

**10.** Ainsi, il n'est pas difficile de constater que l'étude du formalisme se situe dans la phase de la formation du contrat. Se pose alors la question de savoir quel type de responsabilité entraîne l'inobservation des formes contractuelles. Autrement dit, les règles du formalisme entraînent-elles des obligations de type précontractuel ou contractuel ? Par exemple, quel type de responsabilité implique l'inobservation de l'obligation d'introduire certaines mentions obligatoires dans le contrat conclu avec un consommateur ?

A ce sujet il faut préciser que dans cette étude nous voulons explorer les diverses manifestations du formalisme en droit contemporain, plutôt que la responsabilité engagée en cas d'inobservation des règles de forme. Certes, du point de vue de la responsabilité, la réponse semble être en principe facile lorsqu'on considère les règles des sanctions en cas d'inobservation des formalités, sujet qui fera l'objet d'une étude dans la seconde partie de cette thèse.

**11.** En outre, l'étude du formalisme suppose un détour par le droit des contrats spéciaux. Certes, la problématique du formalisme s'inscrit dans la dialectique entre droit commun et droit spécial<sup>17</sup> car l'inflation du formalisme contemporain s'est produite précisément dans les législations du droit spécial des contrats : droit commercial, droit du travail, droit de la consommation, droit de la concurrence, droit des assurances, entre autres.

Par conséquent, « si le consensualisme tend vers le général et le formalisme vers le spécial, doit-on circonscrire l'étude de la place de la forme dans les contrats aux seules dispositions du droit spécial des contrats ? De prime d'abord la réponse paraît positive »<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> S. FORTICH, *Solus consensus obligat*, principio general para el derecho privado de los contratos, in *Revista Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n°. 23, 2012, p. 195.

<sup>17</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 128.

<sup>18</sup> *Ibid.*

Ainsi, il est indispensable d'aborder les champs d'application du formalisme contractuel en parcourant les différents terrains du droit spécial où il s'est développé. Mais dans ce travail nous étudierons les manifestations du formalisme dans le droit privé des contrats, limitées aux seuls actes juridiques du droit privé<sup>19</sup>.

Une fois précisée la notion de formalisme contractuel, il sera pertinent d'aborder les classifications traditionnelles du formalisme informatif par une analyse critique des critères de distinction et de l'utilité de ces classifications.

## II. Analyse critique des classifications traditionnelles du formalisme

12. Face à la multiplicité des formes contractuelles et « cherchant à ordonner la diversité des contrats afin d'en dégager les traits juridiques spécifiques, la doctrine a élaboré la classification des contrats consensuels, solennels et réels »<sup>20</sup>.

« Cette distinction n'est pas expressément mentionnée par le Code, mais elle résulte incidemment de plusieurs de ses dispositions. Le contrat *consensuel* est celui qui se conclut par le seul accord des volontés, sans qu'aucune condition de forme soit requise. C'est la règle d'après le Code civil. Le contrat *solennel* est celui pour la validité duquel la loi exige que le consentement soit donné en certaines formes. Celles-ci consistent le plus souvent en la rédaction d'un écrit qui peut être, selon le cas, notarié ou sous seing privé. Le contrat *réel* est celui qui, pour sa formation, exige non seulement l'accord des parties, mais la remise d'une chose au débiteur »<sup>21</sup>.

Cependant, « distinguer les caractères consensuel, solennel ou réel des contrats ne suffit pas à rendre compte de l'évolution de la forme qui s'impose désormais comme une tendance générale. La classification ignore la diversité

---

<sup>19</sup> Ainsi, par exemple, nous n'aborderons pas les contrats administratifs, conclus avec l'Etat.

<sup>20</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 89.

<sup>21</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°. 63, p. 83. Parmi les auteurs qui présentent aussi cette classification V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, 1957, p. 27 ; H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1, 9<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Paris, 1998, n°. 65 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., p. 25.

des formes et de ce point de vue fait abstraction de leur environnement juridique immédiat »<sup>22</sup>. En fait la doctrine s'est interrogée sur la possible extinction de la catégorie des contrats réels ; certes, l'abandon de cette catégorie est préconisé par une partie importante de la doctrine<sup>23</sup>.

Dans ce sens, « la distinction des contrats consensuels, solennels et réels ne constitue pas une classification juridique car elle ne propose pas un ensemble complet permettant une lecture exhaustive de la matière. Les manifestations du formalisme ne sauraient être ramenées aux catégories de contrats »<sup>24</sup>. Et la difficulté de cette classification s'accroît lorsqu'on prend en compte les diverses manifestations du formalisme en droit contemporain.

**13.** En outre, à propos de la distinction traditionnelle entre formalisme solennel et probatoire et d'opposabilité, il faut souligner que bien qu'elle permette de classer les formes au niveau des effets et de la sanction, elle ne prend pas en compte la nature, la notion et l'utilité des manifestations des formes du droit contemporain.

On est en présence du formalisme solennel ou accentué lorsque la volonté des parties doit s'extérioriser à travers une forme imposée sous peine de nullité. Par contre, on est en présence du formalisme atténué, lorsque les formes sont exigées, non pour la validité du contrat, mais pour sa preuve ou son opposabilité<sup>25</sup>.

« La forme solennelle étant impérativement déterminée, l'auteur ou les auteurs d'un acte juridique solennel sont privés du libre choix du mode d'extériorisation de leur volonté »<sup>26</sup>, et elle est exigée pour la validité du contrat. Par contre, les formes probatoires, à la différence des formes solennelles, ne conditionnent pas la validité de l'acte juridique. « En leur absence, l'acte existe. Simplement, il risque de ne pas pouvoir être prouvé et d'être ainsi privé d'efficacité »<sup>27</sup>. Finalement, les formes d'opposabilité ou de publicité ne conditionnent pas non plus la validité de l'acte, mais son efficacité et son opposabilité au regard des tiers.

---

<sup>22</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 90.

<sup>23</sup> « Les contrats dits réels ne seraient que des contrats synallagmatiques ». S. PIEDELIEVRE, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 mars 2000, *D.* 2000, n<sup>o</sup>. 22.

<sup>24</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 125.

<sup>25</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 161 et s.

<sup>26</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>27</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 179.

Malgré la clarté apparente des critères de la distinction, cette classification des formes contractuelles ne permet pas de souligner l'élément distinctif des formes de protection du consentement. Le formalisme accentué et atténué se distinguent principalement au niveau de la sanction, et non pas au niveau de la nature et de la portée des formes<sup>28</sup>.

14. En conséquence, en considération des arguments qui viennent d'être exposés et étant donné que le sujet de cette thèse est limité à l'étude du formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel, les classifications traditionnelles du formalisme ne seront pas prises en compte.

Principalement parce que les formes protectrices de la volonté contractuelle - objet d'étude central de cette thèse- rentrent difficilement dans les catégories traditionnelles du formalisme contractuel. « Certains auteurs estiment que ces exigences de forme -de protection de la volonté contractuelle- ressortissent, pour la plupart, au formalisme solennel et, plus rarement, au formalisme probatoire. D'autres considèrent qu'elles relèvent d'un genre nouveau, baptisé notamment « formalisme d'information » ou « formalisme de protection ». Les contours de ces catégories nouvelles demeurent néanmoins flous. Elles témoignent d'un malaise »<sup>29</sup>.

15. Plus précisément, à propos de la distinction entre formes solennelles et formes probatoires il faut souligner que pour les effets de cette étude lorsqu'on parle des règles de preuve on se trouve toujours sur le terrain du formalisme. Certes, le droit de la preuve est considéré formaliste par essence.

En ce sens, « Si l'on en demeure à l'analyse de la forme des contrats, il faut nécessairement tenir compte des règles de preuve. Il y a un formalisme probatoire comme il y a un formalisme solennel. Il est alors permis de penser qu'ils participent d'une seule et même tendance du système juridique »<sup>30</sup>.

Dans le même sens il est possible d'affirmer que « la notion d'efficacité de l'acte juridique occupe, on le voit, une place prépondérante dans la définition du formalisme. Or, la règle de preuve d'un acte juridique conditionne son efficacité dans la mesure où elle constitue le moyen d'établir son existence

---

<sup>28</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 126.

<sup>29</sup> E. MONTERO, préface thèse H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 8.

<sup>30</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 132.

judiciaire. Lorsque la preuve d'un acte dépend de sa rédaction préalable, il se trouve soumis à une règle de forme qui conditionne son efficacité. De ce point de vue il n'y a alors pas de raison d'exclure les règles de preuve des manifestations du formalisme »<sup>31</sup>.

Ainsi, il ne fait aucun doute que l'étude du formalisme contractuel est essentielle pour comprendre le moment de la conclusion du contrat, les manifestations de la volonté individuelle et ses modes d'extériorisation. Cependant, le véritable intérêt d'étudier actuellement le formalisme est déterminé par la relation qu'il garde avec la protection du consentement.

### III. Présentation de l'intérêt de la thèse

16. Dans son célèbre article sur la renaissance du formalisme, Jacques Flour présente avec beaucoup de netteté une trilogie des finalités des règles de forme : En premier lieu le formalisme a comme finalité la protection du consentement, en deuxième lieu la protection des tiers, et finalement le formalisme poursuit aussi des objectifs de sécurité et de rapidité<sup>32</sup>.

Dans cet ordre d'idées, et suivant une logique téléologique, cette thèse prétend étudier le rôle du phénomène formaliste contemporain dans la poursuite de la finalité de protection du consentement contractuel.

En conséquence, il faut préliminairement exclure de cette étude, les manifestations du formalisme qui cherchent à protéger les tiers -formalisme de publicité- et à favoriser des objectifs de sécurité et rapidité.

Dans ce sens, nous ne nous référerons pas aux formalités de publicité, car leur finalité est la protection des tiers, ce qui est totalement exclu de l'objet de ce travail. Nous n'étudierons pas non plus le formalisme cambiaire qui consiste avant tout à concilier la simplicité, la rapidité et la sécurité des relations commerciales, et pas précisément la protection de la volonté individuelle.

17. Notre recherche a pour objet exclusif l'étude du formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel, car il est d'un véritable intérêt dans l'environnement contractuel contemporain et face aux défis que présentent les rapports contractuels actuels.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> J. FLOUR, *eod. loc.*, p. 93.

Certes, le formalisme contractuel est une institution juridique assez classique du droit civil dont l'étude soulève un grand intérêt en droit contemporain par la relation qu'il entretient avec la protection de la volonté contractuelle.

Ainsi, le formalisme contractuel devient un outil essentiel du droit contemporain pour protéger les volontés des parties au contrat, ce qui justifie l'importance d'analyser la liaison qui existe aujourd'hui entre formalisme et protection du consentement.

Il ne fait aucun doute que le phénomène formaliste est une réalité vivante et actuelle. Le processus d'augmentation des formes protectrices de la volonté est évident. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure ce formalisme est un instrument effectif de protection du contractant réputé faible.

Ihering, par exemple présente la relation particulière qui existe entre forme et liberté. Dans cette perspective il démontre que, malgré l'apparente contradiction entre les deux notions, le formalisme est le gardien de la liberté contractuelle, et il ajoute : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est sœur jumelle de la liberté »<sup>33</sup>.

Face à ces enjeux, il est possible d'affirmer que « l'instrumentalisation du formalisme est un facteur notable de sa renaissance. L'idée, bien connue, est que la forme doit être utilisée dans ses fonctions de protection des parties ou des tiers à l'acte juridique »<sup>34</sup>. Ainsi, la règle de forme doit être conçue comme un mécanisme juridique fonctionnel, qui a pour finalité le contrôle de certains déséquilibres et ainsi, la protection de la volonté.

Alors, pour aborder le sujet il est indispensable d'utiliser une méthode particulière qui permette l'approche de deux systèmes juridiques différents.

#### **IV. Présentation de la méthode et du plan de la thèse**

**18.** A propos du formalisme, Jean Luc Aubert, lors des journées offertes en hommage à Jacques Flour a déclaré : « C'est que le thème de cette journée –le

---

<sup>33</sup> V. IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Enrique Príncipe y Satorres (trad. y notas), Granada, 1998, p. 640.

<sup>34</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 128.

formalisme- est d'une ampleur angoissante, d'autant plus que la diversité des manifestations du formalisme rend celui-ci largement insaisissable »<sup>35</sup>.

Ainsi, étant donné la complexité et l'immensité du sujet, l'emploi d'une méthode pertinente est indispensable pour couvrir toutes les manifestations du formalisme et son rôle dans la protection de la volonté contractuelle en droit contemporain.

**19.** En outre, la méthode employée doit permettre le rapprochement de deux systèmes juridiques : le système de droit français et le système de droit colombien. Cette étude n'est pas un travail strict de droit comparé, cependant, dans le développement nous aborderons le sujet du formalisme principalement du point de vue du droit français, en faisant des références éventuelles au droit colombien.

En effet, le développement du sujet en droit colombien est très pauvre, tant dans la législation que dans la jurisprudence et la doctrine. Ainsi, ce travail utilise le droit français comme une source et une référence avant d'essayer d'en faire bénéficier une réglementation du formalisme, et en particulier du formalisme informatif, en droit privé colombien. De cette manière, et avec cette ambition nous ferons principalement une étude du droit français, mais avec un regard colombien.

**20.** Ainsi, après avoir présenté le sujet et l'intérêt de son étude en droit actuel il est pertinent de présenter la structure générale de la recherche, élaborée à partir de l'étude des deux piliers fondamentaux du consentement contractuel en droit contemporain : La liberté et la justice contractuelle. Dans ce sens, dans la première partie de la thèse nous aborderons l'étude du formalisme contemporain et la liberté contractuelle (première partie) et ensuite, nous étudierons le formalisme contemporain et la justice contractuelle (seconde partie).

---

<sup>35</sup> J.-L. AUBERT, Le formalisme (rapport de synthèse), in *Rép. Défrénois n° spécial*, Jacques Flour, 2000, p. 931.

## PREMIERE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE

---

21. Le contrat, source d'obligations, est indéniablement l'œuvre des volontés des parties. La grande conquête du mouvement volontariste du XVIII<sup>ème</sup> siècle a placé la volonté individuelle au cœur de la formation du contrat, et a contribué par conséquent à l'essor du principe d'autonomie de la volonté et à la reconnaissance de sa souveraineté absolue.

22. La théorie de l'autonomie de la volonté conduit à la proclamation de trois principes étroitement liés : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat. A travers l'étude de la liberté contractuelle, objet de cette première partie, se trouve la double dimension du principe : la dimension matérielle<sup>36</sup> et la dimension formelle. Dans sa dimension formelle, la liberté contractuelle implique le principe du consensualisme, selon lequel l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat<sup>37</sup>.

Ainsi, la victoire du principe de l'autonomie de la volonté a entraîné parallèlement le triomphe du principe du consensualisme. La souveraineté de la volonté n'implique pas seulement le pouvoir de créer des liens contractuels par la seule volonté, mais implique aussi la liberté de déterminer les formes utilisées pour l'extériorisation de ce vouloir individuel.

23. C'est sous l'angle de la relation entre deux éléments du principe de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle quant au fond et le consensualisme quant à la forme, que nous voulons examiner le formalisme contemporain. En fait, l'étude du formalisme a toujours été justifiée par l'intérêt de protéger les parties du contrat. « Les exigences de solennité auxquelles sont soumis certains actes sont des précautions prises en vue de

---

<sup>36</sup> « Quant au fond, elle s'exprime à travers une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son cocontractant, déterminer librement le contenu du contrat ». F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz. 9<sup>e</sup> éd., 1994, p. 31.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 32.

parvenir, autant que possible, à ce que le consentement des parties soit réfléchi et donné en toute connaissance de cause »<sup>38</sup>.

**24.** Dans ce sens nous étudierons dans cette première partie le lien qui existe entre le formalisme contractuel et la liberté contractuelle, étant donné que le mouvement formaliste contemporain a pour finalité la protection de la volonté contractuelle. Ainsi, nous allons montrer dans les pages suivantes la liaison existant entre formalisme et liberté contractuelle du point de vue de la source de la règle de preuve.

**25.** Dans un premier Titre nous étudierons le formalisme de source légal et la protection de la volonté comme finalité du formalisme contemporain (titre I) avant d'aborder le formalisme de source conventionnelle, où nous aborderons la volonté contractuelle à la source de la règle de forme ou de preuve (titre II).

---

<sup>38</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, *Mélanges J. Flour*, n°. 15-16, Le formalisme, Defrénois, 2000, p. 881.

## **TITRE I LE FORMALISME DE SOURCE LEGALE**

**26.** Etudier le formalisme contemporain et sa relation avec la liberté contractuelle nous amène tout d'abord à analyser le travail et la finalité du législateur dans l'imposition des formes pour la conclusion du contrat. Il convient donc tout d'abord d'étudier l'évolution du formalisme et sa renaissance en droit contemporain des contrats (chapitre 1), avant d'aborder l'analyse des formes classiques de protection de la volonté et leurs manifestations modernes (chapitre 2).

## CHAPITRE 1.

### L'EVOLUTION DU FORMALISME ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE

27. Après une longue évolution, le droit privé des contrats a fini par donner au consensualisme la valeur de principe suite à l'abandon du formalisme primitif propre au droit romain. Il s'est ainsi construit une forte liaison entre liberté contractuelle et consensualisme (section 1). Cependant, après l'essor du mouvement consensualiste, à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, et avec le processus général de renaissance du formalisme contractuel, le droit des contrats a réussi à mettre en évidence sa fonction utilitaire (section 2).

#### **Section 1. De la construction du lien classique : Liberté et consensualisme**

28. Bien qu'ayant occupé une place fondamentale dans les systèmes primitifs de droit des contrats (A), le formalisme a été progressivement remplacé par le consensualisme, lui-même inspiré par l'idée de la puissance de la volonté pour créer des liens contractuels. Le consensualisme s'est élevé au rang de principe suite à l'essor des philosophies individualistes du XVIII<sup>ème</sup> siècle (B).

#### **A. Formalisme originel : forme vs. consentement au sein des législations primitives**

29. Afin d'étudier l'évolution du formalisme, il faut partir du droit romain, système juridique où émerge le formalisme, dans son expression la plus primitive (§1). Mais c'est précisément au sein du droit romain que le consensualisme est apparu pour la première fois dans l'histoire du droit des contrats, quand l'accord des volontés a trouvé une place dans la formation du contrat (§2).

## §1. Ritualisme et force créatrice dans l'ancien droit romain

**30.** Pour étudier le formalisme dans les systèmes primitifs, il faut nécessairement partir du droit romain. En effet, c'est le droit romain ancien qui a donné naissance au formalisme dans son expression la plus primitive.

Étudier les sociétés grecques, par exemple, ne serait pas d'un grand apport pour étudier le formalisme, car les droits grecs sont plus réalistes que formalistes<sup>39</sup>.

En général, les systèmes primitifs ont été gouvernés exclusivement par l'idée du formalisme contractuel. Il fallait impérativement recourir à la forme pour que naissent les obligations<sup>40</sup>.

**31.** Dans l'ancien droit romain, régnait le ritualisme et sa force créatrice en matière de contrats. La forme est un principe régisseur de l'élaboration du contrat. L'existence dans le droit ancien de figures formelles comme la *Sponsio*, *Abrogatio*, *confarreatio*, *manumissio*, *testamentum*, *nexum*, *mancipium*, *in iure cessio*, *solutio per aes et libram*, entre autres, démontrent une certaine rigueur formelle. Des rites formels propres aux relations contractuelles romaines sont présents, ce qui nous amène aussi à étudier le contrat comme procédure formelle<sup>41</sup>.

L'ancien droit romain croyait en « l'efficacité des rites » par la magie. Il ne cherchait pas à savoir qui se trouvait derrière les rapports « contractuels » entre les parties. Le consentement, et sa primauté en matière de droit des obligations, est une conquête beaucoup plus tardive.

---

<sup>39</sup> Ainsi à l'époque hellénistique le simple échange des consentements ne suffisait pas à faire naître une action en justice. Les Grecs n'avaient pas une notion claire du contrat comme source des obligations. Selon la conception réaliste grecque, les contrats nécessitent l'accomplissement d'une prestation matérielle qui seule donne naissance au contrat. La force du contrat dérivait de la nécessité pour l'aliénateur d'obtenir de la part de l'acquéreur une "satisfaction". D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 113.

<sup>40</sup> J.- Ph. LEVY ET A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2002, p. 656.

<sup>41</sup> Qui recouvre un nouvel intérêt en droit contemporain des contrats, comme nous le verrons.

**32.** En effet, à cette époque, les Romains ne connaissaient pas le mot *contractus* (acte bilatéral) dont l'apparition remonte à l'époque classique<sup>42</sup>. Auparavant, les Romains ne connaissaient que les *actum* (acte unilatéral). Ainsi, pour parler de formalisme en droit primitif, il faut préciser qu'il s'agissait d'un formalisme détaché de toute notion de volonté.

Le pacte ou simple convention ne suffisait pas à faire naître une action en justice, permettant aux parties de faire reconnaître leur droit. C'était la forme rituelle qui donnait fécondité au pacte<sup>43</sup>. Le consentement n'avait aucun rôle en droit primitif des contrats<sup>44</sup>. Il n'existait même pas une définition claire du consentement comme source des obligations<sup>45</sup>.

## §2. Une place pour l'accord des volontés et l'apparition du consensualisme dans le droit romain classique

**33.** Le point de départ pour étudier le formalisme en droit romain est la prévalence du principe hérité de l'époque ancienne : « *Nuda pactio actionem non parit* », selon lequel il faut indispensablement la présence de forme et de rites pour valider les obligations, ce qui veut dire que l'accord en lui-même, c'est-à-dire le « pacte nu », n'engendrait aucun effet juridique.

---

<sup>42</sup> L'engagement unilatéral a le plus souvent précédé les engagements bilatéraux. V. D. DERROUSSIN, *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 30, p. 118.

<sup>43</sup> Sur l'exercice de comparaison des rôles des formes en droit primitif et en droit contemporain, il faut voir comment en droit romain le pacte nu était semblable à une femme stérile. Aujourd'hui, la forme cherche la protection de la volonté créatrice des obligations. Mais, peut-on toujours affirmer que la forme donne fécondité à la volonté ? V. J. BART, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 358.

<sup>44</sup> Comme on le verra par la suite, la notion actuelle de formalisme est très éloignée de sa conception primitive car le formalisme contemporain est justifié par la nécessité de protection du consentement, situé au cœur de la relation contractuelle. V. p. 39 et s.

<sup>45</sup> Cependant, cette position majoritaire sur l'absence de volonté à la formation du contrat à Rome est tempérée par Corbin, pour qui la forme du contrat n'avait pas la force d'exclure complètement l'intention des parties. Au contraire c'était précisément l'intention des parties qui déterminait la spécificité des effets de l'acte. Par exemple dans la *mancipatio*, la diversité des effets du pacte dépendait de l'objectif visé par les parties. La volonté définit les effets de la *mancipatio* particulière concernée. V. A. CORBINO, *Il formalismo negóciale nell'esperienza romana*, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.

**34.** Cependant, plus tard, dans le droit romain classique l'accord des volontés trouve une place dans la formation du contrat. À l'époque classique, le grand trafic dans la mer Méditerranée a favorisé le développement du pouvoir commercial de Rome. Ainsi, à partir du II<sup>ème</sup> siècle avant JC, il est possible d'apprécier le passage d'une société romaine agricole à une société remarquablement commerciale.

**35.** Cette transformation est définitive car, parallèlement, les Romains ont expérimenté l'émergence d'un nouveau droit, grâce au travail du prêteur. Ce nouveau droit va impliquer l'assouplissement du formalisme<sup>46</sup>. Les anciens types de contrats romains ne permettaient plus de résoudre certains problèmes de la pratique commerciale classique, et ils vont ainsi laisser la place aux contrats innomés, et ainsi, la notion de consensualisme va être introduite dans le droit des contrats.

En effet, au cours de l'époque classique le droit romain a reconnu le statut de contrat à certaines conventions, sous la notion de contrats consensuels. Gaius (III, 135) en donne la liste : la vente, le louage, la société et le mandat.

**36.** C'est ainsi que la question du consentement commence à occuper, et finalement à dominer, la réflexion des prêteurs et jurisconsultes qui, dans leurs interventions, exigeaient que tout contrat ait été véritablement consenti. Ils s'enhardirent à donner au consentement des effets du droit en dehors de l'*actum* du droit ancien<sup>47</sup>.

Au cours de l'époque classique, l'accord des volontés (*conventio*) prend une place dans l'ordre juridique pour enfin arriver à se situer au cœur du contrat. Les Romains ont expérimenté l'apparition de la notion d'accord des volontés, sans avoir connu auparavant une différenciation nette entre les différentes sources des obligations<sup>48</sup>.

En effet, certains auteurs pensent même que les premiers pas du consensualisme se trouvent dans le droit romain, précisément à l'époque où il

---

<sup>46</sup> M. KOTEICH, M.- L. NEME et E. CORTÉS, Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? in *Revista Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n°. 9, 2005.

<sup>47</sup> D. DERROUSSIN, *op. cit.*, n°. 32, p. 118.

<sup>48</sup> Julien, par exemple, appelait *contractus* toute opération qui donne naissance à une obligation, que le résultat soit voulu ou non par les parties. Paul et Ulpien appellent *contractus* toute espèce d'obligation.

se libérait du droit archaïque des pontifes par l'action des préteurs entre le III<sup>ème</sup> et le I<sup>er</sup> siècle avant JC.

37. Il convient de mentionner que même si les Romains ont commencé à considérer l'étape de formation du contrat et contribué à l'apparition d'une notion embryonnaire de liberté contractuelle, cela ne veut pas dire pour autant que le droit romain ait vraiment formulé une conception volontariste du contrat.

Même à l'époque de Justinien, les Romains n'ont jamais eu une conception consensualiste du contrat : le consensualisme serait plutôt une invention de Domat ou des auteurs du XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>49</sup> comme nous le verrons par la suite.

## **B. Antécédents du principe du consensualisme - Les mobiles de la naissance du principe du consensualisme**

38. L'adoption du principe du consensualisme n'a pas été fortuite mais est le résultat d'une évolution dans le temps. Le système contractuel du Moyen Âge l'introduit progressivement (§1), mais il se consolide surtout dans les temps modernes (§2).

### §1. Au Moyen Âge

39. Le fait de placer la volonté au cœur du contrat fait émerger le principe du consensualisme au niveau formel. Selon ce principe, le contrat ne dépend pas de l'accomplissement des conditions de forme pour sa validité.

Cependant, la reconnaissance du consensualisme comme principe n'est totale qu'à la fin d'un long processus d'évolution en droit des contrats. A ce propos, M. Abdalla dans sa thèse de droit comparé affirme qu' « au Moyen Âge, le formalisme a persisté et le volontarisme n'a dominé dans la création du contrat que progressivement »<sup>50</sup>.

Ce processus qui se termine par ce que l'on appelle la percée du consensualisme, a été précédé par l'influence des différents mouvements du

---

<sup>49</sup> J. GAUDEMET, *Droit Privé Romain*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2000, p. 264.

<sup>50</sup> A. ABDALLA, *Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats, étude comparative*, thèse, Le Caire, Publications de l'Université du Caire, 1974.

Moyen Âge. La renaissance du droit romain avec les Postglossateurs et l'influence des Canonistes du droit coutumier a contribué à l'idée de la suffisance du consentement pour faire naître des obligations et à ce que son mode d'extériorisation ne soit pas systématiquement prescrit par la loi .

**40.** Les Glossateurs et Postglossateurs ont contribué à l'émergence du consensualisme en atténuant le formalisme hérité du droit romain. Après la réapparition du fameux exemplaire antique du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, les Glossateurs du Moyen Âge ont entrepris de redécouvrir la notion de consentement du droit romain. Selon eux, le pacte nu, à la différence de ce qu'établissait le droit romain classique, est valable. Il engendre une obligation naturelle. De cette manière, ils ont pris en considération le pouvoir de la volonté des parties et ont donné une place importante à la volonté dans la conclusion du contrat. Cependant, ces auteurs restent fidèles à l'idée que la simple volonté n'oblige pas dans tous les cas.

**41.** L'évolution vers le consensualisme, amorcée par les prêteurs au nom de la bonne foi, se vit confirmée sous l'impulsion des Canonistes du Moyen Âge au nom de la morale chrétienne.

En effet les Canonistes étaient beaucoup moins restrictifs que les Romains. En vertu du caractère sacré d'un serment promissoire et en s'appuyant sur l'Évangile ils ont défendu l'efficacité de la simple promesse comme principe juridique dès la fin du XII<sup>ème</sup> siècle.

**42.** Ils ont apporté au droit l'idée du respect envers la parole donnée et envers la force morale des engagements contractuels. Sous l'influence des principes religieux et du droit canonique est apparue la maxime du *Solus Consensus Obligat*. Le droit canonique a pris comme source d'un côté l'idée romaine de la *fides*, et de l'autre l'esprit moral de l'Église, et a fini par admettre que le consentement suffisait pour engendrer l'obligation.

**43.** Dans la thèse précitée de M. Abdalla, selon le regard des Canonistes « le consentement prenait son caractère obligatoire d'une contrainte théologique exercée sur la volonté et non pas d'une autonomie de celle-ci »<sup>51</sup>.

Au contraire, il est pertinent de souligner que, si la base théologique des constructions canoniques est évidente, pour comprendre l'adage *Solus Consensus Obligat* du droit canonique, son fondement n'est pas strictement

---

<sup>51</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 39.

théologique mais aussi moral. C'est-à-dire que malgré l'inspiration religieuse du droit canonique, il faut noter que son idée du consensualisme était plutôt construite sur le principe moral de respect envers la parole donnée.

Selon Ripert, pour arriver à la conception de la volonté souveraine il a fallu, au cours des siècles, que la religion chrétienne impose aux hommes la foi de la parole scrupuleusement gardée<sup>52</sup>. Autrement dit, grâce aux Canonistes, le droit du Moyen Âge a connu la signification et la valeur de la parole donnée et, par conséquent, il témoigne du début de la naissance du principe du consensualisme.

44. S'il est bien certain que la contribution des Canonistes a été extrêmement importante pour la consécration ultérieure du principe du consensualisme, ils sont restés timides dans l'interprétation du *Pacta Sunt Servanda*. Les Canonistes se sont caractérisés par la peur de transformer le consensualisme, compris comme maxime de type moral, en règle de droit. Cela s'explique par le danger qu'implique la formation de liens juridiques par la seule manifestation de la volonté qui ne laisse aucune trace de sa matérialisation. Si le contrat est établi sans forme, les parties risquent de le conclure à la légère, sans faire l'effort de réflexion et d'internalisation.

45. A la fin du Moyen Âge, avec l'affaiblissement de l'influence de l'Eglise, la théorie canoniste est remplacée par de nouvelles théories philosophiques, économiques et politiques. Toutes sont inspirées de l'individualisme qui participe à la formation du principe de l'autonomie de la volonté.

## §2. Aux Temps Modernes

46. Les Temps Modernes, à la différence des tendances du Moyen Âge, ont été caractérisés par la défense de la primauté de l'individu. L'homme est situé au cœur du monde, l'individu est à la base de l'édifice social, il est une volonté libre.

---

<sup>52</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. II, 1957, p. 125.

47. M. Hugo Grocio a fait disparaître le fondement théologique qui caractérisait le droit naturel au Moyen Âge. Pour lui, l'univers était dominé par les lois naturelles de caractère rationnel, le droit naturel était intelligible et immuable. Selon la thèse avancée par M. Hugo Grocio, il est possible d'affirmer que le droit naturel existe, même dans le cas où l'on nie l'existence de Dieu<sup>53</sup>.

Dès la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle, l'école du droit naturel moderne défend les idées de liberté et d'égalité. Si les hommes sont, par nature, égaux et libres, ils ne peuvent être assujettis que par leur propre volonté<sup>54</sup>. Le triomphe de ces idées a été favorisé par les mouvements individualistes et volontaristes du XVIII<sup>ème</sup> siècle, dont l'influence a été décisive.

48. Selon Rousseau, Kant et Fichte, le contrat n'emprunte pas sa force d'une puissance étrangère mais de l'existence de la **volonté humaine**. On voit ici comment la théorie de l'autonomie de la volonté sert de fondement à l'organisation civile. Plus qu'une maxime de droit privé, l'autonomie de la volonté était fondatrice de la notion d'autorité et de pouvoir dans l'Etat moderne<sup>55</sup>.

49. Le mouvement individualiste va inspirer la construction de la théorie de l'autonomie de la volonté et par conséquent le principe du consensualisme. « Pour les individualistes, la liberté illimitée est l'idéal juridique auquel tend la théorie classique dans l'acte juridique ; la volonté est tout, elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation »<sup>56</sup>.

50. Les volontaristes de leur côté proclament la prééminence de la volonté. Le volontarisme est une doctrine de la philosophie générale selon laquelle : « le fond des choses doit être conçu non par analogie avec les idées

---

<sup>53</sup> H. GROCIO, *Del derecho de presa; Del derecho de la guerra y de la paz*, trad., P.-M. GOMEZ, 1987.

<sup>54</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 43, p. 125.

<sup>55</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, n° 43, p. 139.

<sup>56</sup> *Ibid.*

d'intelligence, mais avec les tendances irrationnelles de la volonté »<sup>57</sup>. « La victoire du volontarisme est un phénomène moderne »<sup>58</sup>.

Chez Kant et Fichte, la volonté humaine apparaît comme le facteur essentiel dans la création, la modification et l'extinction des droits et des obligations. Le droit n'est que la coexistence de la liberté. Il identifie le droit (au sens subjectif) à la liberté, et à l'autonomie de la volonté. M. Alfred Reig écrit que « *La volonté est la cause première du droit* »<sup>59</sup>.

Pour Thomas Hobbes, la raison est un calcul au service de la volonté individuelle. Enfin pour Locke le droit de l'homme à la liberté s'entend comme fondement de la liberté de contracter ou de ne pas contracter<sup>60</sup>.

Les fruits du volontarisme juridique ont été recueillis à travers des phrases qui survivent encore de nos jours, telles que : « on est obligé par le contrat et parce qu'on l'a voulu » ; « le contrat est la manifestation de la volonté humaine ».

**51.** Le libre arbitre de la volonté humaine mène au principe du consensualisme, à la règle de liberté des formes. Le consensualisme s'entend comme hommage à la liberté individuelle, créatrice du droit<sup>61</sup>.

Ainsi, la naissance des bases philosophiques du principe du consensualisme, se situe au milieu de l'installation des théories individualistes et volontaristes du XVIII<sup>ème</sup> siècle. La naissance de ce principe a été donnée dans l'environnement individualiste et volontariste propre à cette étape historique. En ce sens, il est né comme l'expression ultime de la liberté contractuelle.

La liberté trouve son expression dans l'idée d'exprimer sa propre volonté en toute liberté. Cela justifie la construction d'un lien logique initial entre liberté et consensualisme, lien confirmé par la consécration du principe du

---

<sup>57</sup> Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 17<sup>ème</sup> éd., Quadrige, 1<sup>er</sup> éd., 2002.

<sup>58</sup> M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, p. 272.

<sup>59</sup> A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, LGDJ, 1961.

<sup>60</sup> D. DERROUSIN, *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 36, p. 120.

<sup>61</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 132.

consensualisme dans le Code civil de Napoléon, ce qui a donné lieu à ce qu'on appelle *la percée du consensualisme*.

## **Section 2. De l'essor du consensualisme au formalisme utilitaire**

**52.** Le consensualisme a été principalement le résultat de l'avancée des idées individualistes et volontaristes de la modernité. Il a réussi à se hisser au sommet en matière de formation du contrat et à être consacré en tant que principe (A). Cependant, dans le processus d'évolution, le déclin du volontarisme a favorisé l'apparition d'un nouveau concept : le formalisme utilitaire au service de la protection des parties au contrat (B).

### **A. La percée du consensualisme et la consécration du principe**

**53.** Après une longue évolution, le droit des contrats situe la volonté contractuelle au centre de la formation du contrat. Ainsi, la pratique contractuelle et le triomphe des idéaux volontaristes, font du consensualisme le principe de la formation du contrat (§1), et ce principe est consacré dans la législation française (§2).

#### §1. La percée du consensualisme

**54.** Aux temps modernes les conséquences de l'évolution des civilisations sont perceptibles : multiplication des rapports juridiques et accroissement des relations économiques, en raison de la spécialisation des professions, de la division du travail dans chaque branche d'activité humaine et de la production industrielle intensifiée. Face à ces évolutions, le contrat libre s'est imposé comme instrument par excellence afin de satisfaire les transactions.

**55.** Quant à la forme, des idées volontaristes ont affirmé que la conséquence directe du principe de la volonté libre est le principe de la liberté au niveau de la forme<sup>62</sup>. Autrement dit, en matière de forme, les mouvements volontaristes

---

<sup>62</sup> La doctrine la plus répandue en droit contemporain affirme que le consensualisme se présentait comme un dérivé logique du volontarisme. Cependant, il ne faut pas

et individualistes de la modernité se traduisent par l'adoption du consensualisme comme principe en matière de formation des contrats.

Pour ce qui concerne la forme des contrats, la conséquence du principe de l'autonomie de la volonté (règle de fond) se traduit par l'affirmation suivante : « L'homme est maître, non seulement de la portée, mais aussi de la forme d'expression de son engagement »<sup>63</sup>.

**56.** Ainsi, le lien a été établi entre liberté et consensualisme. La possibilité de contracter sans l'exigence de forme a été conçue comme l'instrument le plus efficace pour le plein exercice de la liberté contractuelle et par conséquent, pour la fluidité des transactions dans un marché moderne et rapide.

Alors, « puisque la volonté est souveraine, il faut écarter tout formalisme dans la création des droits et obligations. Le consentement suffit pour conclure un contrat contrairement au droit romain »<sup>64</sup>.

« Qu'importe, ce n'est ni l'équivalence entre les obligations ni entre les forces économiques et les valeurs, mais il suffit de l'égalité juridique et la volonté libre et indépendante des parties »<sup>65</sup>. Au moment de la naissance du principe du consensualisme, ce qui importait était simplement la réalisation et l'expression de la volonté, sans s'inquiéter alors de l'idée d'équivalence des obligations ni de la responsabilité dérivée de l'abus des positions contractuelles.

**57.** A cette période, les seules limites qui existaient pour la volonté autonome et souveraine étaient les restrictions imposées par la loi en cas de contrat conclu avec des mineurs ou en présence d'un dol, d'une violence ou d'une erreur. Autrement dit, l'étude de la volonté contractuelle à cette étape

confondre ces deux mouvements distincts. V. J.-L. FLOUR ET E. SAVAUX, *Droit Civil, Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 5<sup>ème</sup> éd., 1991.

<sup>63</sup> J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Mélanges, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, 1950, p. 95.

<sup>64</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 147.

<sup>65</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 128.

était limitée à la sanction des vices du consentement<sup>66</sup> ; ce qui est assez loin de la protection de la volonté par le contrôle des positions contractuelles et par la protection du consommateur dans le formalisme informatif envisagé par le droit contemporain, comme nous le démontrerons plus loin.

Les notions d'ordre public et d'abus de droit servent comme limites à la volonté. « Pour l'individualisme, ces règles ont leur principe et leur fin dans le droit subjectif de l'individu, beaucoup plus que dans des principes de justice supérieure ou d'intérêt social »<sup>67</sup>.

Le consensualisme, conçu comme un instrument en faveur de la liberté contractuelle, produit deux séries de conséquences : la première, tient dans la simplification puis le dépouillement des éléments formels du contrat ; la seconde dans la construction d'un rapport essentiel entre la procédure de formation du contrat : l'échange des consentements et son régime<sup>68</sup>. Le consensualisme a toujours été lié à l'échange des consentements, basé sur le fondement moral et substantiel du pouvoir de création juridique du consentement et de la liberté comme source ultime des droits et obligations.

## §2. La consécration du principe

**58.** Au XIX<sup>ème</sup> siècle, le processus de codification en matière civile n'était pas étranger au contexte historique du moment. Il est connu comme le siècle de l'individualisme et les idéologies d'alors se reflétaient dans le Code civil de 1804, qui voit le **triomphe du principe du consensualisme**.

Ainsi, la consécration du consensualisme est un reflet des tendances de la pensée juridique propre à ce siècle. En outre, le Code français de 1804, créé sous l'inspiration des idées éminemment individualistes de la Révolution de

---

<sup>66</sup> « Si l'on peut émettre certaines réserves sur cette affirmation au regard de la complexité historique du phénomène consensualiste, il apparaît peu contestable de considérer les vices du consentement comme une étape décisive dans le consensualisme ». V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, p. 321.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 307.

1789, a eu une influence indéniable sur les systèmes juridiques d'Europe et d'Amérique latine.

**59.** Dans cet environnement individualiste, l'absence de référence aux exigences formelles du contrat dans le Code civil de Napoléon, c'est-à-dire le silence du Code, a été compris comme la consécration du consensualisme comme principe. En effet, le Code civil français qui mentionne dans son article 1108 les conditions pour la formation du contrat, ne dispose d'aucune exigence de forme<sup>69</sup>, ce qui a permis de conclure que le contrat se formait par le simple échange de volontés.

**60.** Le Code civil de 1804, inspiré notamment par les œuvres de Domat et Pothier, consacre le **principe du consensualisme**. Cependant, depuis sa consécration, il a été conçu comme un principe non absolu, limité par les formes contractuelles exceptionnelles. Le rôle du formalisme dans les systèmes purement consensualistes est d'abord donné par le besoin, dans quelques cas, de protéger la volonté, et de permettre que le consentement des parties soit réfléchi et exprimé en toute connaissance de cause.

**61.** La supériorité morale du principe du consensualisme s'est maintenue au cours des siècles, fondée sur la notion de liberté contractuelle. D'un point de vue historique, le consensualisme est considéré « comme la marque des sociétés évoluées : le consensualisme symboliserait les sociétés respectueuses à la fois de la morale et de la liberté puisqu'il sanctionne la parole donnée et accorde une valeur prédominante au pouvoir de la volonté »<sup>70</sup>.

**62.** Aujourd'hui, le principe du consensualisme (au moins formellement) se trouve encore au sein de notre système juridique et le formalisme est toujours considéré comme une exception fermement enracinée dans la littérature juridique<sup>71</sup>. En ce sens, le simple accord des parties est suffisant, en principe, pour créer une relation juridique.

---

<sup>69</sup> Dans le Code civil colombien, la situation est similaire. L'article 1502 du Code civil colombien établit les conditions pour la validité de contrat : la capacité, le consentement, l'objet et la cause. De même, l'exigence de forme est omise dans le Code civil colombien. Toutefois, bien qu'il n'existe pas d'article spécifique qui consacre le principe du consensualisme, une lecture attentive du Code civil nous permet finalement de constater que le consensualisme est le principe général.

<sup>70</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 150.

<sup>71</sup> L'article 1171 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie le 25 février 2015, consacre explicitement le principe du

63. Cependant, peu à peu au cours de l'histoire se fixe le contenu du principe du consensualisme. Ainsi, avec la transformation du droit des contrats apparaissent de nouvelles notions. Dans cet environnement débute le déclin du mouvement volontariste.

## **B. Le déclin du volontarisme contractuel et la renaissance d'un formalisme utilitaire contemporain**

64. L'évolution dans la pratique contractuelle a provoqué le déclin du volontarisme contractuel et la démythification du rôle de la volonté dans la période de la formation du contrat. Grâce à ces changements, pendant la deuxième moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle la philosophie socialiste commence à gagner du terrain en matière du droit des obligations (§1) et à modifier le rôle du formalisme contractuel, transformé en raison de sa fonction utilitaire (§2).

### §1. L'esprit social et le contrat comme situation juridique objective

65. L'évolution du droit des contrats a provoqué la décadence du mouvement individualiste et volontariste, et aussi la dénommée crise de la théorie générale du droit des contrats. Le grand pouvoir traditionnellement reconnu à l'autonomie de la volonté disparaît et la théorie générale des contrats perd sa base philosophique.

66. Cependant, nous n'étudierons pas le fond de la crise de la théorie générale du droit des contrats. Plus particulièrement, ce qui nous intéresse ici, est l'étude des causes du déclin du volontarisme qui ont finalement laissé la place à la renaissance d'un formalisme contemporain et utilitaire<sup>72</sup>.

consensualisme, ainsi : « Le contrat est parfait par le seul échange des consentements des parties.

« Par exception, la validité d'un contrat peut être subordonnée à l'observation de formalités déterminées par la loi ou par les parties, ou à la remise d'une chose ».

<sup>72</sup> Ce qui est paradoxal car, malgré le déclin du volontarisme, la finalité la plus poursuivie par le formalisme contemporain est la protection de la volonté. En fait le formalisme est un net instrument du droit au service de la volonté contractuelle. V. J.-L. AUBERT, *Le formalisme (rapport de synthèse)*, in *Rép. Défrenois n°. spécial, Jacques Flour*, 2000, p. 931.

**67.** Les changements économiques et sociaux ont encouragé l'intégration de la **philosophie socialiste** en matière du droit des obligations et l'étude du contrat comme **situation juridique objective**. La révolution industrielle, l'augmentation des rapports entre commerçants, qui marchandent même sans se connaître, entre autres, amenèrent la propagation de l'esprit socialiste, caractérisé par « l'attaque vigoureuse contre les doctrines individualistes et par l'atteinte au principe de l'autonomie de la volonté »<sup>73</sup>.

« Burke, de Maistre et Savigny n'ont pas eu de peine à démontrer la vanité des systèmes de Rousseau et Kant. Ils s'accordent à rabaisser la ridicule prétention de cette toute puissance de l'individu à créer le droit. Pour eux le droit est l'œuvre de l'histoire, de l'esprit national, et du bien commun, forces objectives impersonnelles supérieures à la volonté de l'individu d'un côté et de l'autre côté, elles sont en perpétuel contact avec les réalités sociales qui se conforment avec le droit à chaque instant de son évolution »<sup>74</sup>.

**68.** Cela a contribué à la démythification du rôle de la volonté dans le mécanisme contractuel. « C'est la loi et elle seule qui consacre l'existence de l'obligation contractuelle, et elle le fait, non pas en considération des volontés des contractants, mais en tant que mécanisme régulateur des « centres d'intérêt » que représentent les parties. Ainsi le contrat n'est rien d'autre qu'une situation juridique à laquelle la loi attache des effets de droit et les engagements contractuels résultent de l'autorité de la loi »<sup>75</sup>.

« L'acte juridique n'est plus l'œuvre de volontés, c'est un moyen en vue d'atteindre un but légitime. La manifestation volontaire d'un individu, écrit Duguit, quel qu'il soit, est impuissante par elle-même à créer un effet de droit. Le fait de droit est un fait social. Or, une volonté individuelle ne peut pas, par sa seule force, produire un effet social »<sup>76</sup>.

**69.** En ce sens Josserand affirme : « le contrat échappe de plus en plus à l'action commune et concertée des parties, il cesse d'être une entente

---

<sup>73</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 150.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>75</sup> J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des Obligations*, Dalloz- poche, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 25.

<sup>76</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 152.

intervenue sous l'égide de la liberté, réalisée par le jeu de volontés égales et autonomes, pour devenir une opération dirigée, soit par les pouvoirs publics, représentés ici par le législateur et par le juge, soit par l'un seulement des contractants qui impose sa formule et ses conditions à l'autre »<sup>77</sup>.

70. Autrement dit, « au sortir d'une adolescence baignée d'individualisme, la théorie générale a connu une forte crise de croissance marquée par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté qui l'avait dominée et expliquée jusque-là. Et voilà que dans la déstabilisation de ce fondement perdu, apparaissent des droits jeunes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme les droits de la consommation ou de la concurrence, dont les règles malmènent pour le moins les principes classiques de consensualisme, de liberté contractuelle et autre force obligatoire »<sup>78</sup>.

71. Ainsi, en matière de forme au contrat, le déclin du volontarisme aurait pu transformer aussi l'idéal de consensualisme contractuel en conséquence des théories solidaristes et interventionnistes. Le contrat archétype, libre de forme est remis en cause. Le droit contemporain des contrats met en place un modèle de contrat plus contraignant et plus formel en vue, principalement, de protéger la volonté des parties.

## §2. Le formalisme utilitaire

72. Suite à l'essor du droit objectif et des idées socialistes, à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle des auteurs commencent à parler de renaissance du formalisme contractuel.

En 1950, Flour écrit : « Si le formalisme achève vraiment de mourir, cette agonie est bien lente »<sup>79</sup>. Dans le même sens Gény affirme que le formalisme

---

<sup>77</sup> L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie générale des contrats, *RTD civ.*, 1937, p. 2.

<sup>78</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.*, 1997, p. 357.

<sup>79</sup> J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Mélanges Etudes offerts à Georges Ripert*, 1950, t. I, p. 94.

loin de disparaître, « semble en lui-même devoir compter à toujours parmi les instruments indispensables d'une bonne technique juridique »<sup>80</sup>.

« Le législateur impose, en effet, depuis fort longtemps certaines formalités qui ne sont pas essentielles à la formation du contrat mais qui sont destinées à assurer son efficacité »<sup>81</sup>. Ainsi, la forme est devenue l'instrument le plus efficace pour protéger le consentement des parties. Dans un environnement où les contractants risquent de conclure des contrats à la légère, parfois même sans connaître l'autre partie, le formalisme dans la constitution du contrat permet d'aider la partie considérée comme « faible » à éclairer sa volonté et à la protéger des contrats abusifs et déséquilibrés.

73. Autrement dit, « il s'agit, en fait, d'une utilisation nouvelle des formalités qui sont dorénavant destinées à assurer la protection de l'une des parties en l'informant de ses droits et obligations »<sup>82</sup>. Il s'agit d'un **nouveau formalisme utilitaire** au service de la volonté.

74. Nonobstant la contradiction apparente entre liberté et formalisme, la liberté contractuelle n'est satisfaite que par des actes formels. La forme comme technique permet à la volonté saine de s'épanouir librement. Elle protégera la liberté des contractants<sup>83</sup>.

En ce sens, Ihering écrit : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est sœur jumelle de la liberté ». « La forme c'est le contenu, au point de vue de sa visibilité. La forme suppose toujours le contenu il n'y a ni contenu sans forme, ni forme sans contenu »<sup>84</sup>.

75. Dans le droit contemporain des contrats « une chose est certaine : sans un accord de volontés, il ne peut y avoir de contrat. Le respect de la volonté semble être l'une des plus grandes préoccupations du droit. Les moyens pour y

---

<sup>80</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921, p. 121.

<sup>81</sup> E. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : L'opposition formalisme/consensualisme, in *Les cahiers du droit*, 2002, vol. 43, n° 2, p. 288.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>83</sup> A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 128.

<sup>84</sup> R.-V. IHERING, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, España, éd. Comares, 1998, p. 277.

arriver varient, mais cette idée est l'un des fondements du consensualisme comme du formalisme »<sup>85</sup>.

76. Il est évident que la philosophie individualiste de Kant est encore présente dans notre droit actuel. Aujourd'hui, l'idéal juridique est aussi l'idée de l'autonomie de la volonté réconciliée avec la raison, et harmonisée à la volonté générale.

De ce fait, il est remarquable qu'au fond, le formalisme contemporain cherche à garantir la conservation de la notion d'autonomie de la volonté énoncée par Kant. L'objectif principal du formalisme moderne est celui de protéger la volonté des parties.

77. Néanmoins, pour comprendre le formalisme utilitaire contemporain il faut concilier les idées individualistes et volontaristes avec ce que l'esprit socialiste avait apporté au droit des contrats. En effet, le formalisme contractuel contemporain a pour but la restriction de la volonté individuelle, en principe infinie, afin de l'harmoniser avec des valeurs supérieures intimement liées à la protection de l'intérêt général.

Avec raison, Stuart Mill dit : « Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité. C'est d'elle que nous dépendons lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel »<sup>86</sup>. Dans ce sens, le formalisme moderne dérive aussi de cette idée.

78. Ainsi il est évident que le formalisme contemporain est un nouveau formalisme dont le concept est très différent du concept du formalisme romain. « Le formalisme contemporain, aux antipodes d'un tel concept, se révèle tout au contraire essentiellement au service du consentement »<sup>87</sup>. En plus il se distingue du formalisme classique, réservé aux actes les plus graves car le nouveau formalisme contemporain est au contraire, une « assistance accordée aux contractants les plus faibles »<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> E. CHARPENTIER, *eod. loc.*, p. 287.

<sup>86</sup> J-S. MILL, *El utilitarismo: un sistema de la lógica*, Libro VI, capítulo XII, Madrid, Alianza, 2007.

<sup>87</sup> J.-L. AUBERT, *eod. loc.*, p. 939.

<sup>88</sup> *Ibid.*

**79.** De sorte que « la résurgence du formalisme n'est pas fortuite ; elle est largement liée au rôle protecteur qu'on lui prête généralement ». Ainsi, c'est «le formalisme au secours du consensualisme »<sup>89</sup>. En somme, la forme se met au service de la volonté individuelle.

**80.** Ainsi, le formalisme utilitaire du droit contemporain utilise de nombreux outils pour protéger la volonté des parties contractantes. Ces formes contemporaines de protection de la volonté seront l'objet d'étude de la section suivante.

---

<sup>89</sup> E. CHARPENTIER, *eod. loc.*, p. 288.

## CHAPITRE 2.

### LES FORMES CLASSIQUES DE PROTECTION DE LA VOLONTE ET LEURS MANIFESTATIONS MODERNES

**81.** Afin d'identifier les formes contemporaines de protection de la volonté, nous donnerons par la suite quelques exemples de formes du droit classique que nous considérons comme les plus fréquentes dans le droit actuel. Le critère principal retenu pour choisir les formes à analyser<sup>90</sup> est celui de la récurrence des sources de droit à exiger ces formes au contrat. Mais nous les avons également choisies car elles présentent un intérêt à être étudiées du point de vue du droit contemporain des contrats.

**82.** Il faut préciser que dans ce chapitre nous n'approfondirons pas le vaste sujet du formalisme informatif. Nous allons énoncer quelques formes informatives<sup>91</sup> et signaler les éléments constitutifs qui nous permettent de les identifier sous l'angle du droit commun. Nous allons ainsi parcourir les différents types de formes de protection de la volonté en démontrant leur vocation première, celle de garantir la liberté contractuelle, indépendamment de la spécialité du droit<sup>92</sup>.

**83.** Nous étudierons d'abord l'écrit comme forme classique par excellence (section 1), avant d'aborder les manifestations modernes des formes classiques, et en particulier le formalisme électronique (section 2).

#### **Section 1. L'écrit comme forme classique par excellence**

**84.** Avant d'étudier les formes contractuelles, il est essentiel d'aborder l'étude de l'écrit comme forme classique par excellence. Quand on parle de l'écrit on ne fait pas seulement allusion au document écrit. Au sens le plus général, on peut concevoir l'écrit comme les formes alphabétiques adoptées par les sons propres de la langue parlée. Certes, il s'agit d'une forme qui, en

---

<sup>90</sup> Cela veut dire que la liste ici énoncée n'est pas exhaustive.

<sup>91</sup> Les plus visibles et importantes, à notre avis.

<sup>92</sup> Dans la seconde partie intitulée « Formalisme contemporain et justice contractuelle », nous étudierons le sujet du formalisme informatif du point de vue du droit de la consommation, terrain le plus fertile pour la propagation des formes informatives.

soi, a été traditionnellement au service de la volonté contractuelle et du contrat (A). Mais, l'écrit a été aussi l'instrument le plus important pour le développement de ce qu'on dénomme « le formalisme de l'écrit contractuel » et toutes ses formes traditionnelles (B).

### A. L'écrit en soi

**85.** L'importance de l'écriture dépasse le champ contractuel. C'est une forme très ancienne et classique née de la nécessité des personnes de prolonger dans le temps les idées et les pensées. Etudier le début de l'écriture et son histoire est vraiment important (§1), comme l'est aussi, l'étude de la notion de l'écrit comme forme au contrat (§2).

#### §1. La naissance de l'écriture

**86.** L'écriture est un instrument très ancien, apparu il y a plus de 5000 ans sur les rives des fleuves de la Mésopotamie ; elle est née de la nécessité de fixer des messages et de consigner faits et pensées de façon durable.

Au IV<sup>e</sup> millénaire avant JC la brillante civilisation sumérienne, entre les deux rivières qui donnent son nom à la Mésopotamie, le Tigre et l'Euphrate, lègue à l'humanité la révolutionnaire invention de l'écriture, dont la portée n'a cessé de croître jusqu'à notre époque. La communauté qui participera à la naissance de l'écriture serait juste une ville appelée Uruk (aujourd'hui Warka) située dans la basse Mésopotamie sur la rive gauche de l'Euphrate<sup>93</sup>.

**87.** Ainsi, l'écriture permet d'atténuer la fugacité propre à la langue parlée, de transcrire le langage oral, et par conséquent parvient à stabiliser les idées et à les faire subsister dans le temps. C'est une transcription graphique des sons utilisés par les personnes pour communiquer entre elles, un système qui permet d'exprimer durablement les sentiments et les idées<sup>94</sup>.

**88.** Il en va de même dans le domaine contractuel dont la mission principale consiste à conserver les mots dans le temps. Ainsi, l'écriture comme

---

<sup>93</sup> L.-J. CALVET, *Historia de la escritura, De Mesopotamia hasta nuestros días*, Trad. J. PALACIO TAUSTE, éd., Paidós, p. 43.

<sup>94</sup> V. J.-J. ROUSSEAU, *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, Fondo de Cultura Económica de México, 1982, p. 24.

instrument du contrat surgit de la nécessité de rendre durable le contenu du contrat, car l'écrit contractuel est l'image visible, lisible et pérenne du contenu de l'accord.

## §2. L'écrit comme forme du contrat

**89.** De même, l'écrit surgit comme forme du contrat<sup>95</sup>, dès lors que l'importance de certains contrats rend nécessaire l'établissement d'un document écrit. Consigner le contenu du contrat dans un support écrit permet aux parties de réaliser la vraie portée des obligations auxquelles elles se soumettent en protégeant ainsi leur volonté. De plus, l'écrit apparaît comme un instrument audacieux de preuve<sup>96</sup> de ce que contenait l'accord entre les parties, car l'écriture prolonge le message au-delà de l'écho physique des sons<sup>97</sup>.

**90.** Ainsi, l'écrit comme forme du contrat n'est pas un outil aussi récent que d'autres outils. Tandis que le système formaliste romain était fortement dominé par l'oralité<sup>98</sup>, on peut constater une utilisation de l'écriture comme instrument des Romains pour fixer le contenu des contrats, par exemple : la *Transcriptio A Re In Personam*, consistant dans l'annotation de l'opération dans les livres de comptabilité du pater familias ou les *Syngrapha* qui pourraient avoir deux effets : probatoire (*Chirographum*) ou d'existence (*Syngraphum*)<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> L'écrit implique nécessairement un support, sur lequel figurent des signes exprimant un langage. V. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, éd., Larcier, 2010, p. 121.

<sup>96</sup> Il faut mentionner ici, à propos de la fonction probatoire de l'écrit comme forme du contrat, la disposition la plus expansive à cet égard : l'article 1341 du Code civil, disposition qui est encore en vigueur en droit français. Nous aborderons ce sujet au moment opportun, lorsque nous étudierons l'exigence d'une preuve littérale. V. *infra*, p. 103 et s.

<sup>97</sup> L.-J. CALVET, *op. cit.*, p 18.

<sup>98</sup> Caractérisé par l'utilisation des signes, des actes et des mots sacramentaux, comme par exemple la lance qui était pour les Romains le signe de propriété.

<sup>99</sup> F. ESPITIA GARZÓN, *Historia del Derecho Romano*, Universidad Externado de Colombia, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 228.

**91.** L'écriture est la forme par excellence de toutes les époques. Encore aujourd'hui, de nombreuses législations contemporaines exigent, dans quelques situations particulières, que le contrat soit rédigé par écrit. Pour un certain nombre d'actes juridiques, la loi exige que des clauses déterminées soient constatées ou stipulées par écrit. Parfois, pour certains actes, la loi exige *ad solemnitatem*, la rédaction d'un écrit, mais sans exiger qu'il soit authentique<sup>100</sup>.

**92.** La formalité consistant à consacrer dans un document écrit le contenu du contrat se justifie avant toute chose parce qu'il permet d'extérioriser le contenu précis du contrat. On reconnaît ainsi les diverses fonctions exercées par l'écrit comme forme du contrat.

**93.** L'écrit, outre le fait de remplir sa fonction informative, support pour rendre claire le contenu du contrat, remplit d'autres fonctions dans le cadre du droit contemporain des contrats. Selon M. Hervé Jacquemin, l'écrit remplit une triple fonction de garantie, à savoir : la garantie de la lisibilité, la pérennité de l'information et la garantie de l'intégrité des informations<sup>101</sup>.

Par lisibilité de l'information, il veut dire que l'écrit permet au destinataire de l'information de pouvoir en prendre connaissance, directement ou

---

<sup>100</sup> Ainsi, on peut identifier de prime abord deux types classiques de formes écrites : l'écrit sous seing privé et l'écrit authentique. « La solennité plus fréquente est l'acte authentique, c'est-à-dire la rédaction de l'acte par un officier public (art. 1317 CC). Lorsque l'officier est un notaire, il s'agit d'une variété d'acte authentique, l'acte notarié. Pour passer un acte notarié, il faut une volonté plus forte que pour l'acte sous seing privé. La volonté faible est ainsi protégée, d'autant plus que le notaire doit exercer son devoir de conseil ». Le Code civil impose la forme notariée à quatre contrats patrimoniaux : La donation- art. 931 CC ; Le contrat de mariage- art. 1394 CC ; La constitution d'hypothèque- art. 2127 CC ; et la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur- art. 1250 CC. Ph. MALAURIE, L. AYNES ET Ph. STOFFEL- MUNCK, *Les obligations*, Défrenois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 264.

Cependant il faut mentionner que l'écrit authentique ne sera pas objet d'étude dans cette Section car il ne présente pas un intérêt particulier pour être étudié sous l'optique du droit contemporain. Sur le sujet V. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, thèse. LGDJ, 1975, p. 322 et s.

<sup>101</sup> « Il ne suffit pas d'affirmer que l'écrit a pour fonction d'extérioriser une information pour cerner correctement les fonctions de la formalité. Une discussion verbale entre un vendeur et un acheteur a également pour fonction d'extérioriser diverses informations. Pourtant, cet échange oral ne remplit pas les mêmes fonctions que l'établissement d'un écrit, sur lequel ces informations seraient consignées. En effet, l'écrit permet de garantir la lisibilité, la pérennité et l'intégrité des informations ». H. JACQUEMIN, *op. cit.*, n°. 89, p. 121.

indirectement<sup>102</sup>. Par pérennité de l'information, il entend que l'information consignée dans le document écrit « doit pouvoir être lue ultérieurement, dans un certain délai, après avoir été fixée sur un support »<sup>103</sup>. Enfin par intégrité de l'information, M. Jacquemin explique que l'écrit doit assurer l'intégrité de l'information qu'il contient, en empêchant la modification postérieure de celle qui est consignée dans l'écrit. Cependant, selon l'auteur, il serait « excessif d'exiger que cette information soit inaltérable »<sup>104</sup>.

**94.** La lisibilité, la pérennité et l'intégrité sont, en plus d'être des fonctions, des attributs du document écrit qui cherchent à protéger le consentement des parties. L'utilisation d'un document écrit dans la conclusion du contrat offre aux parties la possibilité de savoir avec exactitude ce à quoi elles s'engagent. L'écrit renforce la prise de conscience des parties sur le contenu du contrat.

**95.** Il faut mentionner que la forme, consistant à consacrer l'accord dans un écrit, doit toujours être accompagnée de l'exécution du *devoir de lecture*. La forme ne pourra pas accomplir sa finalité si les parties n'ajoutent pas à l'utilisation de la forme, la lecture réfléchie du contenu du document écrit, leur donnant ainsi une véritable notion des obligations et des droits contenus dans le document<sup>105</sup>.

**96.** L'écrit comme forme du contrat a traditionnellement rempli diverses fonctions et finalités qui sont les raisons déterminantes qui expliquent que cet instrument soit encore une des formalités les plus utilisées par le droit contemporain pour protéger les consentements des parties.

**97.** De surcroît, l'écrit est l'instrument de base utilisé pour le développement du formalisme de l'écrit contractuel. C'est précisément l'écriture, l'outil au service des formes écrites traditionnelles que l'on connaît comme acte authentique, et acte sous seing privé, comme nous allons l'étudier maintenant.

---

<sup>102</sup> Les signes sont directement intelligibles quand le destinataire peut les comprendre sans l'intervention de personne. La lisibilité est dite indirecte dès lors que l'information requiert une traduction, réalisée par un tiers ou au moyen d'un procédé technique. V. H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 123.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>105</sup> Sur le devoir de lecture V. *infra* p. 201 et s.

## B. Le formalisme de l'écrit contractuel

98. Le formalisme de l'écrit contractuel a été le formalisme le plus répandu et le plus étudié en droit classique, car l'acte sous seing privé est précisément l'instrument qui profite des multiples avantages de l'écrit comme forme contractuelle (§1). Avec le développement du droit moderne de l'authenticité, évolue le notariat et l'acte authentique comme forme du contrat (§2).

### §1. L'acte sous seing privé simple et l'acte sous seing privé d'avocat

99. Lorsqu'on est en présence de la forme écrite l'acte sous seing privé doit être étudié car l'écriture est précisément son élément essentiel. En effet, pour qu'un acte sous seing privé soit valable, il est nécessaire, en principe, d'utiliser deux formes : un écrit et la signature<sup>106</sup>.

100. En premier lieu, l'écriture est la forme principale pour la conclusion d'un acte sous seing privé. L'écrit privé est en effet très simple. Il peut être rédigé par les parties, par l'une d'elles, ou par un tiers. Il n'existe aucune exigence sur le support de l'écrit ; en effet, il peut être dactylographié, écrit sur des feuilles imprimées ou sur support électronique. Il n'existe pas non plus d'exigence complémentaire sur le contenu de l'acte, comme par exemple des mentions obligatoires. Ainsi, une lettre missive constitue un acte sous seing privé lorsqu'elle est signée<sup>107</sup>.

101. En deuxième lieu l'acte sous seing privé exige dans tous les cas, une signature<sup>108</sup>. La signature identifie l'auteur de l'acte et exprime sa volonté.

---

<sup>106</sup> Le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015, consacre aux articles 1372 et s. des dispositions sur l'acte sous seing privé. Plus précisément consacre à l'article 1372 que « l'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi de son existence entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause ».

<sup>107</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 283.

<sup>108</sup> Sur la notion et les effets de la signature électronique, V. *infra* p. 74 et s.

« Sa forme est simple, peut même être cryptée à l'avance : Le blanc-seing. Lorsqu'elle est faite sur papier, elle doit être manuscrite »<sup>109</sup>.

Certes c'est l'apposition de la signature qui donne la valeur à l'acte et à l'engagement. Mais que faut-il entendre par signature ? « La signature est le signe graphique qui permet d'identifier l'auteur d'un acte juridique. Elle est à la fois une condition de forme et une condition de fond. Elle atteste la présence du signataire à l'acte et marque son intention de faire de l'acte un acte définitif. Nous pouvons la définir comme une marque personnelle identifiant le signataire (élément matériel), apposée volontairement, dans l'intention de signer (*animus signandi*) »<sup>110</sup>.

**102.** L'écrit privé a été catalogué comme une forme pratique. En effet, « il a l'avantage de n'exiger aucun frais, d'être rapidement et facilement rédigé. Il consiste dans la rédaction d'un écrit, lequel doit être obligatoirement signé par les parties ; mais il n'est pas nécessaire, en principe, qu'il soit daté »<sup>111</sup>.

**103.** Cependant, dans certains cas, l'acte sous seing privé exige des formalités supplémentaires. Lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique la loi exige le **double original**. Ou dans les cas des engagements unilatéraux, une **mention manuscrite** est requise.

**104.** Pour les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, l'article 1325 du Code civil exige la rédaction d'autant d'originaux qu'il existe de parties intéressées. Cet article consacre le dénommé **formalisme du double** ou de *l'original multiple*, qui consiste dans l'établissement d'originaux multiples et dans la mention du nombre d'originaux qui ont été établis<sup>112</sup>.

Cette formalité du double permet d'éviter les contestations car elle garantit à chaque partie un moyen de preuve efficace. Ainsi, l'objectif de cette règle est de garantir, dans les contrats synallagmatiques, l'égalité de toutes les parties sur le plan probatoire. Dans cette perspective, dès lors qu'il s'agit d'une forme

---

<sup>109</sup> Ph. MALAURIE, *op. cit.*, p. 283.

<sup>110</sup> M.- A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 326.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 322.

<sup>112</sup> Le formalisme de l'originel multiple en matière d'actes sous seing privé est consacré à l'article 1375 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015.

probatoire, la jurisprudence a établi qu'en cas d'absence de cette formalité, l'acte n'est pas nul mais privé de sa valeur probatoire, encore qu'il puisse valoir commencement de preuve par écrit<sup>113</sup>.

**105.** En outre, pour les **contrats unilatéraux** et les **engagements unilatéraux** portant sur une somme d'argent ou sur un bien fongible, l'article 1326<sup>114</sup> exige qu'il doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit l'engagement ainsi que la **mention**, écrite « par lui-même », de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres<sup>115</sup>.

Cette formalité permet une rédaction plus réfléchie de l'acte et diminue les risques de faux, grâce à la marque personnelle de la personne qui s'engage<sup>116</sup>. En fait, elle s'impose pour les engagements unilatéraux comme pour le cautionnement et le mandat conféré pour se porter caution<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> « L'article 1325 édicte seulement la nullité de l'écrit comme moyen de preuve, mais non celle de la convention qu'il constate ». Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup>. 444.

<sup>114</sup> Auparavant l'article 1326 exigeait, pour les contrats unilatéraux portant sur une somme d'argent ou une « chose appréciable », que le débiteur eût de sa main écrit, ou tout l'acte sous seing privé, ou la mention « Bon Pour » suivie de la somme ou de la quantité en toutes lettres. La loi du 12 juillet 1980 a allégé ce formalisme en supprimant la mention « Bon Pour » ou « Approuvé » pour ne conserver que l'exigence de la reproduction manuscrite du montant, en chiffres ou en lettres, ou de la quantité déterminée.

Le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015 consacre à l'art. 1376 que « l'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

<sup>115</sup> « L'omission de la mention manuscrite en chiffres exigée par l'article 1326 n'a pas pour effet de priver l'écrit de sa force probante dès lors qu'il comporte la mention de la somme en toutes lettres ». Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>. 467, *RTD civ.* 1996.620, obs. J. Mestre.

<sup>116</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 333.

<sup>117</sup> « Les dispositions de l'article 1326 ne sont applicables qu'aux seules obligations, promesses ou engagements de payer, alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une remise de dette, d'une renégociation à bénéficiaire de prestations ». Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 juin 1973, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>. 205.

**106.** Par contre, il est certain que, le texte ne s'applique pas aux actes authentiques<sup>118</sup>, aux obligations portant sur un corps certain ou une obligation de faire ou de ne pas faire, telle une promesse de contrat. La mention manuscrite n'est exigée pour aucun contrat synallagmatique ni pour les actes extinctifs tels qu'une renonciation<sup>119</sup>.

**107.** A propos du contenu de la mention manuscrite, la jurisprudence a défini la portée de l'obligation en cas d'engagement « indéfini » ou « indéterminé ». Ainsi « lorsque l'obligation de la caution n'est pas chiffrée au moment où celle-ci s'engage -ce que les tribunaux qualifient, à tort, d'engagement « indéfini » ou « indéterminé »-, l'article 1326 du Code civil, prescrivant la mention manuscrite de la somme que s'oblige à payer le débiteur, ne peut être respecté à la lettre. Loin d'écarter ce texte, la Cour de cassation en transforme l'esprit et le rôle : à défaut de mentionner une somme, la caution doit porter sur l'*instrumentum* une mention écrite de sa main exprimant sous une forme quelconque mais de façon explicite la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation »<sup>120</sup>.

**108.** La méconnaissance de cette exigence n'entraîne pas non plus la nullité de l'acte, mais son inefficacité probatoire. L'omission de la mention manuscrite n'a pas d'influence sur la validité de l'obligation, elle a pour effet de priver le titre de sa force probante. Cependant, l'acte vaut commencement de preuve par écrit et peut être complété par des éléments extérieurs à l'acte, matériellement ou intellectuellement<sup>121</sup>.

**109.** En droit colombien, ce régime a été abandonné par l'entrée en vigueur des articles 187 et 232 du Décret 1400 du 6 août 1970 (aujourd'hui articles

---

<sup>118</sup> Cass. com. 20 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 83, *D.* 1990, somm. 383, obs. L. Aynès; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n° 225.

<sup>119</sup> Ex. Cass. Com. 27 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 364.

<sup>120</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 mars 1970, *Bull. civ.* I, n° 80, p. 66 ; *D.* 1970. 403, note L. Aynès.

<sup>121</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 mars 1997, *Bull. civ.* I, n° 80; *JCP G*, 1997.II.2954, note Cl. Gonon; *Defrénois*, 1997, art. 36591, n° 77, obs. J.-L. Aubert.

176 et 225 du Code Général de la Procédure civile colombien), qui a remplacé le texte du Titre XXI du Livre 4 du Code civil colombien<sup>122</sup>.

**110.** Laissant pour l'instant de côté le point de l'acte sous seing privé simple, on passe maintenant à l'étude de la consécration, dans la Loi n<sup>o</sup>. 2011-331 du 28 mars 2011, de l'**acte sous seing privé contresigné par avocat**.

Il s'agit d'une variété de l'acte sous seing privé simple, où la signature de l'avocat atteste qu'il a conseillé et informé pleinement les parties sur les conséquences juridiques de l'acte<sup>123</sup>. Ce texte consacre un évident développement du devoir de conseil qui pèse sur les avocats en droit contemporain. Cela n'implique aucune innovation, car on connaît déjà que « l'avocat est tenu d'un devoir de conseil extrêmement large et rigoureux, puisqu'il doit éclairer ses clients qui ont recours à ses services lors de la conclusion d'un contrat, leur apporter une information dynamique adaptée à leur profil social et économique, assurer l'efficacité des actes conçus sous son autorité et faire preuve d'un devoir de compétence »<sup>124</sup>. Par conséquent, nous pouvons affirmer qu'en ce qui concerne le devoir d'information, le texte légal ne fait que codifier la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>125</sup>.

**111.** De même, l'acte d'avocat a en pratique pour fonction « de servir les intérêts du public dans une économie qui favorise un ample mouvement de libéralisation des services juridiques dont fait partie la rédaction d'actes pour autrui »<sup>126</sup>.

Certes, il est possible de penser que l'acte d'avocat constitue « un instrument au service de la sécurité juridique qui pourrait être réservé aux

---

<sup>122</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones II, De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*, TII, v. 1, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 480.

<sup>123</sup> En droit colombien, n'existe pas un texte légal qui consacre cette forme contractuelle.

<sup>124</sup> D. MAZEAUD, *Contrats : L'acte sous seing privé contresigné par avocat*, *Revue des contrats*, 1 juillet 2011, n<sup>o</sup> 3, p. 874.

<sup>125</sup> L'article 1374 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015, consacre que « l'acte sous signature privée contresigné par avocat fait foi de l'écriture et de la signature des parties. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable. Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

<sup>126</sup> Ch. JAMIN, *L'acte d'avocat*, *Recueil Dalloz* 2011, p. 960.

avocats en raison de la spécificité de leur profession tenant à la fois à leur formation, leur déontologie et leur maîtrise du contentieux qui leur permet, mieux que d'autres professionnels, d'anticiper d'éventuelles difficultés rédactionnelles »<sup>127</sup>.

**112.** En réalité la véritable innovation contenue dans le texte légal précité consiste surtout « comme l'a souligné Michel Grimaldi<sup>128</sup> en plaçant ainsi sur le même pied le conseil du notaire et celui de l'avocat dans ses dispositions relatives à la protection du consentement, dans la mesure où l'acte d'avocat évince, comme l'acte authentique, l'exigence légale d'une mention manuscrite, la loi nouvelle suggère « l'idée d'une identité de mission ou de fonction » du notaire et de l'avocat, tendance qui, si elle se confirmait, pourrait se traduire à long terme par une assimilation des actes instrumentaires que reçoivent les uns et contresignent les autres... »<sup>129</sup>.

## §2. L'acte authentique

**113.** Même si en pratique, dans de nombreux cas les termes « acte authentique » et « acte notarié » se confondent, car la grande majorité des actes authentiques acquièrent ce titre par la signature d'un notaire, il ne faut pas oublier que, selon l'article 1317 du Code civil, d'autres officiers publics peuvent conférer l'authenticité aux actes qu'ils constatent<sup>130</sup>. « Or à côté des

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 961.

<sup>128</sup> M. GRIMALDI, *RDC*, 2010, p. 758.

<sup>129</sup> D. MAZEAUD, *eod. loc.* p. 876.

<sup>130</sup> Le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015 consacre à l'article 1369 que « l'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

notaires, il faut citer comme officiers publics les officiers de l'état civil, les greffiers... »<sup>131</sup>.

Ainsi, si l'officier public est un notaire, il s'agit d'une variété d'acte authentique, l'acte notarié. « Pour passer un acte notarié, il faut une volonté plus forte que pour un acte sous seing privé. La volonté faible est ainsi protégée, d'autant plus que le notaire doit exercer son devoir de conseil. Mais le calcul de la loi est parfois déjoué : il y a des volontés influençables ; il existe aussi des notaires qui ne conseillent rien ou dont le conseil est mauvais (en ce cas, l'objectif légal est indirectement rempli par l'effet de la responsabilité notariale) »<sup>132</sup>.

**114.** Le Code civil dans son article 1317 établit que l'acte authentique « est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». Cependant la loi ne donne pas une définition de l'authenticité, ce qui rend difficile la possibilité de maîtriser la notion d'acte authentique<sup>133</sup>.

**115.** Ainsi, il faut tout d'abord se demander en quoi consiste l'authenticité de l'acte dit authentique. Que signifie un « acte authentique » ? L'authenticité, selon le dictionnaire Cornu consiste dans la « qualité de l'objet ou du document (œuvre, écrit, etc.) dont l'auteur ou l'origine sont attestés, notamment sur la foi d'un certificat »<sup>134</sup>. Le même dictionnaire définit encore « authentique » comme « qui a véritablement l'auteur ou l'origine qu'on lui attribue »<sup>135</sup>.

**116.** A propos de la notion d'acte « authentique », il faut mentionner qu'il est incompressible comme le mot « authentique », qui signifie clair et transparent, et qui, naturellement, veut dire « qui a véritablement l'auteur ou l'origine qu'on lui attribue » ; en matière de formes contractuelles sa

---

<sup>131</sup> R. ROUXEL, *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, thèse, Caen, 1934, p. 39.

<sup>132</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 264.

<sup>133</sup> En droit colombien, l'article 243 du Code général de la procédure civile colombien établit la définition de « *document public* ». L'article 13 du décret 960 1960 établit également la définition d'*écriture publique*, qui est l'équivalent d'un acte notarié, en droit colombien.

<sup>134</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd., PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2007. V. Authenticité.

<sup>135</sup> *Ibid.*, V. Authenticité.

signification est tout à fait paradoxale, car son authenticité doit être certifiée par un tiers, dit officier public. Alors, si l'acte est vraiment écrit en propre et authentique (comme l'indique le mot), son origine ne devrait pas avoir besoin d'être certifiée. Selon cette approche, le sens du mot « authentique » a été évidemment dénaturé.

En ce sens, le véritable « acte authentique » serait celui qui ne laisse aucun doute sur son origine ou son auteur. Par conséquent, on ne devrait pas dénommer l'acte passé devant notaire comme « authentique » mais « authentifié », car précisément son authenticité a dû être attestée.

**117.** Malgré cette difficulté conceptuelle il est certain qu'en matière contractuelle l'acte authentique est celui qui doit être passé devant un officier public (dans la majorité des cas devant un notaire) et qui doit respecter certaines formes particulières exigées par la loi. Certes, certains auteurs considèrent qu'il s'agit de l'exigence la plus sévère, et ces exigences se justifient en raison de l'importance de l'information et de la protection des parties lorsqu'elles font des « actes particulièrement importants et dangereux dans leur vie patrimoniale. L'acte authentique a alors pour objet d'éviter que ces contrats soient conclus sans réflexion et de protéger les parties contre toute pression extérieure »<sup>136</sup>.

**118.** Donc, il est pertinent de se demander quelles sont les conditions et les formes exigées par la loi pour l'acte authentique.

En ce qui concerne les conditions d'élaboration que doit remplir l'acte authentique il faut mentionner, tout d'abord, qu'il s'agit d'un acte unique. « Contrairement à l'acte sous seing privé, établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct<sup>137</sup>, le document constituant le support matériel de l'acte authentique notarié est unique »<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> T.-D. NGUYEN, *Le formalisme en matière contractuelle*, thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, Paris, 2001, p. 82.

<sup>137</sup> Sur le formalisme du double, V. *supra* n° 104.

<sup>138</sup> D. FROGER, Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité, *Defrénois*, 15 février 2004 n° 3, p. 176.

En outre, lors de la rédaction, la loi exige que l'acte contienne une « date certaine ». Ainsi, « l'acte doit énoncer la ou les dates à laquelle est apposée la signature des parties. Son écriture peut être chiffrée. En revanche, la date de la signature de l'acte par le notaire doit obligatoirement être énoncée en lettres »<sup>139</sup>. L'acte notarié doit contenir aussi, entre autres, la mention de l'état civil complet, le domicile, la profession des comparants, et du nombre de pages.

**119.** En droit colombien, le Décret 960 de 1970 qui contient le Statut du Notariat en Colombie établit que la production de l'*écriture publique* doit respecter certaines étapes : Tout d'abord il faut passer par une étape dite de « réception » qui consiste dans l'obtention des déclarations des parties et dans l'accomplissement du devoir de conseil du notaire. Ensuite, il existe une étape « d'extension » qui consiste dans la mention de certaines déclarations dans le texte de l'écriture publique ; et finalement une étape de « passation » de l'acte notarié, étape où les parties révisent le texte et signent l'acte. La signature du notaire est indispensable en droit colombien, sans laquelle le document n'acquiert pas le caractère d'acte notarié. Une autre condition très importante selon la loi colombienne est celle de la date de l'acte notarié<sup>140</sup>. Malgré le silence de la loi sur l'exigence de la date de l'écriture publique, la Cour Suprême de Justice colombienne a établi que l'absence d'exigence de la date expresse dans la loi, n'implique pas qu'elle n'est pas une condition indispensable de l'acte notarié<sup>141</sup>.

**120.** Par conséquent, il est possible de constater que les formes exigées par l'acte authentique sont simples : Tout d'abord l'écrit comme forme de base. Cet écrit doit être consigné sur un support papier ou électronique. La loi du 13 mars 2000 a inséré le deuxième alinéa de l'article 1317 et la rédaction de l'acte par un officier public peut désormais être dressée sur support

---

<sup>139</sup> D. FROYER, *eod. loc.*, p. 177.

<sup>140</sup> J. PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 18<sup>a</sup> ed., 2011, p. 564.

<sup>141</sup> CSJ, *Sala de Casación Civil*, arrêt du 13 juin 1983, Magistrat rapporteur M. Humberto MURCIA BALLEEN.

électronique<sup>142</sup>. Ensuite, l'acte notarié exige la signature comme forme du contrat. Tant la signature des parties<sup>143</sup>, que la signature du notaire<sup>144</sup> authentifie ce que contient l'acte juridique, ce qui implique la présence du notaire<sup>145</sup>. Et en plus, la loi établit que l'acte authentique doit contenir certaines mentions obligatoires, dont quelques-unes viennent d'être mentionnées.

**121.** Certes, « tous les actes notariés, qu'ils soient ou non solennels doivent respecter certaines formes. Mais certains actes solennels sont en outre soumis à des formes spéciales. Les formes générales de tous les actes sont aujourd'hui prévues par le décret n° 71-941 du 23 novembre 1971. Certaines formes, dites « réglementaires », sont sans incidence sur la validité de l'acte, et ne sont sanctionnées que d'une amende. La plupart cependant dites « instrumentaires » sont nécessaires à la validité de l'acte »<sup>146</sup>.

**122.** Le Code civil impose la forme notariée à quatre contrats patrimoniaux : la donation (article 931), le mariage (article 1394), la constitution de l'hypothèque (article 2127) et la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur (article 1250). « A cette exigence, les auteurs donnent pour motif l'importance de l'acte et la protection des divers intérêts qu'il met en jeu, protection qu'on croit suffisamment réalisée par la présence, d'ailleurs souvent accompagnée de conseils judiciaires, du notaire »<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> L'article 1369 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté par la Chancellerie le 25 février 2015, établit expressément que l'acte authentique peut être dressé sur support électronique.

<sup>143</sup> « La signature des parties (toujours donnée en fait) n'est même pas nécessaire en droit (mais il faut alors un second notaire) : c'est l'affirmation du notaire qui confère sa force à l'acte ». A. BENABENT, *Droit Civil, Les Obligations*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., p. 89.

<sup>144</sup> Selon ce qui est établi à l'article 1318 du Code civil la signature du notaire est indispensable, sous peine de nullité de l'acte, qui vaut alors comme simple acte privé.

<sup>145</sup> « L'essence de l'authenticité se trouve incontestablement dans la réception de l'acte. Elle se caractérise essentiellement par la présence du notaire. La force supérieure de l'acte authentique par rapport à l'acte sous seing privé réside en la présence simultanée des parties et de l'officier public ou, dans certains cas seulement et sous certaines conditions, de son clerc habilité ». D. FROGER, *eod. loc.*, p. 179.

<sup>146</sup> M.- A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 298.

<sup>147</sup> R. ROUXEL, *op. cit.*, p. 39.

Par des lois ultérieures, la forme notariée a été imposée à certains actes juridiques. C'est le cas, par exemple, de la vente d'immeuble à construire (article L-261-11 du Code de l'urbanisme et de l'habitation ; du contrat de location accession (Loi 12 juillet 1984), et de la cession des brevets d'invention (Loi 5 juillet 1844), entre autres.

**123.** Pour autant, l'acte authentique est revêtu d'une force particulière. L'article 1319 du Code civil établit que « l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause ».

« L'inscription de faux, seul moyen de combattre cette force probante, est une procédure lourde et exceptionnelle qui peut conduire le notaire instrumentaire devant une Cour d'assises, car le faux en écritures publiques est un crime (puni d'une peine pouvant aller jusqu'à la réclusion de 15 ans et une amende de 225.000 euros : art. 441-4 du nouveau Code Pénal) »<sup>148</sup>.

Cette force probante de l'acte authentique s'applique uniquement aux énonciations relatives à des faits que l'officier public a lui-même constatés. « Le notaire est un témoin privilégié, dont le témoignage a une valeur exceptionnelle en raison des conséquences terribles qu'aurait pour lui un faux commis dans l'exercice de sa fonction »<sup>149</sup>.

**124.** L'acte authentique, ainsi que l'acte sous seing privé sont les formes les plus connues et les plus classiques du formalisme de l'écrit contractuel. Cela nous permet librement d'affirmer que l'écrit est la forme classique par excellence. Cependant, il ne faut pas oublier les manifestations modernes des formes classiques. Voilà pourquoi nous allons faire l'étude du formalisme électronique.

---

<sup>148</sup> A. BENABENT, *op. cit.*, p. 89.

<sup>149</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 290.

## **Section 2. Les manifestations modernes des formes classiques : Le formalisme électronique**

**125.** Les nouveautés en matière technique et électronique, et l'évolution de la société au « rythme » de ces changements, ont rendu nécessaire l'adaptation des règles du commerce juridique. C'est ainsi que les dispositions du Code civil de 1804, ont dû être adaptées par de nouvelles dispositions légales, après l'apparition de l'écrit sous forme électronique et en conséquence, la possibilité de conclure des contrats par voie électronique.

Il est donc pertinent d'étudier maintenant les particularités de la conclusion des contrats par voie électronique (A), et les instruments consacrés par la loi pour la protection de la volonté contractuelle en matière de formalisme électronique de protection (B).

### **A. La conclusion du contrat électronique**

**126.** Le contrat électronique est le contrat où la rencontre des volontés a lieu par voie électronique (B). Ainsi, un contrat sera électronique lorsque l'acceptation aura été donnée par un moyen électronique. Peu importe que les parties aient négocié en présence l'une de l'autre ou que, par exemple, l'offre ait été transmise par courrier ordinaire. C'est la rencontre des volontés qui situe le contrat dans la catégorie des contrats électroniques. Il faut donc analyser également la forme utilisée par les parties pour conclure le contrat par voie électronique, et connaître ce qui a été consacré par la loi à propos de l'écrit électronique (A).

#### §1. L'écrit électronique

**127.** « Historiquement la forme, purement rituelle à l'origine, est ensuite devenue essentiellement écrite. L'écriture, en son sens traditionnel d'inscription littérale sur un support papier, étant menacée d'être supplantée par d'autres modes, plus virtuels de communication, la question d'un

réaménagement des formalités traditionnelles écrites se trouve nécessairement posée »<sup>150</sup>.

**128.** Ainsi, de nos jours, avec le développement des réseaux électroniques, il est nécessaire de savoir si le support électronique moderne peut remplir les mêmes fonctions que celles traditionnellement exercées par le support papier<sup>151</sup>.

Autrement dit, « la question s'est en effet posée de savoir si des documents enregistrés sur des bandes magnétiques ou le disque dur d'un ordinateur, ou échangés par le biais des réseaux (spécialement l'internet), pouvaient être qualifiés d'écrits »<sup>152</sup>.

**129.** L'article 1108-1 du Code civil, en accord avec la Loi du 21 juin 2004, admet la possibilité d'utiliser l'écrit électronique dans les contrats où la forme écrite reste exigée pour la validité du contrat, en consacrant ainsi le principe d'équivalence, dans le champ de validité, des écrits papier et électronique<sup>153</sup>. En ce qui concerne l'équivalence probatoire entre ces deux instruments, la loi du 12 mars 2000 avait déjà assimilé l'écrit électronique à l'écrit traditionnel sur support papier, en ce qui concerne la preuve du contrat.

**130.** En effet, la loi du 13 mars 2000 avait consacré l'équivalence probatoire des écrits électroniques et sur papier. Autrement dit, lorsque les parties concluent un contrat par voie électronique, il est admis comme une preuve au même titre que l'écrit sur support papier<sup>154</sup>. Cependant, cette loi n'avait pas consacré expressément le principe d'égalité des formes lorsque

---

<sup>150</sup> J.-L. AUBERT, art. préc., *Mélanges J. Flour*, p. 933.

<sup>151</sup> Selon Florence Mas, l'écrit traditionnellement conçu remplit 3 fonctions principales : informative, symbolique et probatoire. F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, thèse, LGDJ, 2005, p. 212.

<sup>152</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 120.

<sup>153</sup> L'article 1174 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie le 25 février 2015, établit que « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1369 du présent code.

<sup>154</sup> En droit colombien, l'article 243 du Code général du procès colombien consacre l'écrit électronique comme un type de document qui peut être présenté comme preuve lors du procès.

l'écrit est exigé *ad validitatem*, même si certains auteurs avaient soutenu le contraire<sup>155</sup>.

**131.** Or, c'est par la LCEN en 2004, que l'écrit électronique a été admis comme forme *ad validitatem* du contrat. Toutefois, celui-ci doit satisfaire certaines conditions. Il ne sera admis que sous réserve que puisse dûment être identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

**132.** En somme, il est possible d'affirmer que l'introduction du principe d'égalité des formes peut avoir comme effet, une amplification de la sphère d'utilisation des contrats électroniques car, grâce à la LCEN, tout type de contrat consensuel ou solennel peut être en principe conclu par voie électronique<sup>156</sup>.

## §2. La rencontre de volontés par voie électronique

**133.** La rencontre des volontés est l'élément le plus important au stade de la formation du contrat, puisque c'est la volonté de s'engager qui justifie la « force de loi » du contrat pour les parties<sup>157</sup>. Cependant, cette rencontre des volontés doit respecter certaines exigences pour entraîner la formation du contrat.

**134.** Les contrats sous forme électronique ne sont pas dispensés de respecter ces exigences. En effet, la Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite LCEN, a inséré un nouveau chapitre VII du Titre III du Livre III du

---

<sup>155</sup> J. PASSA, Commerce électronique et protection du consommateur, *Dalloz*, 2002. n° 6, p. 555.

<sup>156</sup> Il ne faut pas confondre la forme électronique et la voie électronique. L'introduction de l'article 1108-1 du Code Civil semble entretenir une confusion entre voie électronique et forme électronique. Cependant il faut savoir que la conclusion des contrats électroniques est, avant tout, une voie pour conclure tout type de contrat, solennel ou non, même si le choix de conclure un contrat par voie électronique implique la voie écrite en elle-même. Le choix d'extérioriser la volonté par un contrat électronique implique en soi, l'utilisation de l'écrit comme voie ou moyen pour exprimer la volonté, sans qu'il implique l'imposition d'une forme spécifique. Ce qui suppose que tous les contrats électroniques ne soient pas formels. Par contre, on peut être en présence d'un contrat consensuel, conclu par voie électronique, car le consensualisme implique la liberté dans le choix des formes et pas une absence de celles-ci.

<sup>157</sup> A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 45.

Code civil, intitulé « Des contrats sous forme électronique », où on trouve les règles spéciales de formation des contrats du commerce électronique (Articles 1369 - 4 à 1369 - 11 du Code civil).

**135.** Malgré les conditions exigées pour la formation du contrat, c'est la démarche volontaire qui fait naître le contrat. Cette démarche est composée de deux moments déterminants<sup>158</sup> : l'**offre** et l'**acceptation**.

**136.** D'abord, l'**offre** en ligne revêt une certaine originalité qui tient aux modalités de son expression et aux moyens utilisés pour la communiquer aux destinataires. Malgré cette originalité qui caractérise l'offre électronique, son régime découle du droit commun des contrats.

L'offre classique, ou pollicitation de droit commun, consiste en une « *manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres la conclusion d'un contrat à certaines conditions* »<sup>159</sup>. Il n'y a offre qu'en présence d'une proposition précise<sup>160</sup> et ferme<sup>161</sup> de conclure un contrat.

**137.** En pratique, l'offre en ligne présente des particularités. Ainsi, lorsque l'offre est communiquée par internet, c'est-à-dire, dans le cadre de l'activité du commerce électronique, son contenu est présenté de manière interactive au destinataire. De la sorte, le contrat électronique a lieu dans le cadre de l'échange homme-machine<sup>162</sup>. La connaissance de l'existence et du contenu de l'offre électronique obéit souvent à la démarche active de l'internaute qui, lorsqu'il visite un site marchand, de clic en clic, découvre à l'écran l'ensemble des termes de l'offre. A ce titre il est possible de parler d'un « *principe d'interactivité* »<sup>163</sup> dans la mesure où c'est grâce à la curiosité et à l'avidité de l'internaute que l'offre électronique se révèle.

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>159</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 2007, p. 634.

<sup>160</sup> Ex. : Paris, 29 janv. 1999, *Deffrénois*, 1996, art. 36434, n°. 144, obs. D. Mazeaud.

<sup>161</sup> Cass. Com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n°. 74; *D.* 1991, somm., 317, obs. J-L. Aubert.

<sup>162</sup> F. MAS, *op. cit.*, p. 70.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 69.

Il faut dès lors souligner que la notion classique d'offre est altérée, lorsque la fonction de l'offrant est de mettre l'information à disposition du public, et que chaque internaute la connaît conformément à son intérêt dans la conclusion du contrat. La révélation de l'offre n'est donc plus seulement à la charge de l'offrant.

**138.** En outre, la présence de l'offre sur les réseaux électroniques lui confère un caractère potentiellement universel car l'internet est un réseau qui par nature a une vocation planétaire. En effet, il est de l'essence d'internet d'abolir les frontières. La transmission de l'offre n'a plus de limites géographiques. Dès lors qu'un site marchand offre des produits ou services par le réseau électronique, leur révélation a une vocation mondiale<sup>164</sup>.

**139.** De plus, la rencontre des volontés exige l'agrément de l'offre par l'**acceptation**, pour entraîner ainsi la formation du contrat. Certes, les Principes du droit européen du contrat (art. 2 : 204) affirment que « constitue une acceptation toute déclaration ou comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre ».

Comme l'offre, la manifestation de l'acceptation résulte de tout acte ou de tout geste qui, d'après les usages, ne peuvent avoir été accomplis qu'en vue de faire connaître la volonté de leur auteur<sup>165</sup>. Pour reconnaître la manifestation de volonté, selon M. Gaudemet, « il faut des faits extérieurs, sensibles », c'est-à-dire « une manifestation extérieure de volonté adressée à l'offrant ».

**140.** Toutefois, cette volonté pure et simple d'être engagé par l'offre revêt certaines spécificités lorsqu'elle est exprimée en ligne. En particulier, l'acceptation des contrats électroniques résulte de la médiation d'un système informatique, qui donne à l'acceptation un caractère immatériel et automatisé. De plus, l'acceptation en ligne se produit, dans la plupart des cas, à distance<sup>166</sup>.

En raison de l'intervention du système informatique dans la conclusion du contrat, l'expression de l'acceptation en ligne peut adopter différentes modalités ou typologies de modalités. D'abord, l'acceptation peut être exprimée par courrier

---

<sup>164</sup> Sauf lorsque le contrat contient une clause spécifique destinée à circonscrire l'offre à une zone géographique déterminée, comme une région du monde ou un pays, par exemple. *Ibid.*

<sup>165</sup> J. FLOUR, J.- L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, Tome 1, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, p. 120.

<sup>166</sup> F. MAS, *op. cit.*, p. 72.

électronique, où les réseaux servent de simple moyen de transport de la volonté des parties. Ensuite, on trouve l'acceptation en ligne de façon totalement automatisée entre deux systèmes informatiques<sup>167</sup>.

Une autre modalité d'acceptation est le « clic de souris ». C'est la méthode la plus répandue dans le commerce électronique. Elle consiste principalement dans l'acte de cliquer à l'aide de la souris de l'ordinateur pour passer la commande.

On voit ainsi comment la simple volonté de contracter de l'internaute adopte différentes modalités d'expression, mais toujours dans le but de manifester sa volonté ferme de conclure le contrat.

**141.** Le contrat électronique présente également des particularités dans la mesure où il est conclu, dans la plupart des cas, à distance. Ainsi se pose le problème classique de la détermination du moment de la formation du contrat.

Sur ce sujet, face au silence du Code civil, la jurisprudence française a adopté en droit commun la position en faveur de la théorie de l'émission de l'acceptation<sup>168</sup>. Cependant, en matière de commerce électronique, l'acceptation est soumise aux règles de droit commun, ainsi qu'à certaines dispositions particulières en la matière.

**142.** La LCEN a ajouté au Code civil les articles 1369-4 à 1369-6 sur « la conclusion du contrat sous forme électronique ». En particulier, la LCEN a introduit deux nouvelles notions en la matière : la passation d'une commande et le principe du « double clic ».

**143.** L'article 11 de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 prévoit les modalités de « passation d'une commande ». La proposition initiale de la directive posait une règle différente de la solution finalement adoptée par cette dernière. En effet, l'article 11-1 de la proposition de directive disposait que le contrat serait conclu quand le destinataire du service aurait reçu, par voie électronique, de la part du prestataire, l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire de service et confirmé la réception de l'accusé de réception. Cela signifie que le contrat ne serait formé que lorsque l'acceptation aurait été reçue et

---

<sup>167</sup> Sur les systèmes d'information sans intervention humaine. L'homme comme seule source de volonté. Dans le cas des moyens techniques et des logiciels il s'agit de remonter à l'individu, à la personne pour trouver la source de la volonté de contracter. C'est l'internaute qui programme lui-même ses moyens techniques à son service.

<sup>168</sup> Cass. Com. 7 janvier 1981, *Bull. Civ.*, IV, n° 14.

confirmée à l'acceptant. En somme, le contrat est conclu lorsque l'acceptant a été informé de la rencontre des volontés.

Néanmoins, la directive adopte finalement un texte intitulé « passation d'une commande » qui n'indique pas le moment de formation du contrat.

**144.** En outre, l'article 1369-5 alinéa premier du Code civil a consacré le principe du « double clic » pour que le contrat soit valablement conclu. Envisageons maintenant la notion et la portée de ce principe.

L'article 1369-5 du Code civil dispose : « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ».

Ce premier alinéa de l'article 1369-5 du Code civil est la consécration du système de l'émission d'une acceptation vérifiée et confirmée, qui implique la protection de l'acceptant contre les risques d'erreurs et contre les engagements mal maîtrisés.

**145.** On trouve ici l'illustration chronologique de la procédure de l'acceptation par voie électronique. L'internaute vérifie, puis il corrige et, finalement confirme sa commande. La volonté de l'internaute est prolongée dans le temps pour lui donner l'opportunité de corriger les éventuelles erreurs avant d'exprimer son acceptation. La loi prévoit le cas du clic mal placé ou involontaire et consacre le droit du client de corriger sa commande.

En effet, le premier clic de souris serait inefficace pour former le contrat. Le clic de confirmation contient, en revanche, la volonté de l'internaute d'être engagé. Certes, une autre action matérielle que le double clic paraît ici inutile pour extérioriser l'acceptation. Toutefois, le second clic de souris reste indispensable pour la formation de l'accord<sup>169</sup>.

Ainsi le client enregistre, dans un premier temps, selon les modalités élaborées par le professionnel du commerce électronique, les biens ou services qu'il désire acquérir et leur prix. Le système d'exploitation du site du professionnel doit ensuite

<sup>169</sup> D. NOGUERO, L'acceptation dans le contrat électronique, in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, dir. J.- C. HALLOUIN et H. CAUSSE, Collection de la faculté de droit et sciences sociales, LGDJ. 2005. p. 55.

lui permettre de vérifier ces éléments et de corriger les erreurs éventuelles. À l'issue de cette vérification, le client doit « confirmer sa commande »<sup>170</sup>.

**146.** A dire vrai, l'alinéa premier de l'article 1369-5 du Code civil détermine le moment de formation du contrat. C'est cette confirmation qui « exprime son acceptation » et qui forme le contrat. Autrement dit, c'est au moment du second clic du destinataire de l'offre que le contrat est formé. La rencontre des volontés a lieu dès que l'acceptant, en cliquant pour deuxième fois, « confirme » sa commande pour exprimer son acceptation.

Le législateur exclut toute interprétation contraire lorsqu'il utilise la phrase « pour que le contrat soit valablement conclu ». L'utilisation de l'adverbe « valablement » admet qu'à défaut de respect de cette procédure, la sanction n'est autre que la nullité du contrat<sup>171</sup>.

**147.** Pour renforcer la position selon laquelle le contrat se forme par l'expression de la volonté de l'internaute, soit concrètement au moment du second clic de souris, il faut rappeler que même si la directive sur le commerce électronique n'a pas précisé le moment de la formation du contrat, elle intitule curieusement l'article 11 : « passation d'une commande » et non « formation du contrat ». Selon toute vraisemblance, cet intitulé n'a aucune incidence sur le contenu de la disposition. Néanmoins, une interprétation d'ensemble nous permet d'affirmer que l'intention et l'esprit du législateur communautaire était de consacrer dans le contenu de cet article les règles applicables pour la formation du contrat. Son intitulé révèle quel est le moment essentiel pour sa conclusion, à savoir la passation de la commande.

**148.** Par conséquent, l'article 1369-5 du Code civil exige d'autres démarches dans le processus de conclusion du contrat. Voilà pourquoi il faut faire l'étude de la nature juridique et des effets de l'obligation pour l'offrant d'envoyer l'accusé de réception de la commande.

**149.** L'alinéa 2 de l'article 1369-5 du Code civil établit que « l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée ». Certains auteurs ont affirmé que cette disposition de l'article 1369-5 du Code civil consacre la « théorie de l'information de l'acceptant » comme celle applicable au moment de la formation du contrat.

---

<sup>170</sup> J. FLOUR, J.- L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, tome I, p. 125.

<sup>171</sup> D. NOGUERO, *eod. loc.*, p. 56.

Cependant, nous proposerons plus loin une solution différente qui nous semble plus pertinente.

**150.** Le deuxième alinéa de l'article 1369-5 du Code civil présente une difficulté d'interprétation. En effet, à première lecture, l'article présente les étapes nécessaires pour la conclusion du contrat électronique, et le moment exact de la conclusion du contrat paraît se diluer dans le contenu de l'article.

La LCEN fait peser sur l'offrant l'obligation d'envoyer par la même voie électronique (par courrier électronique par exemple) un message en exprimant la bonne réception de la commande. En pratique, le prestataire du service fait un récapitulatif de la commande passée par le destinataire. Ce document sert également de document de preuve de la conclusion du contrat.

**151.** La doctrine a trouvé dans cet article la consécration de la « théorie de l'information de l'acceptant » pour déplacer le moment de la formation du contrat. Selon certains auteurs, le contrat n'était conclu que par la réception de l'accusé de réception, signifiant ainsi que l'offrant avait reçu l'acceptation. De ce fait, le contrat électronique n'était plus formé par la seule rencontre des volontés.

Cette théorie entraîne, finalement, la possibilité pour l'offrant de déterminer le moment de la conclusion du contrat. Autrement dit, le moment de la formation du contrat serait exclusivement lié à la démarche de l'offrant.

**152.** Toutefois, certains auteurs ont affirmé que la loi nouvelle semble, considérer que le contrat est conclu lors de l'expression de l'acceptation. L'accusé de réception n'est pas exigé pour que le contrat soit valablement conclu. Cette solution heurterait la nature du contrat et les principes qui président à sa formation.

L'alinéa 2 de l'article 1369-5 du Code civil établit une obligation pour l'offrant d'envoyer un accusé de réception. En effet, il prescrit que « l'auteur de l'offre *doit* accuser réception sans délai injustifié ». Ainsi la loi établit, à ce stade, une obligation et non une simple faculté. Au contraire, si le législateur, dans cet alinéa avait évoqué le moment de conclusion du contrat, il n'établirait nullement une obligation mais une faculté s'agissant de la décision de conclure ou non un contrat.

**153.** Au-delà de la problématique exposée et des spécificités de l'acceptation de l'internaute, sa volonté électronique a vocation à former le contrat dès lors qu'elle réunit les conditions générales de cette institution juridique.

Finalement, l'exigence de l'envoi de l'accusé de réception de la part du prestataire ne détermine pas le moment de la formation du contrat électronique. En effet, cette étape reste une simple règle relative à la procédure contractuelle devant être coordonnée avec les dispositions protectrices du consommateur<sup>172</sup>.

**154.** L'acceptation, comme l'offre, doit respecter toutes les conditions de fond posées par le droit commun des contrats. Néanmoins, pour entraîner la formation du contrat, la rencontre des volontés doit remplir également des conditions de forme imposées par les dispositions spéciales.

Dans le même esprit, le droit colombien, dans l'article 20 de la Loi 527 du 18 août 1999 établit que pour établir le moment de la conclusion du contrat électronique, les parties peuvent accorder l'envoi de l'accusé de réception. Ainsi, si les parties accordent que l'envoi de l'accusé de réception sera indispensable pour la réception du message électronique, il sera considéré que le message n'a pas été envoyé tant que l'autre partie n'aura pas reçu l'accusé de réception correspondant. Il est pertinent d'étudier les conséquences pratiques de cet article car son application pourrait impliquer de laisser à l'offrant la responsabilité exclusive de déterminer le moment de conclusion du contrat.

**155.** Une fois étudiée la manière dont se fait la rencontre des volontés par voie électronique, nous allons examiner quelques particularités du formalisme électronique, par l'étude du formalisme électronique de protection.

## **B. Formalisme électronique de protection**

**156.** La finalité consistant à protéger la volonté des parties du contrat n'est pas oubliée en matière de contrats électroniques. En effet, l'admission de l'écrit électronique au rang de formalité imposée comme condition de validité, représente pour certains auteurs une menace pour les contractants. A ce propos, il est important d'attirer l'attention sur le rôle du formalisme en matière de protection des contractants électroniques.

**157.** L'imposition des formes au moment de la formation du contrat par voie électronique cherche à éviter que la rapidité propre aux réseaux électroniques,

---

<sup>172</sup> N. MATHEY, Le commerce électronique dans la loi n°. 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, in *contrats-conc-conso*, oct. 2004.

efface l'instant de réflexion pendant lequel les parties doivent faire un effort pour finalement manifester un consentement éclairé.

Ainsi, le législateur a imposé aux contrats du commerce électronique, diverses exigences qui protègent le consentement des parties<sup>173</sup> dont les mentions obligatoires<sup>174</sup> doivent figurer dans l'offre électronique, en plus des exigences techniques propres à la conclusion du contrat électronique.

**158.** Dans ce sens, la protection du consentement est l'une des finalités les plus évidentes en matière de formalisme moderne. La recherche de cette finalité est évidente dans la consécration des degrés du formalisme électronique (§1), de la signature électronique et de ses exigences (§2).

### §1. Les degrés du formalisme électronique

**159.** Par ailleurs, l'article 1108-1 du Code civil établit la possibilité d'apposer, sous forme électronique, une mention de la main de celui qui s'oblige, à condition que cette apposition soit de nature à garantir qu'elle ne puisse être effectuée que par lui-même. C'est ici que la LCEN a traité de la portée de cette équivalence selon les degrés de formalisme.

En matière électronique, l'écrit n'est pas la seule forme utilisée pour protéger les volontés des parties. L'article 1108-1 alinéa 2 prévoit que dans l'hypothèse où la loi exige une mention manuscrite, l'obstacle à l'usage de l'électronique est levé. En revanche, dans toutes les hypothèses où la loi subordonne la conclusion, la validité ou l'effet d'un contrat au respect d'une formalité autre que celles visées dans l'article 1108-1 du Code civil (écrit, signature et mention manuscrite), la voie électronique demeure fermée. À titre d'exemple, l'article 1108-1 du Code civil ne permettra pas de conclure un contrat par voie électronique quand la validité du contrat suppose la remise

---

<sup>173</sup> Certains auteurs considèrent que, même si la conclusion d'un contrat par voie électronique exige l'observation de certaines règles de forme, la rapidité et la simplicité des réseaux électroniques, peuvent impliquer un risque pour les consommateurs.

<sup>174</sup> Sur les mentions obligatoires, V. *Infra* p. 189 et s.

d'un document comportant des bordereaux détachables ou l'envoi d'un document par voie postale<sup>175</sup>.

La loi du 13 mars 2003 avait établi cette technique d'équivalence dans la modification de l'article 1326 du Code civil où la précédente rédaction exigeait la mention écrite « de sa main ». Aujourd'hui, ces termes ont été remplacés par la mention écrite « par lui-même »<sup>176</sup>.

**160.** Cependant il faut noter que l'article 1108-2 du Code civil établit certaines exceptions à l'application de l'article 1108-1 du Code civil. En effet, l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier cède pour les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions, ainsi que pour les actes sous seing privé relatifs aux sûretés personnelles ou réelles, sauf s'ils sont contractés par une personne pour les besoins de sa profession<sup>177</sup>.

**161.** De plus, parmi les exigences techniques figurent les formalités imposées par l'article 1369-5 du Code civil qui concernent l'obligation pour l'offrant de fournir les moyens techniques pour corriger les erreurs et l'obligation d'envoyer l'accusé de réception de la commande faite par le client.

**162.** Ce qui montre qu'en matière de formalisme électronique il existe plusieurs types de formes pour la protection de la volonté, différentes de l'écrit, comme par exemple, la signature électronique.

## §2. La signature électronique

**163.** Une autre forme contemporaine de protection de la volonté, qui ne peut être laissée de côté, est la signature électronique.

---

<sup>175</sup> J. PASSA, *eod. loc.*, p. 30.

<sup>176</sup> L. GRYNBAUM, *Loi d'économie numérique : Le sacre des égalités formelles*, RDC, avril 2005.

<sup>177</sup> F. TERRE, Ph. SYMLER ET Y. LEQUETE, *op. cit.*, p. 157.

En droit commun, la signature est conçue comme l'apposition d'un signe qui nous est propre, le plus souvent, quoique non exclusivement, manuscrit<sup>178</sup>. Cependant, il n'existe pas de définition légale de la signature<sup>179</sup>.

Une partie de la doctrine considère qu'il est indispensable de prévoir une définition légale, néanmoins une minorité considère que tout prévoir est un but impossible à atteindre surtout en considération des caractères de notre système écrit qui ne peut être confondu avec un droit englobant toutes les activités humaines<sup>180</sup>. En ce sens, on pourrait déduire qu'une définition exacte et formelle de la signature n'est pas impérativement nécessaire.

**164.** Cependant, il est possible de dégager une définition large de la signature à partir des fonctions qu'elle possède selon l'article 1316-4 du Code civil. En effet, la loi lui reconnaît deux fonctions, en premier lieu, la capacité à identifier son auteur, et en deuxième lieu, la signature manifeste le consentement aux obligations qui en découlent.

Le deuxième alinéa de l'article 1316-4 du Code civil dispose que lorsque la signature est électronique, elle consiste en « l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant le lien avec la personne auquel il s'attache ». Lorsque la signature est créée, la fiabilité de ce procédé est présumée jusqu'à preuve du contraire.

On pourrait affirmer ainsi que la signature électronique est l'utilisation d'un procédé technique propre aux technologies de l'information qui identifie son auteur et manifeste l'appropriation du contenu de l'acte par le signataire, validant ainsi l'acte juridique<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> A. RAYNOUARD, *Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique*, in *Deffrénois*, 2000.

<sup>179</sup> Néanmoins, l'absence de définition formelle et expresse de la loi n'implique pas nécessairement son absence matérielle dans le système juridique. Malgré la difficulté de définir une notion comme celle de la signature électronique, la détermination des fonctions et caractéristiques par la loi nous permet de dégager une définition. Une fois le contenu de sa définition déterminé, il est important de connaître les effets de cette signature.

<sup>180</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet du Code Civil*, publié par la bibliothèque de la philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989.

<sup>181</sup> I. DURIAC, *Fonction de la validation de la signature*, thèse Université Panthéon Assas Paris II, 1997, p. 195.

Pour la signature électronique, la loi établit en plus de ce qui avait été établi par l'alinéa premier, l'exigence d'un procédé fiable d'identification et une garantie du lien entre la signature et le contenu de l'acte.

**165.** Cependant, ce qui nous séduit à propos de la signature dans cette section est, l'intérêt que possède la signature, à être étudiée comme une forme de protection de la volonté des parties. Ainsi, tant la signature du droit commun que la signature électronique sont des formalités de l'acte qui permettent d'attirer l'attention de la partie sur le contrat, en vue de la protéger. A ce titre, elle peut être conçue comme l'un des compléments les plus importants de l'écrit comme moyen d'information et de protection du consentement des parties au contrat.

En effet, « il ne suffit pas que le contractant dont la loi doit assurer la protection ait été certainement et complètement informé des clauses du contrat pour qu'une règle prescrivant l'établissement d'un écrit soit réputée satisfaite : elle implique nécessairement la signature »<sup>182</sup>.

**166.** En matière électronique, selon l'article précédemment mentionné, la signature est une garantie du lien qui existe entre elle et le contenu de l'acte. Cela implique, en plus de son rôle éminemment probatoire, que la partie ait pris connaissance du contenu de l'acte, ce qui assure, en principe, qu'elle ait été informée, et par conséquent protégée.

**167.** Ainsi, on a pu constater que la protection de la volonté des parties est l'une des finalités les plus notables du formalisme contemporain. Cependant, sa portée est plus étendue. Si on approfondit le sujet du formalisme, on trouve qu'il existe d'importantes implications en matière de justice contractuelle, comme nous l'aborderons dans la deuxième partie de ce travail.

**168.** En somme, les formes consacrées par la loi pour protéger la liberté des parties sont très variées. Il est évident que la protection de la volonté est la finalité la plus recherchée par le législateur contemporain. Cependant, le formalisme peut avoir aussi sa source dans la volonté des parties. Ce qui veut

---

<sup>182</sup> Exemple : L'employeur concluant un contrat à durée déterminée n'a pas satisfait son obligation d'établir un écrit si le salarié a refusé de signer les documents soumis à son approbation ; faute de comporter la signature de l'intéressé, le contrat ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit (Cass. Soc., 26 octobre 1999 (Journaux de Saône-et-Loire), D. 1999, IR, 264). V. G. COUTURIER, art. préc. *Mélanges Jacques Flour*, p. 886.

dire que les parties peuvent par leur propre volonté régler la forme du contrat et ainsi se protéger des abus et des déséquilibres au moment de sa conclusion. Par conséquent, nous aborderons maintenant le formalisme de source conventionnelle.

## TITRE II LE FORMALISME DE SOURCE CONVENTIONNELLE

169. Il est certain que les formalités contractuelles trouvent, le plus souvent, leur naissance dans l'œuvre du législateur. Cependant, la loi n'est pas la seule source de formes contractuelles. Le contrat peut être aussi soumis aux formalités qui proviennent de la volonté des parties ou des usages<sup>183</sup>. Dans la plupart des cas, la volonté est la source qui, à côté de la loi, impose des formes pour la formation des contrats. En effet, la volonté contractuelle peut créer des règles de forme du contrat, c'est le cas des conventions sur les formes de validité du contrat (chapitre 1). De plus, la volonté contractuelle peut être à la source des règles de preuve du contrat, ce qui nous mène à l'étude des conventions sur la preuve des actes juridiques (chapitre 2).

---

<sup>183</sup> Il en est ainsi des billets de théâtre. V. J. FLOUR, art. préc., *Etudes Ripert*, p. 104. Cependant certains auteurs affirment que « aucune règle ne saurait devenir obligatoire sans consécration judiciaire. Favorable à un certain formalisme, la pratique ne lui donnera donc force juridique que pour autant que les tribunaux se seront associés à sa tendance ». J. FLOUR, *art. préc.* p. 104.

## CHAPITRE 1.

### LA CONVENTION SUR LES FORMES DE VALIDITE

170. Dès lors qu'on est en présence des conventions sur les formes de validité du contrat, on trouve d'abord, dans les hypothèses des contrats consensuels, les conventions constitutives des formes de validité (section 1). Et ensuite, on peut être également en présence de conventions substitutives des formes de validité, dans l'hypothèse des contrats formels (section 2).

#### **Section 1. La volonté contractuelle constitutive des formes de validité (contrat consensuel)**

171. Il est pertinent d'analyser la possibilité pour les parties de créer du formalisme en soumettant à une exigence de forme un contrat qui y échappe normalement et de préciser l'étendue de cet accord constitutif des formes contractuelles (A). Mais, dans cette hypothèse, fondée sur la possibilité de soumettre un contrat consensuel aux formes conventionnelles, il est opportun de savoir quels sont les limites et restrictions à la possibilité d'accorder des formes contractuelles (B).

#### **A. La conformité des conventions sur les formes de validité (L'exposé)**

172. Les parties sont libres de déterminer les conditions et le contenu du contrat, et elles sont libres aussi de choisir les formes pour exprimer leur volonté. C'est la conséquence naturelle de l'exercice du consensualisme qui régit comme principe général en matière contractuelle. Il faut donc connaître la portée de la liberté des parties de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité (§1), et aussi les conditions de validité de ces conventions sur la forme (§2).

## §1. La liberté des parties de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité

**173.** Tout d'abord il est pertinent de remarquer que dans la conclusion des contrats consensuels il y a toujours un accord implicite de forme. Certes, en vertu du principe du consensualisme, les parties sont libres de choisir la forme pour exprimer leur volonté. On peut en déduire que dans les contrats consensuels il y aura toujours un choix de la « forme » pour s'exprimer. Cela implique une décision, c'est-à-dire, dans ce cas, un accord implicite.

Par conséquent, dans l'étude de la volonté à la source du formalisme il faut d'abord repérer que dans tous les contrats consensuels (où les parties sont libres de choisir la forme pour conclure le contrat) on est toujours en présence d'un accord tacite sur la forme du contrat.

Cependant, dans ce cas les contrats restent consensuels, car l'exigence d'une extériorisation du consentement relève du fond et non de la forme des contrats<sup>184</sup>. Ainsi dans ces cas on reste toujours sur le terrain du consensualisme et aucun problème de forme n'est vraiment posé.

Selon M.-A. Guerriero, « aucune difficulté sérieuse ne se présente dans l'hypothèse la plus courante où les auteurs d'un acte juridique lui ont donné spontanément une forme particulière plus ou moins complexe, alors que rien ne les y obligeait. En décidant la forme particulière à utiliser pour conclure un contrat, les parties ont simplement usé de la liberté que leur accorde la loi, de choisir la forme d'expression du consentement »<sup>185</sup>.

**174.** Mais alors, laissant ce point de côté, la vraie question qui se pose ici est de savoir quelles sont les conséquences d'un accord préalable, en vertu duquel les parties imposent des formes pour la formation d'un contrat définitif, pour lequel la loi n'exige aucune formalité. Les volontés individuelles peuvent-elles imposer des éléments formels pour la formation d'un contrat, là où il n'y en a pas ?

**175.** Cette question a déjà été étudiée par la doctrine française et pour certains auteurs la réponse semble être affirmative. Ce qui veut dire, selon

---

<sup>184</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 83.

François Terré, que « il y aurait dans cette possibilité de créer des éléments formels « un usage de la liberté des formes ». Il existerait donc à côté des contrats solennels en vertu de la loi, des contrats solennels en vertu de la volonté des contractants »<sup>186</sup>. Cela implique alors d'assimiler forme convenue et forme solennelle, en admettant que « les parties peuvent rendre solennel un contrat en stipulant que certaines formes, la rédaction d'un écrit par exemple, seraient une condition d'existence même du contrat »<sup>187</sup>.

176. A l'appui de cette idée vient le constat que rien n'oblige les parties à se lier par un contrat ; en fait, elles sont libres pour contracter ou pas. Mais, dès lors qu'elles concluent un accord des volontés, ce contrat s'impose aux parties, et en conséquence elles seront tenues de le respecter<sup>188</sup>. Cela, en vertu de l'application de l'article 1134 du Code civil, disposition légale qui implique en particulier, en matière des conventions sur la forme, que lorsque les parties ont volontairement soumis par un accord la formation de leur contrat à une forme non exigée par la loi, cette forme devient pour elles obligatoire<sup>189</sup>.

177. Donc, « les volontés individuelles peuvent agir sur les éléments formels en en créant là où il n'y en a pas. Leur action créatrice se manifeste d'ailleurs aussi vis-à-vis des éléments matériels. En soumettant la perfection d'un contrat à certaines conditions déterminées, les parties peuvent ajouter aux éléments normaux des éléments accidentels »<sup>190</sup>. Ainsi, « bien que la vente soit un contrat consensuel, les parties ont la possibilité de choisir une forme particulière pour l'expression de leur volonté. Elles disposent de la liberté d'ériger l'*instrumentum* en un élément essentiel de la convention »<sup>191</sup>.

C'est le cas d'une promesse de vente où les parties stipulent que l'option devra être levée par « lettre recommandée », ou par exemple les bailleurs et

---

<sup>186</sup> F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, 1955, p. 177.

<sup>187</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 78.

<sup>188</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>189</sup> A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, P.U. Aix Marseille, 1992, p. 275.

<sup>190</sup> F. TERRE, *op. cit.*, p. 176.

<sup>191</sup> A. LAUDE, *op. cit.*, p. 275.

preneurs éventuels, ou les vendeurs et acquéreurs éventuels, expriment que le bail ou la vente sera conclu par acte notarié.

**178.** Cette possibilité pour les parties à déjà été reconnue par la jurisprudence. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 novembre 1994 a admis la validité d'une convention dont l'objet était de subordonner la conclusion d'une cession de créance à l'exigence de formalisation par un acte « définitif et détaillé ». En constatant qu'aucun acte instrumentaire n'avait été dressé à cette fin, la Cour de cassation a décidé qu'aucune convention n'avait été conclue<sup>192</sup>, et elle a affirmé que « l'élément essentialisé par la volonté d'un des contractants constitue une condition de la formation même du lien contractuel »<sup>193</sup>.

**179.** Une fois constatée la liberté qui existe pour les parties de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité d'origine volontaire, il faut réviser quelles sont les conditions pour la validité de ce type d'accords sur la forme.

## §2. Les conditions pour la validité de la convention sur la forme

**180.** La convention sur les formes de validité doit respecter certaines conditions pour être valable.

A partir des études de la doctrine et surtout de la jurisprudence on peut déduire que l'accord de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité doit réunir trois conditions indispensables : Tout d'abord, la clause de forme doit être expresse, dans la mesure où elle doit renfermer la volonté expresse des parties d'attacher la conclusion du contrat définitif à l'accomplissement de certaines formes de validité. Ensuite, elle doit être claire et incontestable, c'est-à-dire que l'accord doit renfermer la volonté nette des contractants de s'assujettir aux formes contractuelles précises. Enfin, elle doit se conclure préalablement, c'est-à-dire que la clause de forme doit s'accorder avant la conclusion du contrat définitif.

---

<sup>192</sup> Ainsi, « libres d'organiser la période précontractuelle, les négociateurs le sont aussi de déterminer les conditions auxquelles leurs consentements pourront être considérés comme échangés et le contrat formé ». Cass. Com., 15 nov. 1994, *Deffrénois* 1995, p. 1045, obs. D. Mazeaud.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 1047.

**181.** A propos du caractère exprès de la clause de forme, la jurisprudence française a précisé qu'il était indispensable de constater dans l'accord des parties, l'expression littérale de retarder la conclusion du contrat jusqu'à l'accomplissement des formalités prévues.

En fait, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 1987, a soutenu « qu'après avoir énoncé justement que la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et que le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités, l'arrêt retient souverainement que les parties à l'acte du 13 novembre 1978 s'étaient, dès cette date, entendues sur la chose et sur le prix et que, si elles ont prévu l'entérinement de l'acte par un notaire, il ne résulte ni des dispositions de cet acte ni des circonstances de la cause qu'elles aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement »<sup>194</sup>.

Ainsi, la convention sur la forme ne peut pas être tacite, il est indispensable qu'elle soit littéralement consignée dans l'accord des parties.

En ce sens la jurisprudence a soutenu que, en tant qu'accessoire dans un contrat consensuel, la forme de validité doit être « essentialisée » par un accord constitutif formulé expressément par les parties. Ainsi « il est acquis que si un contractant peut essentialiser un élément objectivement accessoire du contrat et l'ériger en condition déterminante de son consentement, encore faut-il qu'il ait expressément manifesté sa volonté sur ce point »<sup>195</sup>.

**182.** De plus il faut constater dans l'accord sur les formes, une volonté incontestable de retarder la conclusion du contrat définitif à l'accomplissement des mesures formelles. Ainsi pour soumettre un contrat consensuel aux

<sup>194</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 janvier 1987, G.P. 1987, panorama, p. 64, *D.* 1988, juris., p. 80 et s. note J. Schmidt.

<sup>195</sup> D. MAZEAUD, note préc. sous Cass. Com., 15 nov. 1994, *Defrénois* 1985, p. 1047. Voir aussi en ce sens par ex : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 mai 1978, *D.* 1979, 317, note J. SCHMIDT ; Cass. com., 16 avril 1984, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup>. 148 ; Cass. com. 16 avril 1991, *Rev. trim. Dr. Civ.* 1992, 79, obs. J. Mestre.

formalités il faut « que les volontés des deux parties se soient nettement exprimées sur le point de considérer leur contrat comme étant solennel »<sup>196</sup>.

En ce sens en 1936 la chambre des requêtes de la Cour de cassation, à propos d'un contrat de vente, a exposé que « l'énonciation dans un acte de vente sous seing privé, portant accord du vendeur sur la chose et sur le prix qu'un acte notarié serait ultérieurement dressé n'a pour effet de subordonner la formation de l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité *que s'il résulte clairement soit des termes de la convention, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties* »<sup>197</sup>.

Puis, un arrêt de la troisième chambre civile du 5 janvier 1983 a affirmé que « la passation d'un acte authentique ou de toute autre formalité doit donc avoir été clairement considérée par les parties comme une « cause déterminante » ou un « élément essentiel » de la vente définitive »<sup>198</sup>.

Ainsi, « la volonté de hisser un élément accessoire au rang d'élément essentiel doit apparaître de manière incontestable »<sup>199</sup>. Au contraire, en cas de doute, « il semble donc que cette clause s'analyse en une clause de style, à laquelle les parties n'ont pas attaché de signification particulière »<sup>200</sup>.

Cette solution est aussi partagée par Ch. Larroumet qui à ce propos affirme que « la solennisation du contrat ne peut, en droit français, être envisagée que s'il n'est pas douteux que les parties ont subordonné la conclusion du contrat définitif à la rédaction d'un acte authentique. La raison en est que, dans le doute, on doit appliquer la règle supplétive, c'est-à-dire le principe du consensualisme, l'exigence de l'écrit ne pouvant alors intervenir qu'au titre de condition de preuve »<sup>201</sup>.

**183.** Et finalement, l'accord sur les formes de validité doit être conclu avant la conclusion du contrat définitif. Cela veut dire que, « lorsque l'une des

---

<sup>196</sup> Hypothèse étudiée à propos des promesses synallagmatiques de contrat. V. Ch. Larroumet, *Les obligations, Le contrat*, t. III, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 514.

<sup>197</sup> Cass. req. 4 mai 1936, D.H. 1936-1-313.

<sup>198</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 janvier 1983, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup>. 7, p. 6.

<sup>199</sup> A. LAUDE, *op. cit.*, p. 412.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>201</sup> Ch. LARROUMET, *op. cit.*, p. 515.

parties ou les deux veulent rendre essentielles des modalités qui sont ordinairement accessoires, pour en faire un élément constitutif de leur consentement, elles doivent le faire connaître à l'autre avant que le contrat ne soit définitivement conclu. C'est-à-dire que la volonté d'essentialiser un élément du contrat doit être exprimée avant que l'offre ait été acceptée »<sup>202</sup>.

Cette condition relative au moment pour la conclusion des conventions sur les formes de validité a été confirmée par la Cour de cassation : « Aussi, apparaît-il nécessaire que la liberté contractuelle de déroger aux principes qui gouvernent la réalité du consentement se manifeste de façon expresse et, cela, dès les pourparlers »<sup>203</sup>.

**184.** Il est donc certain que les parties ont la possibilité de conclure des conventions pour imposer des formes de validité à la conclusion du contrat définitif. Cependant il est pertinent de mentionner qu'une partie de la doctrine tient en ce que seule la loi dispose de la faculté de créer des contrats solennels. Ce point a suscité une controverse que nous aborderons ci-après.

### **B. Les difficultés des conventions sur les formes de validité (la discussion)**

**185.** La question de fond se pose de savoir si la forme imposée en vertu de la convention, peut-être considérée comme équivalente à une forme légale. Autrement dit, est-ce que l'accord de soumettre un contrat consensuel aux formalités de validité suffit pour le transformer en contrat solennel ?

Un acte juridique devient-il solennel par le fait que ses auteurs ont stipulé qu'ils n'entendaient exprimer un consentement valable que selon une forme déterminée ?

**186.** Pour répondre à ces questions il faut tout d'abord réviser les formes conventionnelles face à l'entendu du principe du consensualisme (§1), pour déterminer ensuite la portée de la convention sur la forme (§2), et finir avec

<sup>202</sup> A. LAUDE, *op. cit.*, p. 272.

<sup>203</sup> D. MAZEAUD, *obs. préc.*, *Defrénois* 1985, p. 1047.

l'analyse du problème de la sanction en cas de non-respect des formes conventionnelles (§3).

### §1. Formes conventionnelles et étendue du principe du consensualisme

**187.** Pour certains auteurs, les parties dans l'exercice de la liberté contractuelle, peuvent soumettre le contrat définitif aux modalités de forme<sup>204</sup>. Cependant pour d'autres cette analyse est contestable car la possibilité de conclure des conventions sur la forme se justifie par l'exercice même du principe du consensualisme ; ce qui veut dire que la forme légale n'est pas une forme mais « une manifestation de la liberté de la forme ou plus globalement de la liberté contractuelle »<sup>205</sup>.

**188.** Ainsi, pour cette partie de la doctrine, la possibilité de transformer le contrat consensuel en contrat solennel par le seul accord des volontés « repose sur une conception erronée de l'acte juridique solennel et de la portée du principe du consensualisme. En vertu du principe du consensualisme, les parties ont le libre choix de la forme dans laquelle elles exprimeront leur volonté. Lorsque les parties décident d'un commun accord que leur volonté devra être exprimée selon une forme fixée à l'avance pour pouvoir produire un effet, elles choisissent le mode d'expression du consentement. Sans doute la forme devient-elle alors obligatoire, mais c'est par l'effet de la convention qu'elles ont librement conclue ; et si elles doivent s'y conformer c'est parce qu'elles l'ont voulue »<sup>206</sup>.

En conséquence, il n'y aurait donc pas d'exception au principe du consensualisme, « mais bien au contraire application de ce principe. Malgré l'exigence d'une forme convenue l'acte demeure consensuel ; il n'est pas solennel »<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Dans ce sens V. F. TERRE, *op. cit.*, thèse préc. p. 177. ; A. LAUDE, *op. cit.*, thèse préc., p. 275.

<sup>205</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 110.

<sup>206</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 88.

<sup>207</sup> *Ibid.*

**189.** A propos de cette position de la doctrine, il est en principe incontestable que l'accord préalable des parties de soumettre un contrat futur à certaines formes, c'est-à-dire la convention sur la forme, est fondé sur la liberté propre du principe du consensualisme, quant au fond et quant à la forme.

En effet, c'est grâce à cette liberté des parties que se justifie l'objet du contrat préparatoire, et ainsi elles peuvent librement choisir les formes pour exprimer leur consentement dans un contrat futur et définitif. Et aussi, quant à la forme même du contrat préparatoire sur les formes, les parties sont régies par le principe du consensualisme, car en principe il n'existe aucune forme imposée pour la conclusion des conventions sur la forme.

**190.** Cela nous permet de revenir sur l'idée que, quand on parle des conventions sur des formes, proprement dites (avec les conditions déjà exposées), on est toujours en présence de deux contrats différents, d'abord le contrat préparatoire qui contient une convention sur la forme et le contrat définitif, qui selon la loi est en principe consensuel.

Ainsi, les deux contrats sont liés entre eux tout d'abord parce que le premier prépare l'exécution du second, mais ils sont différents et séparés, au moins par un intervalle de temps car, comme nous l'avons déjà mentionné, il faut que la convention sur la forme soit conclue préalablement à la conclusion du contrat définitif.

**191.** Ainsi, la vraie question qui se pose n'est pas celle de savoir quel est le fondement de la convention préalable des formes, car évidemment elle résulte du principe de liberté des formes, mais quelle est la source de l'obligation de conclure le contrat définitif par une forme particulière. Et là on ne pourrait plus affirmer que les parties sont régies par le principe du consensualisme car, au contraire, elles sont obligées de respecter certaines formalités, en vertu de la loi particulière et individualisée, qui est la convention sur la forme.

**192.** Ainsi, au moment de conclure le contrat définitif, les parties seront tenues de respecter leur propre convention expresse et préalable sur les formes. Par conséquent, on peut affirmer qu'elles sont obligées de conclure un contrat futur solennel et la source de la forme contractuelle est la volonté des parties. Il est donc nécessaire de connaître la portée des conventions sur la forme.

## §2. La portée de la convention sur la forme

**193.** Un autre problème se pose : celui de savoir quelle est la portée de la convention sur la forme. Surtout lorsque les parties n'ont rien dit sur les conséquences de la forme accordée sur le contrat définitif. C'est-à-dire que, dans la clause de forme elles n'ont pas précisé s'il s'agissait d'une forme *ad solemnitatem* ou d'une forme *ad probationem*.

Ainsi, lorsque les parties ont précisé dans l'accord que l'exigence de forme serait requise pour la validité de l'acte ou pour sa preuve il n'y aura pas de grands problèmes. Il s'agit donc de respecter l'intention des parties dans l'accord visant une forme contractuelle<sup>208</sup>.

**194.** Par contre, lorsque les signataires n'ont pas précisé expressément la portée qu'ils ont voulu donner aux exigences de forme, le juge doit interpréter le sens de l'accord des parties. De telle sorte que « le juge sera amené à rechercher, dans chaque cas, quelle a été la commune intention probable des parties. C'est donc là une question d'interprétation du contrat »<sup>209</sup>.

Les parties ont-elles entendu faire de l'exigence de forme une condition suspensive ou résolutoire de l'engagement, une condition de preuve, ou une véritable condition de validité de l'acte ?<sup>210</sup> Par exemple, les parties ont-elles conçu la rédaction d'un acte authentique comme une simple modalité d'exécution du contrat ou comme l'un des éléments essentiels ?<sup>211</sup>

**195.** La jurisprudence, après avoir réussi à surmonter quelques difficultés et hésitations<sup>212</sup>, décide aujourd'hui qu'en cas de doute sur la portée donnée par

---

<sup>208</sup> « La portée d'une formalité convenue dépend en principe de la commune intention des parties. Celles-ci peuvent avoir voulu subordonner la validité de l'acte au respect de la forme convenue ou régler seulement un problème de preuve », V. Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.052, note R. Wintgen.

<sup>209</sup> B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. II, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., p. 91.

<sup>210</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 86.

<sup>211</sup> A. LAUDE, *op. cit.*, p. 274- 275.

<sup>212</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 avril 1979, *JCP* 1981, II, 19697, note Dagot, *Defrénois*, 1980, p. 1057 note G. Morin.

les parties à la forme convenue, il faut appliquer la règle supplétive, c'est-à-dire le principe du consensualisme<sup>213</sup>. Ainsi, sauf volonté claire des parties en sens contraire, la forme convenue est présumée comme une simple condition de preuve et non de validité. Alors le seul accord sur les éléments essentiels du contrat suffit à former le contrat<sup>214</sup>.

En cas d'absence de volonté expresse des parties, la jurisprudence française a déterminé aussi qu'en ce qui concerne la réitération par acte authentique de conventions conclues par acte sous seing privé, il faut présumer qu'il s'agit d'une simple formalité probatoire<sup>215</sup>.

**196.** Par contre, la solution est opposée en ce qui concerne les formalités prévues pour des actes juridiques unilatéraux. Ainsi, « s'agissant d'actes unilatéraux accomplis en vertu d'un contrat, la formalité s'impose comme condition de validité et non comme simple exigence de preuve. Lorsqu'une des parties se voit reconnaître le pouvoir de modifier unilatéralement la situation juridique de l'autre, il paraît en effet souhaitable de limiter autant que possible l'incertitude tenant à l'exercice du droit. L'exigence d'un strict respect des formes vient dans ce cas opportunément renforcer la sécurité juridique du destinataire de la notification »<sup>216</sup>.

**197.** Dans certains systèmes juridiques c'est la loi qui établit la règle supplétive de la volonté des parties. Ainsi, selon les articles 125 et 154 § 2 BGB, l'article 16 al. 1 du Code Fédéral suisse des obligations, et l'article 1532 du Code civil italien, à défaut de volonté expresse des parties, si la forme était exigée *ad solemnitatem* ou *ad probationem*, il faut présumer que la forme est une condition de validité, et non simplement probatoire du contrat définitif<sup>217</sup>.

**198.** Une autre difficulté des conventions sur la forme est le problème de la sanction en cas de non-respect des formes de source conventionnelle. Il est

---

<sup>213</sup> Ch. LARROUMET, *op. cit.*, p. 515.

<sup>214</sup> F. TERRE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 153.

<sup>215</sup> V. Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 20 déc. 1994 : Bull. civ. 1994, III, n<sup>o</sup>. 229; *JCP G* 1995.II, 22491, note Ch. Larroumet.

<sup>216</sup> Cass. com., 3 oct. 2006, n<sup>o</sup>. 05-13.052, note R. Wintgen, p. 25.

<sup>217</sup> Ch. LARROUMET, *note préc.*, p. 515.

donc pertinent de s'interroger sur les conséquences de l'inobservation des formes convenues par les parties.

### §3. Le problème de la sanction en cas de non-respect des formes conventionnelles

**199.** L'argument qui fait vraiment obstacle à l'admission de l'équivalence entre les formes d'origine légale et les formes conventionnelles est celui qui affirme qu'en cas de non accomplissement de la forme convenue la sanction ne peut pas être la même qu'en cas de non accomplissement d'une forme d'origine légale.

Ainsi, les conséquences logiques qui découlent du caractère consensuel des formes conventionnelles empêchent que leur soit appliqué le régime juridique des formes d'origine légale. Par conséquent, l'inobservation des formes conventionnelles ne peut pas être sanctionnée par la sanction de la nullité.

**200.** Ainsi, lorsqu'on est en présence de formes d'origine consensuelle, les parties pourront, par la même voie conventionnelle, défaire ce qu'elles ont fait. Donc, après avoir prévu l'exigence d'une forme pour l'extériorisation de leur consentement, elles pourront, par la suite, modifier la convention ou même la détruire<sup>218</sup>.

**201.** En effet, la jurisprudence a même admis la possibilité de priver l'accord d'effets par le seul accord tacite, c'est-à-dire que la renonciation à la forme n'a pas besoin d'être expresse<sup>219</sup>.

C'est le cas de l'arrêt rendu le 24 novembre 1965 par la 1<sup>re</sup> chambre civile où la Cour de cassation a affirmé que « les parties sont libres en effet de renoncer à la forme convenue que leur accord seul leur impose ; elles peuvent

---

<sup>218</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 88.

<sup>219</sup> « C'est encore en raison de sa nature conventionnelle que les dérogations des parties au formalisme volontaire ne sont pas traitées sur le terrain de la confirmation mais relèvent du *mutus consensus*. C'est ainsi que l'acceptation sans aucune réserve de la levée d'option par un contractant rend la vente parfaite nonobstant le non-respect des exigences de forme convenues initialement entre les parties ». Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 nov. 1965, Bull 1965 I, n<sup>o</sup>. 652, p. 496, note J. Chevalier, p. 529.

donc d'un commun accord y renoncer »<sup>220</sup>. En l'espèce, une promesse de vente portant sur des terrains à bâtir stipulait que l'option serait levée « par lettre recommandée... ou par exploit d'huissier ». Cependant, le bénéficiaire avait levé l'option par simple lettre à laquelle les promettants avaient répondu en « indiquant, sans moindre réserve qu'ils considéraient la vente comme définitive ». La Cour de cassation a considéré qu'il était irrecevable pour le vendeur de se prévaloir de la méconnaissance de la forme convenue, et par conséquent le contrat était valablement formé.

Ainsi, la jurisprudence a reconnu la possibilité d'écarter des exigences de forme d'origine conventionnelle par une renonciation tacite, laquelle peut être déduite de la même exécution du contrat, bien que l'accord n'ait pas été donné dans la forme convenue<sup>221</sup>.

**202.** De l'interprétation de cette décision il a été soutenu que « le formalisme que dans une convention les parties s'imposent à elles-mêmes pour les actes qu'elles auront à accomplir dans l'exécution de leur accord est d'une autre nature que le formalisme qu'impose la loi. La forme convenue ou réservée est sanctionnée tout autrement que la règle de forme. Sa sanction est sous la dépendance de la volonté des parties »<sup>222</sup>.

Plus radicalement la doctrine n'a pas hésité à affirmer que « ces solutions marquent nettement la différence de nature qui existe entre la forme convenue et la forme solennelle, car la forme solennelle est impérative et de ce fait insusceptible de renonciation et d'équipollent. Il n'est donc pas douteux que la forme convenue ne rend pas l'acte juridique solennel. La volonté des parties ne peut rendre solennel un acte juridique qui, parce que précisément sa forme est volontairement choisie par les parties, ne peut être que consensuel. Seule la loi peut imposer une forme solennelle »<sup>223</sup>.

Par conséquent, l'impossibilité pour le juge de sanctionner le non accomplissement des formes conventionnelles par la nullité découle en

---

<sup>220</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 nov. 1965, *Bull* 1965 I, n<sup>o</sup>. 652, p. 496.

<sup>221</sup> V. dans le même sens Civ. 6 juillet 1964, *Bull.* 1964, I, 288 ; Civ. 13 juin 1961, *Bull.* 1961, I, 245.

<sup>222</sup> J. CHEVALIER, *note préc.*, *Bull* 1965, p. 529.

<sup>223</sup> M.-A. GUERRIERO, p. 88.

principe de sa nature conventionnelle. Cela s'explique aussi par la solidité du lien unissant annulation et règle légale. En conséquence, « les conditions 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 auxquels il manque une condition de formation ou d'efficacité d'origine partiellement ou totalement volontaire »<sup>224</sup>.

**203.** Dans le droit colombien, les solennités d'origine conventionnelle ne peuvent pas constituer des causes pour sanctionner le contrat avec la nullité. Le Code civil colombien, dans son article 1740 prévoit la nullité de tout acte ou contrat qui manque aux conditions expressément établies par la loi. Cela exclut la possibilité pour les parties de créer des conditions distinctes<sup>225</sup>.

**204.** Toutefois, et malgré les différents points de vue sur le sujet, lorsqu'il s'agit d'un contrat consensuel, les parties peuvent, en principe, imposer librement des formes de validité au contrat. A l'appui de cette idée vient le constat du rôle du formalisme dans le droit contemporain des contrats, où il se concrétise, de plus en plus, comme un instrument visible de protection de la volonté des parties.

Ainsi, en principe, rien ne peut empêcher les parties de choisir les formes pour conclure le contrat, mais aussi de les ériger comme des éléments de validité de leur engagement. La possibilité de conclure des conventions sur des formes de validité montre comment le formalisme peut devenir un instrument par lequel les parties protègent elles-mêmes leur volonté lors de la conclusion du contrat, et consolide le formalisme comme un indéniable instrument au service de la volonté des parties.

**205.** En revanche, la situation est différente lorsque les parties veulent conclure un contrat formel. Lorsque le contrat est solennel la volonté des parties joue un rôle très différent, qui mérite également d'être abordé.

---

<sup>224</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 108.

<sup>225</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones II, De las Fuentes de las Obligaciones : El Negocio Jurídico*, TII, V. 1, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 503.

## **Section 2. Le formalisme conventionnel de substitution (contrat formel)**

**206.** D'après le célèbre article de Jacques Flour, formalisme signifie « forme impérative », ce qui implique que par définition, la forme ne peut pas avoir « d'équivalent possible »<sup>226</sup>. Ainsi, en principe la volonté des parties ne peut pas modifier les règles de forme données par la loi (A). Cependant, certains auteurs ont reconnu une certaine *fluidité du formalisme*, qui implique l'entrée de quelques « mécanismes ponctuels de *substitution* de formes »<sup>227</sup> et ainsi d'accepter l'idée de *forme substituée*. Cela suppose la possibilité d'admettre l'existence d'un formalisme de substitution (B).

### **A. Le principe : Forme impérative**

**207.** Par nature, les formes d'origine légale ont un caractère impératif, car l'exigence d'une formalité implique la restriction à la liberté de choisir les formes du contrat (§1). Ce principe se maintient lorsqu'on est en présence du formalisme alternatif (§2).

#### §1. La nature impérative des formes légales

**208.** Lorsque les parties veulent conclure un contrat particulier et que la validité de ce contrat est soumise à l'accomplissement d'une formalité précisée par la loi, elles sont tenues de la respecter. Ainsi, les parties sont obligées d'exprimer leur consentement selon la forme de validité indiquée par la loi.

Cela s'explique par l'analyse même du concept du principe du consensualisme. Certes, consensualisme n'implique pas absence de forme, mais liberté pour les choisir. Ce qui veut dire, *contrario sensu*, que dans l'exception au principe général, c'est-à-dire, sur le terrain du formalisme il y a nécessairement une restriction à cette liberté de choisir les formes contractuelles.

---

<sup>226</sup> J. FOUR, *eod. loc.*, p. 101.

<sup>227</sup> J.-L. AUBERT, *art. préc.*, *Rép. Défrénois*, p. 935.

**209.** En effet, « étant imposée, la forme solennelle est, par cela même, insusceptible d'équipollent. Autoriser l'auteur d'un acte à extérioriser sa volonté dans une forme autre que celle imposée par la loi reviendrait à lui donner le choix du mode d'expression du consentement, ce qui serait alors revenir au consensualisme »<sup>228</sup>.

Ainsi, la nature même du formalisme implique l'existence d'une contrainte, celle d'exprimer sa volonté par la forme indiquée pour que le contrat soit valable. Ce qui revient à dire que la forme est en principe impérative et par conséquent que la liberté des parties est exclue du champ des contrats solennels.

De cette façon, « lorsque la loi soumet un acte juridique déterminé à une forme solennelle, et que cet acte devient de ce fait solennel, il n'est pas permis à l'auteur ou aux auteurs de cet acte d'utiliser d'autres modes d'extériorisation de la volonté que celui qui a été impérativement exigé par la loi »<sup>229</sup>.

**210.** Cette notion du formalisme a été rigoureusement adoptée par la jurisprudence française. En particulier, la Cour a dénié la validité d'une donation conclue par un acte sous seing privé se fondant sur l'exigence d'un acte notarié consacré à l'article 931 du Code civil<sup>230</sup>. En outre, la jurisprudence a aussi reconnu l'impérativité des formes légales dans le cas de la conclusion d'un contrat de mariage pour lequel la loi exige aussi l'accomplissement d'un acte notarié.

En plus, l'impérativité des formes légales a été reconnue par le juge même dans le cas où les parties se sont trouvées dans une situation particulière qui les empêchait d'accomplir la forme exigée par la loi.

La sévérité de la jurisprudence sur ce point « se manifeste notamment dans l'interprétation restrictive de certains textes, dans lesquels on aurait pu trouver des justifications à l'admission d'équipollents, ou lorsqu'elle refuse de tenir compte de l'urgence et des circonstances exceptionnelles pour admettre la

---

<sup>228</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>230</sup> Req. 23 mars 1870, D. 1870, I. 327 ; Req. 23 mai 1876, D. 1876, I. 254 ; Cass. civ. 17 février 1898, Gaz. Pal 1898, I, 305, D. 1901, p. 68 ; Cass. civ. 12 juin 1967, *JCP* 1967, II, 15 225, D. 1967, 584, note Breton ; Rapp. civ. 20 mai 1969, *Bull.* 1969, I. 156, no. 194.

validité de certaines formes autres que celles imposées par la loi, même très proches »<sup>231</sup>.

**211.** Le principe d'impérativité du formalisme se maintient lorsque la loi donne la possibilité aux parties de choisir entre plusieurs formes pour conclure le contrat.

## §2. Le formalisme alternatif

**212.** On reste toujours sur le terrain des formes impératives lorsque c'est la loi qui donne le choix entre plusieurs formes pour conclure le contrat.

Ainsi, quand le législateur permet aux parties de choisir entre différentes formalités précisément énumérées, on est aussi en présence d'un contrat solennel car dans ce cas il n'existe pas pour les parties la pleine liberté de choisir les modes d'extériorisation de leur consentement. Au contraire elles sont contraintes de conclure le contrat en utilisant les formes légales précisées, à l'exclusion de toute autre<sup>232</sup>.

Donc, « quand la loi impose une forme déterminée, ou laisse le choix entre deux formes également déterminées, ce qui ne modifie en rien le caractère solennel de l'acte, les parties ne sont pas libres de choisir une forme différente. Si elles le font, l'acte juridique ne produira pas les effets voulus par ses auteurs. La ou les formes solennelles ne sont pas susceptibles d'équipollents »<sup>233</sup>.

**213.** Cela nous permet d'affirmer que dans le cas où la loi donne des formes « alternatives » pour la conclusion du contrat on n'est pas sur le terrain des mécanismes de substitution des formes. Certes, le choix est donné par le législateur et en conséquence « les parties ne sont pas libres de manifester leur volonté autrement que dans l'une ou l'autre forme imposée par la loi »<sup>234</sup>. Ce

---

<sup>231</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 106.

<sup>232</sup> Ex. Contrat d'apprentissage, vente de navire, hypothèque maritime, entre autres.

<sup>233</sup> M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 104.

<sup>234</sup> *Ibid.*

qui revient à confirmer le principe d'impérativité des formes précisées par la loi.

**214.** Pourtant, malgré l'évidente impérativité du formalisme contractuel, quelques auteurs ont remarqué une certaine *fluidité du formalisme* en droit des contrats. Tandis que cette notion peut être considérée, en principe, *anti-formaliste* et contradictoire du concept du formalisme<sup>235</sup> rigide en soi-même, elle mérite d'être analysée à propos de la validité des conventions sur la forme.

## **B. Les tempéraments : La forme substituée**

**215.** En vertu de la conception fluide du formalisme contractuel, la liberté contractuelle des contractants joue un rôle très important dans la mesure où elle peut modifier les règles de forme imposées par la loi. Mais comment comprendre cette flexibilité du formalisme contractuel ? Pour comprendre cette fluidité du formalisme nous traiterons d'abord la notion et la portée des conventions de substitution (§1) avant d'aborder le formalisme de substitution et le problème de la qualification du contrat (§2).

### §1. Notion et portée des conventions de substitution des formes contractuelles

**216.** Certes, la société est dynamique et changeante, ce qui conduit nécessairement les règles du droit à changer et à s'adapter aux besoins et aux situations particulières des sujets de droit<sup>236</sup>.

Dans cette logique, le formalisme contractuel, instrument de droit, ne peut non plus être conçu comme une institution immobile et indifférente aux nécessités changeantes des contractants. Au contraire, le formalisme doit être

---

<sup>235</sup> « La formule peut paraître paradoxale, en ce sens que le formalisme implique naturellement une certaine rigidité ». J.-L. AUBERT, *eod. loc.*, p. 935.

<sup>236</sup> Pour en savoir plus sur le sujet du dynamisme du droit V. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Ley, derechos, justicia, 5<sup>a</sup> éd., trad. Marina Gascon, Madrid, Trotta, 2003.

conçu comme un outil changeant et malléable, pour ainsi servir à la protection effective des parties<sup>237</sup>.

**217.** De la sorte, cette conception *fluide* du formalisme contractuel permet d'envisager des mécanismes ponctuels de substitution des formes par la volonté des parties<sup>238</sup>. Mais en quoi consistent ces mécanismes par lesquels les parties peuvent substituer les formes légales, et dans quelle mesure peuvent-ils se matérialiser ?

**218.** D'abord il est pertinent de préciser que les substitutions des formes « permettent aux parties d'aménager les *règles de forme que la loi impose* et donc de remplacer un formalisme par l'autre »<sup>239</sup>. Il s'agit alors d'un accord préparatoire par lequel les parties, malgré l'exigence expresse de la loi, accordent de substituer la forme légale par une autre formalité contractuelle.

**219.** Mais la question se pose de savoir s'il existe une totale liberté des parties pour changer les exigences de forme légales ou si, par contre, il existe des limites pour la volonté substitutive des formes.

Il faut clarifier cette question car on peut être tenté de penser que la reconnaissance de cette liberté des parties implique aussi la possibilité pour les contractants de supprimer les formes légales. Dans ce cas particulier il est pertinent de préciser qu'en principe, il n'est pas permis aux parties d'éliminer les formes contractuelles exigées par la loi. En effet, car dans cette hypothèse envisagée, de suppression des formes, la volonté des parties empêcherait l'accomplissement des finalités du formalisme légal en tant que protecteur de la volonté des parties.

Il n'est pas difficile de comprendre que si le législateur cherche à protéger les parties en imposant des formes de validité au contrat, les parties ne peuvent pas se débarrasser de ce formalisme en argumentant simplement l'exercice de la liberté contractuelle.

---

<sup>237</sup> Selon Jean Luc Aubert : « Elle me semble cependant correspondre à une réalité, à savoir que les exigences légales quant à la forme ne sont pas toujours définitivement figées ». V. Ibid., J.-L. AUBERT, *eod. loc.*, p. 935.

<sup>238</sup> Les conventions sur la forme, sont un instrument des parties qui confirme la tendance générale consistant en l'assouplissement du formalisme contractuel contemporain.

<sup>239</sup> J.-L. AUBERT, *eod. loc.*, p. 936.

Ainsi les parties ne peuvent pas supprimer la forme sans mettre à la place une autre forme, à moins qu'elle n'accomplisse la finalité cherchée par le législateur. Dans ce cas la suppression de la forme impliquerait la méconnaissance des dispositions du législateur et par conséquent la possibilité d'être sanctionnée par la nullité du contrat.

**220.** Par contre, la situation est différente lorsque les parties remplacent une forme par une autre, cas où les parties ont en principe la liberté de substitution. Cependant, dans ce cas la liberté des contractants n'est pas non plus sans limites. A ce sujet, Yvonne Flour et Alain Ghozi ont proposé une solution intéressante au problème des limites de la volonté substitutive des formes contractuelles. Ainsi ils ont lié la possibilité de substituer les formes au sujet de l'accomplissement des finalités du formalisme contractuel.

En ce sens ils ont affirmé que « Il est presque toujours possible d'aménager ou de modifier les formes légales, à la seule condition de satisfaire aux objectifs de la loi. Autrement dit, le formalisme laisse place à des formes de substitution ou équivalentes, dès lors que celles-ci remplissent les mêmes fonctions »<sup>240</sup>.

**221.** Par conséquent, selon ces auteurs, les objectifs poursuivis par la règle de forme donnent la mesure de la liberté laissée aux parties. Ce qui veut dire qu'il existe, entre la finalité de la forme et la liberté de les remplacer, « une tension constante »<sup>241</sup> et cela explique que lorsque la finalité de la forme est liée à l'intérêt particulier des parties, elles sont libres de substituer une forme par une autre qui remplit la même finalité.

**222.** Par contre, lorsqu'on est en présence des formalités de type administratif, les parties ne sont pas autorisées à modifier les exigences de la loi, car est engagée la recherche des finalités qui sortent de la sphère individuelle des parties. Ainsi, les formalités administratives, comme par exemple l'enregistrement d'une promesse unilatérale de vente ou la publication d'un acte au bureau des hypothèques, ne sont pas disponibles à la

---

<sup>240</sup> Y. FLOUR et A. GHOZI, Les conventions sur la forme, in *Defrénois*, n°. 15-16, année 2000, art. 37211 p. 919.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 920.

volonté des parties. Elles sont « par nature immuables »<sup>242</sup>, ce qui veut dire qu'il est impossible de leur trouver des équivalents<sup>243</sup>.

## §2. Formalisme de substitution et qualification du contrat

**223.** La possibilité de substituer volontairement les formes de formation du contrat, dans certaines limites, a été effectivement admise par la doctrine et la jurisprudence<sup>244</sup>.

**224.** C'est justement la jurisprudence qui, dans sa tendance à assouplir le formalisme légal, et sur le fondement d'une sorte de « formalisme de substitution », a admis la possibilité en matière de donation de substituer la forme exigée par le législateur dans l'article 931 du Code civil.

Ainsi, les parties, dans l'exercice de leur liberté contractuelle peuvent déguiser la donation sous la forme d'un autre contrat différent, en changeant une forme par une autre, et ainsi, en vertu de ce formalisme de substitution requalifier le contrat.

**225.** C'est ainsi que la Cour de cassation a soustrait certaines donations à l'exigence d'acte authentique contenu dans l'article 931 du Code civil, sanctionnée à peine de nullité, en admettant ce formalisme de remplacement pour la donation déguisée<sup>245</sup> sous un acte à titre onéreux, la donation indirecte<sup>246</sup>, ou le don manuel<sup>247</sup>.

**226.** L'argument exposé par la jurisprudence et plusieurs auteurs, pour justifier la possibilité de substituer la forme légale par une autre forme, est

---

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 919.

<sup>243</sup> « Cela ne va pas sans un certain paradoxe : plus la forme apparaît comme périphérique ou, encore, moins elle est essentielle à la substance de l'acte, et plus elle révèle sa rigidité ». *Ibid.*

<sup>244</sup> En fait, la doctrine a déjà étudié le pouvoir de la volonté sur la qualification du contrat. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, 1955, p. 170.

<sup>245</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 1975, *Bull civ.* I, n<sup>o</sup>. 288, p. 241.

<sup>246</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 avril 1976, *Bull civ.* III, n<sup>o</sup>. 144, p. 144.

<sup>247</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*. Dalloz. 8<sup>e</sup> édition, p. 152.

celui de conditionner la substitution à l'accomplissement des finalités poursuivies par le législateur par l'exigence d'un acte authentique.

En ce sens, le doyen Ripert a proposé la validité des donations non solennelles, si la protection du donateur était assurée par le formalisme de substitution. Ainsi, il a considéré que les formes de substitution pouvaient être acceptées par forme notariée dans la mesure où elles protégeaient la volonté du donateur<sup>248</sup>.

En ce qui concerne la finalité de l'acte authentique d'assurer l'irrévocabilité de la donation, des auteurs ont affirmé que tant le don manuel que la donation indirecte semblent présenter toutes les garanties à cet égard<sup>249</sup>.

Ainsi, « la tradition, la simulation, la dissimulation, participent d'un formalisme de remplacement. Elles garantissent, par équivalence, les intérêts que l'exigence d'un acte authentique tend habituellement à sauvegarder »<sup>250</sup>.

**227.** Au contraire, d'autres auteurs considèrent que les formes conventionnelles substituées à la forme légale prévue pour la donation (l'acte authentique), portent atteinte à l'accomplissement des finalités poursuivies par l'exigence d'un acte notarié. Ainsi, quant à l'irrévocabilité de la donation, finalité évidente de l'exigence d'acte authentique, il semble que le déguisement de la donation mette en risque cette règle de l'irrévocabilité. « Si la libéralité revêt l'apparence d'une reconnaissance de dette, le respect du principe d'irrévocabilité est plus sérieusement compromis encore ». « Aussi bien la tradition, la simulation ou la dissimulation ne semblent guère aptes à garantir l'irrévocabilité de la donation »<sup>251</sup>.

« Mais c'est surtout sur le terrain de la protection de la volonté du disposant que se vérifie l'absence d'identité d'effets entre la réception notariée de la

<sup>248</sup> G. RIPERT, *Etude critique de la notion de libéralité*, Cours du doctorat, Paris, 1930-1931, p. 113 et s.

<sup>249</sup> X. LAGARDE, Réflexions sur le fondement de l'art. 931 c. civ., *RTD civ.* 1997.25 et 1, p. 35.

<sup>250</sup> J.- F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, thèse LGDJ, Paris 1989, p. 36.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 37.

donation et le fait d'organiser la clandestinité de la libéralité ». En ces termes, la possibilité de substituer la forme consacrée dans la loi met en risque la protection de la volonté du donateur, objet principal de protection de la loi. Cela car, « d'une part, la passation d'un acte authentique oblige à réfléchir et empêche, par-là, de consentir à la légère : on ne signe pas un tel acte comme on signe n'importe quel papier. Plus que la perspective de rencontrer le notaire, c'est celle d'« aller à l'étude » qui donne à réfléchir »<sup>252</sup>. Dans le même sens, M. Xavier Lagarde affirme que « le simple fait de se rendre chez le notaire pousse à la réflexion », ce qui implique que « si l'acte notarié a une vertu protectrice, alors aucune autre forme ne peut s'y substituer avec la même vertu »<sup>253</sup>.

**228.** Face à ces considérations, des auteurs ont affirmé que la théorie du « formalisme de substitution est un « pis-aller doctrinal ». « En présence de dispositions légales peu adaptées à la psychologie des particuliers et d'une jurisprudence entérinant les « mauvais » penchants de ces derniers, les auteurs se sont donné bonne conscience »<sup>254</sup>.

Les critiques à la théorie du formalisme de substitution gagnent de plus en plus de terrain, surtout si on considère que « l'équivalence des formes présente à ce jour les allures d'un anachronisme. L'époque est au regain du formalisme, formalisme protecteur dont bénéficient les consommateurs et, plus généralement, ceux que l'on considère comme des parties faibles »<sup>255</sup>.

**229.** Cependant, il n'est pas possible de nier la fluidité introduite au formalisme par la liberté des parties. La liberté contractuelle, exercée dans certaines limites et sous certaines conditions peut effectivement substituer les formes contractuelles exigées par la loi. Mais surtout, cette fluidité se manifeste en ce qui concerne la convention sur les formes probatoires. Cette possibilité d'accorder les formes probatoires nous amène à étudier le sujet du formalisme probatoire.

---

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>253</sup> X. LAGARDE, *eod. loc.*, p. 31.

<sup>254</sup> J.- F., MONTREDON, *op. cit.*, p. 39.

<sup>255</sup> X. LAGARDE, *eod. loc.*, p. 32.

## CHAPITRE 2.

### LA CONVENTION SUR LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES

**230.** Il faut avant tout souligner que dans ce chapitre nous étudierons les règles du formalisme probatoire<sup>256</sup>, et rappeler qu'en ce qui concerne les règles de preuve, nous nous situons sur le terrain du formalisme atténué, c'est-à-dire des formes qui sont exigées non pour la validité du contrat mais pour sa preuve ou son opposabilité<sup>257</sup>.

Ainsi, « à la différence des formes solennelles, les formes probatoires ne conditionnent nullement la validité de l'acte juridique. En leur absence, l'acte existe. Simplement il risque de ne pas pouvoir être prouvé et d'être ainsi privé d'efficacité »<sup>258</sup>.

**231.** Lorsqu'on évoque les termes contrat et preuve on tend à se situer immédiatement sur le terrain du contrat comme objet de la preuve, c'est-à-dire, de l'efficacité du contrat et des instruments probatoires disponibles aux parties pour prouver l'existence et le contenu du contrat. Cependant, le contrat peut jouer aussi comme un véhicule des volontés des parties pour établir les règles de preuve qui vont régir la relation contractuelle, c'est-à-dire, le contrat peut être aussi la source de la règle de preuve. C'est justement cette dernière relation existant entre contrat et preuve que nous allons aborder dans les pages suivantes : la volonté contractuelle à la source des règles de preuve du contrat, car il est d'un grand intérêt d'étudier ce sujet des conventions sur la preuve, dans le contexte contemporain d'invasion des règles de forme<sup>259</sup> du contrat.

---

<sup>256</sup> Comme nous l'avons déjà souligné (dans l'introduction), le droit de la preuve est formaliste par essence, ce qui veut dire que s'agissant des règles de preuve on se trouve toujours sur le terrain du formalisme.

<sup>257</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 160.

<sup>258</sup> F. TERRE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 161.

<sup>259</sup> Ou de preuve, étant entendu que les règles de preuve sont formalistes par nature.

232. En ce sens il faut d'abord s'interroger sur la liberté des parties de convenir les règles de preuve du contrat (section 1) pour étudier ensuite la portée et les limites des conventions sur la preuve (section 2).

### **Section 1. La liberté des parties d'aménager les règles de preuve**

233. Pour étudier les conventions sur la preuve il faut tout d'abord s'interroger sur la validité de ce type de conventions dans le système de droit civil français.

Ainsi, pour concevoir ce type de conventions il faut s'interroger sur la possibilité qui existe pour les parties de conclure des conventions sur la preuve et ainsi créer des règles de preuve de source conventionnelle, ou de modifier ou de déroger conventionnellement la volonté du législateur.

234. En ce sens il faut tout d'abord analyser la portée de l'exigence d'une preuve littérale établie par le législateur (A) avant d'aborder les types de conventions sur la preuve selon la finalité cherchée par la volonté des parties (B).

#### **A. L'exigence d'une preuve littérale**

235. Pour savoir quelle liberté existe pour les parties d'aménager des règles de preuve, et constater la validité de ce type de conventions, il faut tout d'abord connaître les règles des systèmes du droit de la preuve en vigueur et vérifier, selon ses règles, la place laissée aux parties pour accorder volontairement leur propres règles de preuve.

236. En matière du régime de la preuve il existe deux grands systèmes qui s'opposent : en premier lieu le système de la *preuve libre*, encore nommé système de la preuve morale, qui n'établit aucune hiérarchie entre les modes de preuve et laisse au juge toute latitude pour former sa conviction. Et en deuxième lieu, celui de la *preuve légale*, système qui limite l'admissibilité des modes de preuve et commande au juge de tenir pour vrais les faits établis par les moyens de preuve admis.

« Aucun de ces deux systèmes ne l'emporte pleinement en droit civil français. Si l'on schématise quelque peu, on peut dire que le système de la preuve légale prévaut pour les *actes juridiques*. Ceux-ci doivent, en principe,

être prouvés *par écrit* et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu de l'écrit »<sup>260</sup>.

**237.** En ce sens, dans le régime de la preuve du droit contractuel français, il faut impérativement partir de l'étude du fondement du système de la preuve légale des actes juridiques, c'est-à-dire de l'exigence d'une preuve littérale consacrée dans l'article 1341 CC. Pour le faire, il faut tout d'abord s'interroger sur la valeur de la preuve écrite (§1) pour déterminer après le contenu de la règle à l'article 1341 du Code civil français (§2).

### §1. La valeur de la preuve écrite

**238.** Lorsque les parties se mettent d'accord sur la célébration d'un contrat et cherchent à travers cet instrument la production d'effets juridiques, il serait logique que la conclusion de ce contrat laissât des traces solides et durables dans le temps, car aucune excuse ne pourrait justifier que les parties n'aient produit à la fois, acte et preuve<sup>261</sup>.

Certes, il est naturel qu'en matière contractuelle, la loi mette à la charge des parties l'obligation de se procurer, au moment de la conclusion du contrat, sa preuve écrite, ce que la doctrine a nommé la preuve littérale. Cette exigence consiste en une simple règle juridique qui cherche l'ordre juridique dans la société, pour garantir la protection de la volonté des parties ou pour protéger les intérêts des tiers. Ainsi, la mémoire de la volonté et le souvenir des faits sont confiés à l'écriture ou preuve littérale, qui est produite simultanément à l'accord des volontés<sup>262</sup>.

**239.** L'écriture a pris peu à peu sa force probante au cours de l'histoire<sup>263</sup>. Ainsi dans la mesure où l'écriture a été diffusée et que les contrats se

---

<sup>260</sup> F. TERRE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 160.

<sup>261</sup> A. ROCHA ALVIRA, *De la prueba en derecho*, Actualizado con el código general del proceso y revisado por Alfonso Clavijo González, Grupo ed. Ibañez, Bogotá, 2013, 2013, p 59.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> « L'emploi de l'écrit comme mode de preuve privilégié des actes juridiques suppose, au demeurant, un certain environnement culturel et technologique. Il n'est imposé en France qu'au XVI<sup>e</sup> siècle avec l'ordonnance de Moulins (1566), un peu

concluaient par écrit, la preuve orale par témoins perdait du terrain face au document écrit. Selon Planiol et Ripert, il ne s'agit pas d'une supériorité morale de l'écrit face à la preuve par témoins, mais d'une infériorité intellectuelle et subjective de la preuve testimoniale face au document écrit<sup>264</sup>.

En ce sens, plusieurs auteurs ont affirmé que l'écrit « s'impose naturellement comme mode de preuve parfait. Ses caractéristiques épousent fidèlement l'objet de la preuve d'un acte juridique. Il s'agit en effet pour celui qui se prétend créancier d'établir l'engagement de son débiteur et la portée de cet engagement. Or l'acte écrit est pérennisé, il échappe aux altérations du temps »<sup>265</sup>.

**240.** De la sorte selon la loi, un grand nombre d'actes juridiques doivent être conclus par écrit, en raison de leur valeur, exigence qui fait naître la notion de preuve écrite *ad-valorem*, ou en raison de l'importance que renferment certaines manifestations de volonté<sup>266</sup>. Ainsi, l'article 1341 du Code civil consacre l'exigence d'une preuve littérale en matière contractuelle.

## §2. Contenu de la règle de l'article 1341 du Code civil et validité des conventions sur la preuve

**241.** En effet, c'est la loi qui exige expressément que certains actes juridiques soient conclus par écrit ou par acte notarié. Ainsi l'article 1341 du Code civil établit que « *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*

---

plus de cent ans après l'invention de l'imprimerie par Gutenberg (1450), après que le notariat se fut perfectionné et alors que l'écriture et la lecture commençaient à connaître une réelle diffusion ». F. TERRE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 161.

<sup>264</sup> P. ESMEIN, J. RADOUAN ET G. CABOLDE, *Obligations*, t. VII, n°. 1531, p. 191.

<sup>265</sup> V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, thèse Paris, LGDJ, 2007, p. 136.

<sup>266</sup> A. ROCHA ALVIRA, *op. cit.*, p. 59.

*été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre ».*

On trouve dans cet article l'interdiction de preuve testimoniale lorsque l'acte juridique dépasse une certaine somme. De cette manière « l'écrit en matière de l'acte juridique est placé au-dessus de tous les autres moyens de preuve. Pour prouver un contrat, le demandeur doit en apporter la **preuve littérale**, ou bien démontrer qu'il peut bénéficier des exceptions prévues par la loi »<sup>267</sup>.

Ainsi l'article 1341 du Code civil consacre l'obligation de prouver par écrit ou par acte sous seing privé la conclusion de certains actes, c'est-à-dire l'exigence d'une **preuve littérale**<sup>268</sup>.

**242.** Or, il est pertinent de préciser la notion de preuve littérale consacrée dans cet article et de connaître avec exactitude les différences qui existent avec d'autres concepts étroitement liés.

**243.** Tout d'abord face à l'utilisation sans différenciation des termes « preuve littérale » et « preuve préconstituée » il faut déterminer s'ils sont synonymes ou si, par contre, il s'agit de notions différentes.

Le Code civil français consacre la définition de preuve littérale dans son article 1316 : « La preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités ». Le dictionnaire Cornu pour sa part définit preuve littérale comme la « preuve administrée au moyen de la production d'un écrit »<sup>269</sup>.

C'est-à-dire qu'on est en présence d'une preuve littérale, en matière contractuelle, lorsqu'on se trouve en présence d'un *instrumentum* spécifique, qui est **un écrit** qui consacre la conclusion du contrat et son contenu<sup>270</sup>.

<sup>267</sup> T.-D., NGUYEN, *thèse préc.*, p. 158.

<sup>268</sup> La somme ou la valeur visée à l'article 1341 est fixée à 1500 euros à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, par Décret n<sup>o</sup>. 80-553 du 15 juillet 1980.

<sup>269</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique, Assoc. Henri Capitant*, p. 627.

<sup>270</sup> Peut-on parler des autres types d'*instrumentum* différents de l'écrit lorsqu'on travaille la notion de preuve littérale ? Selon la notion consacrée dans l'article 1316 du Code civil il n'existe aucune exigence quant au support ou quant aux formes

Le dictionnaire Cornu définit la preuve préconstituée comme la « preuve qu'une personne s'est ménagée, de son droit, avant la naissance de tout litige, spécialement par la rédaction et la signature lors de la conclusion d'un accord d'un acte qui en constate la teneur. Ex. écrit dressé »<sup>271</sup>.

Ainsi la preuve préconstituée est l'écrit laissé par les parties contractantes au moment de la formation du contrat, en prévision de difficultés futures, une fois arrivée la date pour l'exécution de l'obligation ou, dans le cas d'inexécution, la date pour le paiement des dommages intérêts<sup>272</sup>.

La notion de preuve préconstituée est donc un peu plus complexe que la notion de preuve littérale car elle n'implique pas seulement l'exigence d'utiliser l'écrit comme *instrumentum*, mais elle exige aussi la constitution de la preuve dans un moment précédent. Certes le concept de preuve préconstituée établit l'exigence du document écrit comme moyen de preuve, mais aussi une exigence du moment où la preuve doit être constituée, tandis que dans la notion de la preuve littérale on ne trouve que l'exigence de faire constater le contrat par un document écrit.

En conséquence, on peut affirmer que les notions de preuve littérale et preuve préconstituée ne sont pas synonymes et en ce sens les termes ne sont pas interchangeables. De la sorte on peut affirmer que toute preuve préconstituée peut être une preuve littérale<sup>273</sup>, mais que toute preuve littérale n'est pas nécessairement une preuve préconstituée<sup>274</sup>.

utilisées dans la preuve littérale. Ainsi, l'article établit que la preuve littérale résulte « d'une suite de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles ». Alors la notion légale de la preuve littérale établit qu'elle peut se présenter sur n'importe quel support (par exemple support électronique) et qu'elle peut être administrée au moyen de la production d'autres instruments différents de l'écrit. Par exemple on pourrait penser à un dessin présenté comme preuve littérale.

<sup>271</sup> G. CORNU, Vocabulaire Juridique, p. 669.

<sup>272</sup> A. ROCHA ALVIRA, *op. cit.*, p. 370.

<sup>273</sup> Mais sans oublier qu'on peut parfaitement pré constituer une preuve par l'utilisation d'un autre *instrumentum* différent du document écrit.

<sup>274</sup> Il faut souligner que, avec la finalité de ne pas perdre la voie de l'argumentation, on exprime ici simplement les différences les plus subtiles entre les deux concepts, car certainement qu'une étude approfondie du sujet nous permettrait d'exprimer les détails des autres différences.

**244.** En outre, il faut s'occuper de l'étude des différences existant entre l'exigence d'une preuve littérale consacrée dans l'article 1341 du Code civil et la notion de preuve convenue. Tout d'abord il est pertinent d'éclairer la source de la règle de preuve. En ce qui concerne l'exigence d'une preuve littérale consacrée dans l'article précité, il faut savoir que cette règle a sa source dans la volonté du législateur, c'est-à-dire que c'est la loi qui fait naître la règle de preuve. Au contraire, dans les cas de « preuve convenue » -sujet étudié dans ce chapitre- la volonté individuelle crée la norme qui impose ou atténue l'exigence probatoire.

**245.** Malgré cette différence, le contenu de l'article 1341 du Code civil doit être obligatoirement étudié dans ce chapitre car il établit la marge de validité et de manœuvre des conventions sur la preuve.

Autrement dit, pour l'étude des conventions sur la preuve il faut partir de l'analyse du contenu de l'article 1341 du Code civil car cette règle préétablit l'exigence probatoire en matière contractuelle, l'interdiction de prouver par témoins dans certains cas et, par conséquent, l'obligation pour les parties de conclure le contrat selon une certaine forme particulière. En ce sens les parties sont libres de conclure des accords sur la preuve dans les cas non visés par la disposition de l'article 1341 du Code civil<sup>275</sup>.

Par conséquent, on peut affirmer qu'il existe liberté sur la preuve (en matière contractuelle), tout d'abord dans tous les cas exclus par la règle légale de l'article 1341 du Code civil, c'est-à-dire dans les contrats dont la valeur n'excède pas la somme de 1500 euros<sup>276</sup>.

**246.** Mais il existe aussi liberté pour les parties en vertu du caractère dispositif ou d'ordre public de la règle légale, spécifiquement de l'article 1341 du Code civil. La liberté pour les parties d'établir un accord sur la preuve de leur contrat existe donc dans la mesure de l'exigence de preuve littérale édictée par l'article étudié.

---

<sup>275</sup> En droit colombien, l'article 225 du Code General du Procès colombien établit la limitation des témoins dans les cas où la loi exige expressément une solennité pour la validité ou existence du contrat. Cet article dispose que l'impossibilité de prouver par document écrit dans les cas exigés par la loi, sera appréciée par le juge comme un *indice grave* contre son cocontractant.

<sup>276</sup> Somme fixée par Décret : Décret n°. 80-553 du 15 juillet 1980.

Ce qui revient à dire que l'analyse du contenu de l'article 1341 Code civil dans ce chapitre se justifie dans la mesure où les parties pourraient volontairement conclure leur accord en dérogeant ainsi ce qui est établi dans cet article<sup>277</sup>.

**247.** Face à ces enjeux on s'interroge maintenant sur le caractère d'ordre public des règles de preuve, en particulier de l'article 1341 du Code civil, car dans cette mesure on pourrait parler de la possibilité pour les parties d'accorder leurs règles de preuve.

**248.** « Suivant en cela la sentence de Ihering, selon laquelle « la justice est au-dessus de la liberté », une importante partie de la doctrine classique avait penché pour le caractère d'ordre public des règles en matière de preuve. La justice étant une fonction de l'Etat, ce dernier ne pouvait se désintéresser de la manière dont se déroulait le débat judiciaire et l'établissement de la vérité »<sup>278</sup>.

La doctrine et la jurisprudence colombiennes penchent pour cette solution. Ainsi, elles affirment que les règles de preuve sont d'ordre public et en conséquence n'admettent pas d'accord pour les déroger. Les règles sur la preuve font partie du *ius cogens* et ne laissent pas de place pour les conventions des parties<sup>279</sup>.

**249.** Par contre, le droit français a reconnu que les règles de preuve n'ont pas un caractère d'ordre public. Ainsi « l'exigence d'une preuve écrite ne vaut qu'autant que les parties ne s'en sont pas dispensées »<sup>280</sup>. Certes, selon une vision individualiste du procès, et les principes de liberté des conventions et de neutralité du juge, les conventions sur la preuve sont valables, car « si le procès est administré par l'Etat, il ne concerne pas moins des intérêts privés. Il est l'affaire des plaideurs et le juge n'y joue qu'un rôle passif. Dans cette

---

<sup>277</sup> Le sujet sur la portée, les limites et les finalités des conventions sur la preuve sera étudié dans les pages suivantes.

<sup>278</sup> Cass. civ. 8 novembre 1989, deux arrêts ; 1<sup>o</sup> Société Crédicas c. Mme Cassan, 2<sup>o</sup> Société Credicas c. Mme Kalifa : Note G. VIRASSAMY, p. 21576, (Affaire *Credicas*).

<sup>279</sup> J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 334.

<sup>280</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 164.

logique puisque les parties sont maîtresses de leurs droits, elles doivent l'être de leurs preuves »<sup>281</sup>.

**250.** En effet, « c'est en faveur de cette dernière solution que la Cour de cassation s'est prononcée par une jurisprudence aussi constante qu'abondante qui rappelle que les règles relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public, mais d'intérêt privé »<sup>282</sup>. Ainsi, « maîtresses de leurs droits, les parties seraient également maîtresses de leur preuves, cette question ne concernant que leur intérêt privé »<sup>283</sup>.

La jurisprudence a confirmé et réitéré le caractère dispositif des règles de preuve et la haute juridiction en tire plusieurs conséquences. En certaine occasion, la Cour de cassation a déterminé que le tribunal ne pouvait relever d'office la prohibition de la preuve par témoins ou par présomptions<sup>284</sup>. Dans un autre cas la Cour a affirmé que les parties pouvaient renoncer expressément ou tacitement à invoquer l'article 1341, et donc faire la preuve autrement que par écrit même si le montant du litige dépassait la somme prévue par ce texte<sup>285</sup>, que le moyen tiré de la non-recevabilité de la preuve testimoniale qui n'avait pas été invoqué devant les juges du fond ne pouvait être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>286</sup>.

« La continuité de cette jurisprudence traduit à l'évidence la fermeté du principe admis par la Cour de cassation, quels qu'en soient au demeurant le mérite et la justification »<sup>287</sup>. Ce qui confirme le caractère dispositif de la règle de l'article 1341 du Code civil, et la possibilité pour les parties de

<sup>281</sup> V. DEPADT- SEBAG, Les conventions sur la preuve, in *La preuve*, sous la direction de C. DUIGLIER, Economica, éd. 2004, p. 14.

<sup>282</sup> G. VIRASSAMY, art. préc., sous Cass. civ. 8 novembre 1989, p. 21576. Dans le même sens Cass. Civ. 3e, 16 novembre 1977 : Bull. Civ. III, n°. 393, p. 300.

<sup>283</sup> G. VIRASSAMY, art. préc. sous Cass. civ. 8 novembre 1989, p. 21576.

<sup>284</sup> Cass. Com., 28 avril 1975, *Bull. civ. IV*, n°. 113.

<sup>285</sup> Cass. req. 1<sup>er</sup> avril 1862, D.P. 1862, 1, 433 ; Cass. civ. 6 janvier 1936, D.H. 1936, 1, 115 ; Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 29 juin 1960, *Bull. civ. I*, n°. 355, p. 292 ; Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 5 novembre 1952, *Bull. civ. I*, n°. 286 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 avril 1965, *Bull. civ. II*, n°. 349 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avril 1980, *Bull. civ. I*, n°. 142, p. 115.

<sup>286</sup> G. VIRASSAMY, art. préc. sous Cass. civ. 8 novembre 1989, p. 21576.

<sup>287</sup> *Ibid.*

conclure des conventions particulières pour établir leurs propres règles afin de prouver le contrat<sup>288</sup>.

**251.** En ce sens, étant donné le caractère dispositif de la règle de l'article 1341 du Code civil et en conséquence, la liberté pour les parties d'accorder les règles de preuve de leur contrat, il est pertinent d'identifier les types de conventions sur la preuve qu'on peut trouver.

## **B. Les conventions sur la preuve selon ses finalités**

**252.** Une fois vérifiée la liberté qui existe pour les parties d'accorder les règles de preuve du contrat il est permis de s'interroger sur les types de conventions sur la preuve qui existent, selon les finalités recherchées par la volonté individuelle. Les conventions sur la preuve peuvent donc être classées en deux catégories : celles qui atténuent la rigueur du mode de preuve légale (§1) et celles qui, au contraire, augmentent la rigueur probatoire proposée par la loi (§2).

### §1. Atténuer ou éliminer la rigueur probatoire de la règle de preuve

**253.** La convention sur la preuve est un vrai contrat, et profite des caractères et des attributs propres aux actes juridiques. Ainsi, une fois conclue la convention sur la preuve, les parties sont désormais liées au contrat, qui est en fait, la loi pour les parties. Alors, « de la même manière que la loi supprime parfois l'exigence normale de la preuve, le contrat, qui est « *la loi des parties* », peut également éliminer le recours normal à la preuve »<sup>289</sup>, ou dans d'autres cas, la liberté contractuelle peut même atténuer la rigueur probatoire stipulée dans la loi.

---

<sup>288</sup> En ce sens : « Les règles de la preuve préconstituée tiennent à clarifier et à organiser les preuves recevables en cas de contestation. De plus, elles déterminent la façon dont le juge peut forger sa conviction. Ces deux constatations pourraient conduire à penser qu'elles sont d'ordre public. Néanmoins, en réalité, la jurisprudence admet une solution contraire à l'esprit de ces règles, et confirme qu'elles ne sont pas d'ordre public ». T.-D. NGUYEN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>289</sup> D. FERRIER, La preuve et le contrat, *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, p. 112.

La jurisprudence a reconnu que les parties peuvent atténuer l'exigence de preuve qu'établit la loi par la renonciation à l'application de l'article 1341 du Code civil et accorder entre elles de recourir à la preuve testimoniale<sup>290</sup>.

**254.** La convention sur la preuve des actes juridiques est aussi fréquente en matière d'évaluation des dommages. En cas d'inexécution des obligations contractuelles le contractant fautif est obligé à réparer le préjudice causé par son manquement. Alors, le cocontractant doit en principe prouver le manquement et le préjudice dont il demande la réparation. Avec l'inclusion d'une clause pénale dans le contenu du contrat les parties établissent a priori le montant du préjudice qui devra être réparé en cas de défaillance de l'une d'elles et ainsi la clause dispense la victime de l'inexécution d'avoir à prouver le montant exact du préjudice subi.

Pour certains auteurs, on trouve dans le cas de la clause pénale une sorte de convention tacite d'allègement de la preuve car par la stipulation de la clause pénale, la victime de l'inexécution est exonérée de prouver le montant du préjudice. « Toute exigence probatoire ne disparaît pas mais une seule preuve est à rapporter : celle de l'inexécution, le montant du préjudice ne se prête à aucune discussion »<sup>291</sup>.

Cependant, on ne pense pas qu'on puisse analyser la clause pénale comme une véritable convention de preuve, même si, indirectement, elle peut jouer ce rôle.

**255.** Un autre exemple d'allègement de la preuve par la volonté des parties est trouvé dans la conclusion des clauses de réserve de propriété. Cette clause permet au vendeur de rester propriétaire des biens vendus tant qu'ils n'ont pas été payés par l'acquéreur. « Par la clause de réserve de propriété, toute exigence probatoire ne se trouve pas supprimée puisque le vendeur doit, évidemment, prouver, d'une part, que les biens revendiqués par lui sont ceux qu'ils a livrés et, d'autre part, que la clause de réserve de propriété a bien été convenue mais l'exigence probatoire tenant à la défaillance actuelle ou éventuelle de l'acquéreur se trouve éliminée »<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> 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.

<sup>291</sup> D. FERRIER, *eod. loc.*, p. 113.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 115.

**256.** L'accord entre les parties peut aussi éliminer totalement ou partiellement l'exigence probatoire établie dans la loi. Dans le cas d'élimination totale, les parties accordent d'abolir totalement l'exigence probatoire établie dans la loi et ainsi « l'élimination de la preuve sera recherchée comme moyen d'assurer la sécurité juridique souhaitée par les parties, c'est-à-dire la pleine efficacité de leur convention au prix, si besoin est, de la vérité et même parfois de la vraisemblance, et au mépris de toute contestation ou de toute intervention du juge »<sup>293</sup>.

En ce qui concerne l'élimination partielle de l'exigence probatoire, la convention sur la preuve peut aussi régler l'objet de la preuve, soit en préétabliant l'objet de la preuve, soit en présumant l'objet de la preuve. Ainsi, « le contrat préétablit parfois le résultat attendu d'une exigence probatoire, c'est-à-dire l'objet de la preuve, pour prévenir les difficultés liées à son établissement »<sup>294</sup>.

Un autre cas d'élimination partielle de la preuve est celui où les parties stipulent une obligation dite « *de résultat* » qui permet de « mettre en cause la responsabilité du débiteur défaillant sans avoir besoin de prouver que son inexécution est fautive. Puisqu'il s'engageait à produire un certain résultat, l'absence de ce résultat suffit à établir sa faute. On estime souvent que cette convention conduit à un *renversement de la charge de l'administration de la preuve* »<sup>295</sup>.

**257.** A propos de la nature des conventions sur la charge de la preuve, elles ne modifient pas le contenu de l'exigence probatoire établie dans la loi, mais elles modifient la partie qui supportera le poids de prouver un fait déterminé. Dans ces conditions, la convention sur la charge de la preuve implique l'élimination, non pas de la rigueur probatoire de la règle légale, mais de l'obligation légale pour une des parties consistant à prouver un fait déterminé.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>295</sup> J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse, Toulouse, 1980.

Certes, « les conventions sur la charge de la preuve constituent une renonciation d'une partie au bénéfice des règles légales. Et l'on hésite, tout particulièrement à les admettre lorsque leur existence est déduite par le juge du fait qu'une partie a volontairement démontré des faits qu'elle n'était pas tenue d'établir, car un plaideur peut tout à fait agir de la sorte sans pour autant renoncer au système légal »<sup>296</sup>.

Une illustration des conventions de renversement de la charge de la preuve sont les conventions en matière de reprises matrimoniales, le renversement de la preuve du versement de la dot profitant à l'épouse<sup>297</sup>.

Pour la majorité des auteurs les conventions sur la charge de la preuve sont valides. La doctrine et la jurisprudence acceptent la valeur des conventions qui créent de simples présomptions de fait et modifient dans ce cas, le fardeau de la preuve. Une illustration d'une convention sur une présomption de fait est l'accord qui établit que la maladie des vaches assurées, par exemple, existait au moment de la conclusion du contrat d'assurance, mais rejette toute valeur aux clauses qui établissent des présomptions légales, car *seule une règle de droit peut être une source de présomption légale*<sup>298</sup>.

Ainsi, ces contrats (sur la charge de la preuve) sont valables parce que les parties peuvent disposer de l'objet du contrat, mais avec la condition de ne pas violer la loi impérative, et aussi de s'abstenir de stipuler toute disposition qui implique une intromission dans le devoir et l'activité du juge<sup>299</sup>.

**258.** Par conséquent, il est certain que le système de la preuve français ne s'oppose pas à la validité des conventions qui cherchent à éliminer une exigence probatoire établie dans la loi ou à atténuer sa rigueur probatoire. Alors on s'interroge sur la possibilité de conclure une convention pour créer une exigence probatoire qui n'est pas consacrée dans la loi ou même pour augmenter la rigueur probatoire établie par la règle légale de preuve.

---

<sup>296</sup> V. DEPADT- SEBAG, *eod. loc.*, p. 21.

<sup>297</sup> Cass. civ., 22 août 1882, S., 1883, I, 25.

<sup>298</sup> L. ROSENBERG, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, p. 200-217.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 217.

## §2. Créer une exigence probatoire ou augmenter la rigueur probatoire établie par la règle légale de preuve

**259.** En cas d'inexistence d'une règle légale, qui exige un certain procédé de preuve pour prouver un fait particulier, il est permis pour les parties de créer une règle de preuve d'origine conventionnelle. Ainsi, pour les cas de contrats dont la preuve est libre, les parties peuvent conclure un accord pour créer une exigence probatoire et ainsi restreindre l'efficacité de l'acte à la réalisation du procédé de preuve convenu.

Ces conventions sont en principe valables, mais elles doivent être librement convenues. Ainsi, les parties peuvent librement créer une exigence probatoire particulière qui respecte leur autonomie pour s'engager et l'équilibre contractuel qui doit exister au moment de la conclusion d'un contrat, sinon, une convention qui crée une exigence probatoire particulière pourrait nuire à l'efficacité des droits qui appartiennent à l'une des parties.

**260.** L'accord contractuel peut aussi aggraver l'exigence probatoire établie dans la loi lorsqu'elle prescrit un mode de preuve particulière, mais que les parties renoncent au bénéfice qu'elle établit et alourdissent le devoir probatoire. Comme durcissement de la preuve, on peut mentionner « les cas de clauses par lesquelles les plaideurs ont décidé de recourir à la preuve écrite, renonçant au bénéfice de la preuve par témoins prévue par la loi »<sup>300</sup>.

Dans ce sens, « les parties peuvent aggraver les exigences de l'article 1341 du Code civil français en convenant que la preuve doit être apportée par acte authentique. La licéité d'une telle convention sur la preuve suppose toutefois que les parties aient la libre disposition des droits en cause »<sup>301</sup>.

**261.** Après avoir étudié la possibilité des parties d'accorder librement les règles de preuve du contrat dans le cadre de l'article 1341 du Code civil et les types de conventions selon la finalité cherchée, il est juste de s'interroger sur la portée et les limites des conventions sur la preuve.

---

<sup>300</sup> Cass. civ. 30 juillet 1884, S., 1885. I. 375, Cass. civ., 8 août 1901, S., 1904, I, 481.

<sup>301</sup> T.-D. NGUYEN, *op. cit.*, p. 167.

## **Section 2. La portée et les limites des conventions sur la preuve**

**262.** On vient d'examiner la possibilité qui existe pour les parties de conclure des conventions sur la preuve des actes juridiques en considération du contenu et de la portée de l'article 1341 du Code civil. Ainsi, il faut se demander quelle est la force de la volonté individuelle pour établir les règles de la preuve du contrat (A) mais aussi quelles sont les mesures et les limites pour les conventions sur la preuve (B).

### **A. La portée des conventions sur la preuve**

**263.** La recherche d'une notion de la convention sur la preuve (§1) et la définition de son champ d'application et ses illustrations dans les droits spéciaux (§2) sont les points fondamentaux à aborder maintenant, pour définir la portée des conventions sur la preuve.

#### §1. Notion de la convention sur la preuve

**264.** Les conventions sur la preuve peuvent être définies comme les « accords exprès ou tacites par lesquels les parties modifient les règles normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve »<sup>302</sup>. Dans ce sens, les accords sur la preuve ont pour but de permettre aux parties l'organisation de la manière dont elles vont démontrer les droits qu'elles veulent faire valoir en justice<sup>303</sup>.

De la sorte, elles sont de vrais contrats, régis par le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Or, l'article 1134 de Code civil est pleinement applicable, quand il affirme que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dès lors, et dans le cadre de la conclusion du contrat, les contractants sont élevés au rang de législateur. Et pour le cas particulier des conventions sur la preuve les

---

<sup>302</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, Traité pratique de droit civil français no. 1428.

<sup>303</sup> V. DEPADT-DEBAG, *eod. loc.*, p. 13.

cocontractants sont les créateurs des règles du droit de la preuve et le contenu de la convention sera désormais la loi pour les parties.

**265.** En fait le contrat joue un double rôle par rapport à la preuve. En premier lieu il agit comme l'objet de la preuve. C'est le rôle traditionnel qu'on trouve de la preuve dans le système juridique, par la nécessité de prouver son existence ou son contenu dans le cadre d'un procès. Mais le contrat joue un autre rôle en relation avec la preuve. Il peut être aussi le moyen d'organisation de la preuve car les contractants sont maîtres de leur convention et libres pour déterminer les règles particulières qui vont régir la preuve du contrat<sup>304</sup>.

Autrement dit « le contrat joue, classiquement, le rôle de preuve. Il est, en lui-même, instrument (« *instrumentum* ») de preuve et son élaboration, préalable à l'établissement des relations entre les parties, va entraîner préconstitution de la preuve ; c'est sous cet aspect auto-probatoire de formalisation de la preuve qu'il est généralement étudié »<sup>305</sup>. Mais c'est sur son deuxième rôle, le rôle contemporain de la preuve, que nous l'aborderons dans ce chapitre : Le contrat comme source de la règle de preuve.

Dans cette dernière perspective, le contrat est l'accord des parties « susceptible de porter sur les conditions d'établissement de la preuve. Il sera, alors, « moyen d'aménagement de la preuve »<sup>306</sup>.

**266.** Face à ces enjeux, il est facile de constater, en matière de conventions sur la preuve, une orientation « anti-formaliste »<sup>307</sup> dans la jurisprudence. En dépit du notable développement de la législation impérative en matière des contrats et de l'invasion formaliste par voie légale, on constate l'émergence d'une autre tendance (surtout jurisprudentielle), très différente, qui cherche à donner plus de liberté aux parties au moment de la conclusion du contrat.

---

<sup>304</sup> D. FERRIER, *eod. loc.*, p. 106.

<sup>305</sup> D. FERRIER, *eod. loc.*, p. 107.

<sup>306</sup> *Ibid.*

<sup>307</sup> Ainsi, les règles de preuves étudiées dans le contexte du formalisme. Sur le sujet : « La notion d'efficacité de l'acte juridique occupe, on le voit, une place prépondérante dans la définition du formalisme. Or, la règle de preuve d'un acte juridique conditionne son efficacité dans la mesure où elle constitue le moyen d'établir son existence judiciaire. Lorsque la preuve d'un acte dépend de sa rédaction préalable, il se trouve soumis à une règle de forme qui conditionne son efficacité. De ce point de vue il n'y a alors pas de raison d'exclure les règles de preuve des manifestations du formalisme ». V. FORRAY, *op. cit.*, p. 132.

Cette tendance, totalement opposée à la première<sup>308</sup>, est perceptible dans la possibilité offerte aux parties de conclure des contrats sur la preuve<sup>309</sup>. La validité des conventions sur la preuve est une illustration de cette tendance anti-formaliste qui gagne du terrain par voie jurisprudentielle.

« En fin de compte, notre système probatoire est, en partie, gouverné par le principe de la liberté contractuelle, même si dans une large mesure, l'Etat continue d'imposer un ordre public de la preuve. Cette organisation du procès, paradoxale de l'avis de certains auteurs, permet de concilier la liberté des parties fondée sur leur volonté contractuelle avec les principes fondamentaux de notre système judiciaire »<sup>310</sup>.

**267.** Cette possibilité de conclure des conventions sur la preuve, qui a été ouverte par voie jurisprudentielle, est aujourd'hui entérinée dans l'article 1316-2 du Code civil, introduit par la réforme du 13 mars 2000, et aux termes duquel : « *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ».

Ainsi, les parties peuvent, par une convention particulière, aménager les règles applicables à la preuve de leur contrat. « A titre d'illustration, il a été admis qu'elles conviennent d'une preuve testimoniale alors qu'un écrit était en principe nécessaire compte tenu de l'intérêt pécuniaire en jeu, ou qu'elles conviennent de faire supporter l'obligation d'établir la preuve, par celui qui en était légalement dispensé, ou encore qu'elles s'accordent sur la reconnaissance du caractère probatoire d'un document alors qu'il devait en être privé faute de signature : le fait de donner un numéro de carte bancaire peut, si c'est

<sup>308</sup> Qui consiste dans l'augmentation et imposition des formes pour la conclusion du contrat.

<sup>309</sup> Et aussi dans les conventions sur la forme. V. *Supra* le chapitre sur *La convention sur des formes de validité*, p. 78 et s.

<sup>310</sup> V. DEPADT-SEBAG, *eod. loc.*, p. 17.

convenu, valoir « signature informatique » et constituer une preuve suffisante de l'engagement souscrit par le titulaire de la carte »<sup>311</sup>.

**268.** La possibilité des parties de déroger aux règles légales de la preuve peut paraître inconcevable dès lors que le système probatoire offert par l'Etat cherche à forger la conviction du juge. La finalité de la régulation légale de la preuve est celle d'approcher le juge à la vérité matérielle, au bénéfice des parties. Alors il semble surprenant que les intéressés puissent librement s'en affranchir<sup>312</sup>.

Cependant, dans cette matière la liberté contractuelle paraît se réaffirmer comme principe recteur du droit des contrats. « Car la liberté contractuelle constitue l'un des principes de notre droit des obligations : « *ce qui est contractuel est juste* », en écho du principe de l'autonomie de la volonté. Si les parties ont convenu un aménagement de la preuve, il n'y a aucune raison de remettre en cause cette volonté commune »<sup>313</sup>.

**269.** Alors le contrat sur la preuve peut être express ou tacite. De fait, elle résulte souvent d'une attitude ou d'un comportement<sup>314</sup>. Dans ce sens, la jurisprudence française a admis depuis longtemps que la renonciation d'une partie au bénéfice d'une promesse de vente fasse échec à l'exigence de la preuve littérale<sup>315</sup>.

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 présomptions<sup>316</sup>. « Si la renonciation aux règles de l'article 1341 est justifiée, le demandeur peut recourir aux témoins ou aux présomptions pour prouver

---

<sup>311</sup> D. FERRIER, *eod. loc.*, p. 110.

<sup>312</sup> *Ibid.*

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> Cass. soc. 3 août 1949, *Bull. civ.* III, n°. 894.

<sup>315</sup> Cass. Req., 14 mai 1946, *jurispr.*, p. 374.

<sup>316</sup> Cass. com. 25 juin 1958 : *Bull. civ.* 1958, III, n°. 280 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 194.

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 »<sup>317</sup>.

**270.** Pour autant, c'est par voie jurisprudentielle que les conventions sur la preuve ont gagné du terrain. Alors il est précis d'étudier le développement jurisprudentiel qui s'est produit dans les droits spéciaux et ainsi déterminer le champ d'application des conventions sur la preuve.

## §2. Champs d'application des conventions sur la preuve : L'essor des conventions sur la preuve en matière de preuve technologique

**271.** Le développement des contrats technologiques et l'émergence de nouvelles modalités contractuelles en droit contemporain ont montré l'utilité de retenir des modes de preuve innovants qui étaient normalement ignorés par le droit. Ainsi, les nouvelles voies offertes par la technologie et les échanges multimédias ont ouvert la possibilité à la validité des nouveaux modes de démonstration.

Face à l'insuffisance du droit positif en relation avec le développement des rapports contractuels contemporains et immatérialisés, la pratique contractuelle s'est tournée vers la possibilité d'accorder des modes de preuve que le droit ne reconnaissait pas encore et qu'il a dû prendre progressivement en compte<sup>318</sup>.

**272.** En effet, l'essor des conventions sur la preuve a eu lieu précisément dans la pratique contractuelle contemporaine, avec le développement des échanges multimédias et avec la conclusion des contrats par voie électronique.

Ainsi, on trouve dans les contrats contemporains de nombreuses conventions relatives aux procédés de preuve qui cherchent à adapter les règles de preuve du contrat aux modalités et aux ressources propres aux techniques employées<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> T.-D. NGUYEN, *op. cit.*, p. 169.

<sup>318</sup> Cass. com. 2 décembre 1997, *RTD. Com.* 1998, 187, obs. M. Cabrillac.

<sup>319</sup> V. DEPADT-SEBAG, *eod. loc.*, p. 18.

**273.** Un premier exemple se trouve en matière d'abonnement téléphonique, où il est prévu que le relevé établi par l'exploitant vaudra preuve de l'utilisation de la ligne par l'abonné. On trouve aussi un exemple dans les contrats de fourniture de produits comme l'eau, le gaz, ou l'électricité, les parties conviennent que la preuve de la convention résultera de l'inscription figurant au compteur placé chez l'abonné<sup>320</sup>.

**274.** En droit bancaire sont très fréquentes les conventions sur la preuve. Dans ce type de contrats un établissement remet à son client une carte de paiement, en même temps que le code confidentiel permettant de l'actionner. Il est fréquent que les parties prévoient que l'enregistrement informatique par l'ordinateur de la banque vaudra preuve des ordres de paiement, réalisés au moyen de la carte et du code correspondant.

L'arrêt *Credicas* est très célèbre en matière des conventions sur la preuve en droit bancaire. Cet arrêt, rendu le 8 novembre 1989 par la Cour de cassation a reconnu la validité des conventions sur la force probante de modes de preuve. La première chambre civile a critiqué les juges de fond pour avoir estimé que « quelles que soient les conventions des parties, (il convient) que soient produits des éléments propres à convaincre les juges », décidant ainsi que les juges ne peuvent déclarer insuffisants à entraîner leur conviction des éléments de preuve que la convention des parties répute suffisants<sup>321</sup>.

Ainsi, en matière de contrats bancaires les émetteurs de cartes ont pris l'habitude d'insérer dans les contrats conclus avec leurs clients des clauses prévoyant que ces types d'identification feraient la preuve de leurs engagements. Toute la question était de savoir si ces conventions relatives à la preuve avaient une réelle portée juridique. Ici, la Cour de cassation « n'hésite pas à affirmer clairement, et en termes très généraux, la licéité des conventions relatives à la preuve, ce qui va au-delà d'une simple confirmation des solutions anciennes »<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 30 mars 1999, JCP, 2000, II. 10 334. V. aussi Cass. civ. 4 juin 1991 : *Contrats, concur, consom.*, août- septembre 1991, no. 182, obs. L. Leveneur ; *RTD* civ. 1992, 403, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>321</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 novembre 1989, deux arrêts : *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>. 342, p. 230 : *D.* 1990, J, 369 ; *D.* 1990, J, 369, note Ch. Gavalda ; *JCP* 1990, II, 21576, note G. Virassamy.

<sup>322</sup> G. VIRASSAMY, *art. préc.*, p. 21576.

L'informatisation des rapports contractuels a provoqué de notables conséquences dans les méthodes utilisées au moment de la conclusion des contrats et aussi dans la transformation du système probatoire. Le cas de l'arrêt *Credicas* montre clairement comment les conventions sur la preuve sont des instruments très utiles en faveur de l'efficacité et rapidité dans les rapports entre les banquiers, les établissements de crédit et leurs clients.

**275.** Ainsi cette question sur la validité des conventions sur la preuve, un peu oubliée et marginale, gagne en force actuellement avec le développement des paiements par cartes et des contrats par internet. Il correspond donc au droit contemporain de constater la validité de ce type de conventions et de reconnaître leur force probatoire<sup>323</sup>.

En pratique, cette jurisprudence de la Cour de cassation conforte la sécurité, la rapidité et l'efficacité des rapports informatisés dans le domaine de la banque et du crédit. Les parties qui décident d'inclure dans leur contrat une convention sur la preuve, en donnant une force probatoire aux méthodes informatisées, facilitent aussi la preuve du contrat<sup>324</sup>.

**276.** Dans cette perspective cette solution cherche à favoriser la fluidité des systèmes informatisés, de l'informatique bancaire et du crédit. Mais elle constitue aussi « une consécration ou une reconnaissance de la « signature informatique »<sup>325</sup>, et « en même temps d'ailleurs qu'il assure la réelle irrévocabilité de l'ordre de paiement voulue par la loi du 11 juillet 1985 en interdisant au client d'en contester ultérieurement la réalité en dehors des hypothèses légalement admises »<sup>326</sup>.

**277.** Ces conventions sur la preuve peuvent avoir pour effet le renversement de la charge de la preuve. Pour le cas des cartes de crédit, elles

---

<sup>323</sup> A. BENABENT, *op. cit.*, p. 83.

<sup>324</sup> V. dans le même sens sur les conventions passées entre les banques et leurs clients relatives à l'emploi des cartes bancaires : Cass civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 1989, *Bull. civ.* I. n<sup>o</sup>. 342, p. 230, *D.* 1990. 369 note Ch. Gavalda, *JCP* 1990, II, 21576 note G. Virassamy, *RTD civ.* 1990, 80 obs. J. Mestre, *RTD com.* 1990. 79, obs. M. Cabrillac et B. Teyssie.

<sup>325</sup> V. Montpellier 1<sup>re</sup> Ch., sect. D., 9 avril 1987, *JCP* 1988, II, 20984, note M. BOIZARD ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1988, p. 758, obs. J. Mestre ; V. également J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989, n<sup>o</sup>. 665, p. 778.

<sup>326</sup> G. VIRASSAMI, *art. préc.*, p. 21576.

ne sont délivrées que si est accordée une convention sur la preuve qui n'a pour effet que de renverser la charge de la preuve. « Elle ne saurait empêcher que soit librement démontrée, par tous moyens, l'inexactitude de l'enregistrement informatique ; cette preuve négative est difficile et ne peut résulter que d'indices, par exemple, l'imperfection de l'appareil ou l'in vraisemblance du paiement »<sup>327</sup>.

**278.** De la sorte, le droit de la consommation s'est montré hostile à accepter la validité des conventions sur la preuve, dans la mesure où elles peuvent renverser la charge de la preuve et ainsi présenter des atteintes à la liberté de preuve.

En effet, le Code de la consommation dans l'article R-132-1, 12° établit que sont de manière irréfragable présumées abusives et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non-professionnel ou au consommateur « la charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».

Par conséquent, selon le contenu de la norme précitée, dans les contrats de la consommation, sont visées comme susceptibles d'être abusives les clauses qui renverseraient la charge de la preuve au détriment du consommateur ou limiteraient les moyens à sa disposition<sup>328</sup>. Selon le Code de la Consommation ces clauses, considérées comme abusives, seront réputées non écrites.

**279.** Il est pertinent d'évoquer que la validité des conventions sur la preuve électronique a été élevée au niveau légal. Certes l'article 1316-2 Code civil consacre que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

**280.** Cependant, afin de définir avec exactitude le champ d'application des conventions sur la preuve, il faut savoir jusqu'où peut aller la volonté individuelle. Ainsi il faut connaître quelles sont les limites qui existent pour la volonté au moment de convenir des règles de preuve du contrat.

---

<sup>327</sup> Ph. MALAURIE, *op. cit.*, p. 280.

<sup>328</sup> A. BENABENT, *op. cit.*, p. 83.

## B. Les limites des conventions sur la preuve

**281.** Le système probatoire civil, conçu comme étant d'intérêt privé, reste encore actuellement gouverné par le principe de la liberté contractuelle. Ainsi, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites. Elles sont valables, mais limitées. Dès lors que l'on veut connaître la portée de ces conventions il faut découvrir leurs limites, définies d'un côté par les principes généraux du droit civil et du système probatoire (§1) et de l'autre par les règles de la libre appréciation du juge (§2).

### §1. Les principes généraux du droit civil et du système probatoire

**282.** Les conventions sur la preuve sont en principe valables, mais elles doivent respecter certaines règles essentielles du droit civil. Quelques limites sont déduites des principes généraux du droit civil, et d'autres sont établies par les règles propres du système probatoire.

**283.** En premier lieu, pour ce qui concerne les limites déduites des règles et des principes du droit des contrats, il faut rappeler que ces conventions sur la preuve sont gouvernées par le principe de la liberté contractuelle. Certes, elles doivent porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Ainsi en matière de filiation par exemple, précisément parce que l'état des personnes est en question, les accords sur la preuve seraient illicites, soit qu'ils faciliteraient la preuve de la filiation recherchée soit au contraire qu'ils en rendraient l'établissement plus difficile.

**284.** Les conventions sur la preuve ne sont donc valables que sous réserve d'être licites, c'est-à-dire de ne pas enfreindre l'ordre public. Les parties sont libres de convenir les règles de preuve de leur contrat dans la mesure où il s'agit des droits dont elles ont la libre disposition. Tel n'est pas le cas des droits ayant trait à l'état et à la capacité des personnes<sup>329</sup>.

Selon le Doyen François Terré : « Puisque les preuves, qui organisent leur sécurité, et le procès, qui est le lieu neutre de leurs disputes, sont affaire des

---

<sup>329</sup> V. DEPADT-SEBAG, *eod. loc.*, p. 15.

parties, ces dernières peuvent aussi aménager à leur guise les règles mises au point par le législateur. Le système probatoire n'est pas d'ordre public, sauf exception, notamment en matière d'état des personnes. Il relève du pouvoir de la liberté contractuelle. Dès lors, les parties peuvent tout aussi bien aménager les règles légales que renoncer à leur bénéfice »<sup>330</sup>.

**285.** De plus, de la nature contractuelle de conventions sur la preuve il découle aussi que pour être valables, elles doivent être rédigées de manière claire et non équivoque. Ainsi, si les parties veulent, par convention particulière, renoncer aux règles de l'article 1341 du Code civil français, cette renonciation doit être suffisamment claire et non équivoque<sup>331</sup>.

**286.** En outre, les conventions sur la preuve, comme tout contrat, sont gouvernées par le principe de l'effet relatif des contrats. Ainsi, les règles de preuve d'origine volontaire en droit français concernent seulement les parties à l'acte juridique et non les tiers. Les tiers peuvent donc éviter les effets de la convention sur la preuve conclue entre les parties, et en conséquence évoquer des procédés de preuve différents lors de la preuve du contrat, ou simplement se soumettre aux règles de preuve établies par le législateur.

**287.** En ce qui concerne les limites aux conventions sur la preuve établies par les règles du système probatoire français, il faut souligner que les conventions sur la preuve doivent traiter strictement des règles de preuve. Par conséquent, sont interdits les accords qui vont jusqu'à établir une véritable règle de fond sous couvert d'une convention sur la preuve. La jurisprudence a été claire en interdisant l'établissement des règles de fond déguisées<sup>332</sup>.

**288.** En somme la volonté contractuelle est libre d'établir des règles particulières de preuve du contrat, mais cette liberté n'est pas absolue. Il est plus qu'évident que les parties doivent respecter les principes fondamentaux du système juridique. Mais également, cette volonté est limitée dans la mesure où elle ne peut pas intervenir dans la libre appréciation probatoire qui appartient au juge.

---

<sup>330</sup> F. TERRE, *op. cit.*, Précis Dalloz, p. 398.

<sup>331</sup> T.-D. NGUYEN, *op. cit.*, p. 168.

<sup>332</sup> G. VIRASSAMY, Affaire *Credicas*, *préc.*

## §2. La libre appréciation du juge

**289.** Etant donné que les parties ont toute la liberté pour conclure des conventions sur la preuve, celles-ci peuvent porter sur les procédés de preuve ou sur la charge de la preuve. Cependant cette liberté ne s'étend pas à la force probante, laquelle relève de l'ordre public et reste soumise à l'appréciation du juge<sup>333</sup>.

La plupart de la doctrine a refusé la validité des conventions sur la force probante, étant donné qu'elles ont un double objet et une double catégorie de destinataires. Pour ce qui concerne les destinataires de la convention sur la preuve, c'est-à-dire, les personnes qui se voient attachées par la volonté des parties, on voit comme premiers destinataires les parties, par l'effet de l'article 1134 du Code civil. Mais cette convention sur la preuve peut être destinée aussi au juge.

« En conséquence et conformément à l'article 1134 du Code civil, cet objet de la convention de preuve s'imposait aux parties, premiers destinataires, qui avaient validé par avance le procédé exclusif de preuve en cas de contestation. Mais cette précaution aurait été vaine si leur convention se limitait à cela. D'où son second objet et l'autre destinataire : le juge »<sup>334</sup>.

En particulier, dans l'arrêt *Credicas*, la Cour de cassation a reconnu la validité de la convention sur la preuve conclue entre les parties, et la possibilité pour celles-ci d'imposer conventionnellement au juge la valeur probante du procédé de preuve qu'elles ont retenu.

**290.** Cependant, les critiques à la validité de la convention sur la force probante ont été abondantes. D'abord parce qu'elles privent 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 parties. Ainsi, les parties peuvent licitement accorder les règles de preuve, mais si cette convention s'impose au juge son pouvoir d'appréciation s'en trouve écarté.

De telle sorte que pour la majorité de la doctrine valider une convention sur la preuve a pour objet ou pour conséquence d'évincer le juge de son rôle

---

<sup>333</sup> J.-L. AUBERT, *eod. loc.*, p. 933.

<sup>334</sup> G. VIRASSAMY, *eod. loc.*, n° 11.

traditionnel, ce qui paraît inopportun. « C'est en effet vider le débat judiciaire de son contenu et de son utilité réels par l'exclusion du regard neutre et modérateur du juge »<sup>335</sup>.

**291.** Pour d'autres auteurs, surtout dans la doctrine colombienne, les conventions sur la force probante sont illicites et susceptibles d'être sanctionnées avec la nullité car elles impliquent une intervention dans l'activité du juge, et la conviction du juge ne peut être l'objet de l'accord des parties<sup>336</sup>.

En plus, la convention sur la force probante contredit le principe de la libre appréciation probatoire du juge, qui implique qu'il agisse en totale liberté au moment d'évaluer les preuves dans le procès. Ainsi, la volonté individuelle ne peut servir que comme élément pour construire la conviction du juge, mais en respectant sa liberté<sup>337</sup>.

**292.** En somme, le droit positif ne s'oppose pas aux effets des conventions sur la preuve en relation avec les parties. C'est-à-dire que l'accord est parfaitement valable et applicable par rapport aux parties du contrat. Cependant, il est critiquable que cette convention ait des effets par rapport au juge. Autrement dit, la validité des conventions sur la force probante n'a pas été tout à fait acceptée.

**293.** Malgré cette position favorable de la doctrine, nous considérons qu'il est compliqué d'envisager quels sont les vrais effets des conventions sur la preuve, car elles ne produisent des effets que sur les parties, mais pas par rapport au juge. Ce qui veut dire que si ces conventions n'ont pas d'effets par rapport au juge, elles manquent de toute force dans le système juridique, parce que c'est précisément dans le cadre d'un procès judiciaire, où le juge est le maître, que l'on veut vraiment faire valoir ce type de conventions. Et si ces conventions ne sont pas opposables au juge, il ne sert à rien de conclure un accord sur la preuve qu'il n'est pas obligé de respecter.

---

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> H. DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, ed. Biblioteca Jurídica Dik, Bogotá, 1993, p. 512.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 517.

La seule manière de voir pleinement reconnue la validité sur les conventions sur la preuve dans le système probatoire, est de reconnaître à ces conventions une pleine efficacité par rapport non seulement aux parties, mais également par rapport aux juges.

**294.** Enfin, à tout point de vue la liberté contractuelle gagne du terrain en matière de formalisme. D'abord, parce qu'elle est l'objet de protection du formalisme de source légale qui augmente de plus en plus en droit contemporain. En ce sens, il est évident que la protection de la volonté contractuelle est la finalité la plus remarquable du formalisme contemporain de source légale.

De même que, comme nous le venons de l'étudier dans ce Titre, cette liberté contractuelle joue aussi un rôle prépondérant en ce qui concerne le formalisme de source volontaire. La volonté contractuelle s'érige comme un instrument décisif, disponible aux parties, pour protéger leur volonté contractuelle.

**295.** Alors, une fois étudié le rapport entre liberté contractuelle et formalisme contemporain, il reste à aborder le cœur du développement du formalisme en droit contemporain des contrats : La poursuite de la justice contractuelle (SECONDE PARTIE).

## SECONDE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET JUSTICE CONTRACTUELLE

---

**296.** Le droit privé des contrats poursuit l'objectif de faire que le contrat soit vraiment la conséquence du plein exercice de la liberté contractuelle des parties. « Chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts, on peut présumer que ceux-ci sont parfaitement respectés par les engagements qu'il a volontairement souscrits<sup>338</sup> ».

Les parties, en totale liberté sont donc les meilleurs arbitres de la satisfaction de leurs intérêts dans le contrat pour souscrire un accord équilibré et juste. Ainsi « le libre jeu des volontés individuelles ne peut que réaliser la justice »<sup>339</sup>.

En ce sens, en droit commun des contrats, l'exercice de la liberté contractuelle n'est qu'une condition indispensable pour arriver à l'idéal de la justice. Cela confirme la sagesse de la célèbre formule de Fouillée : *qui dit contractuel dit juste*. Ainsi, arriver à la justice contractuelle<sup>340</sup> est l'un des plus remarquables objectifs du contrat.

**297.** Cependant la justice effective entre les parties ne peut être achevée que dans le cas où la qualité des parties leur permette d'être dans des conditions

---

<sup>338</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> Sur la notion de Justice contractuelle : « Le vocabulaire juridique publié sous la direction du doyen Gérard Cornu par l'Association Henri Capitant, s'il définit, séparément, les mots « Contractuel » (le) et « Justice », ne mentionne pas la justice contractuelle au nombre des déclinaisons possibles du mot justice. En vérité, l'expression a beau être d'un emploi assez courant parmi les juristes, il est rare qu'elle figure comme telle dans les index des traités, manuels et autres ouvrages qui leur sont familiers ». L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Etudes offerts à J. Ghestin, LJDG, 2001, p. 177.

Cependant, de la définition de *justice* donnée par le Vocabulaire Juridique Cornu, on peut déduire qu'il existe une double notion de justice contractuelle, elle peut être définie en deux sens : d'un côté la justice contractuelle constitue un idéal contractuel, ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison. De l'autre côté, la justice contractuelle se réfère à ce qui est positivement juste dans la relation contractuelle, ce à quoi chacun peut légitimement prétendre par rapport au contrat, concept qui fait référence aux droits propres à chacun. V. la définition de justice dans : G. CORNU, Vocabulaire juridique, *Association Henri Capitant*, p. 463.

d'égalité et d'équilibre contractuel<sup>341</sup>, c'est-à-dire qu'elles soient en égalité de conditions et de positions contractuelles.

Par contre, l'inégalité et le déséquilibre dans les positions et conditions contractuelles tendent à situer les parties dans une situation de déséquilibre présumé. L'idéal de justice contractuelle, toujours recherché dans le droit privé des contrats, est donc menacé. C'est le cas des contrats du droit de la consommation, où l'on se trouve, d'un côté, en présence d'un professionnel, et de l'autre d'un consommateur.

Alors l'objectif, en matière du droit de la consommation, consiste à rétablir cet équilibre, à situer les parties dans une situation d'égalité qui leur permette d'exprimer leurs volontés en totale liberté et autonomie.

**298.** Ainsi, on peut constater que « le droit commun du Code civil a paru inadapté à l'époque de la généralisation de la pratique des contrats d'adhésion, prérédigés à l'avantage des professionnels, pour assurer, dans les relations avec les consommateurs, un minimum de justice contractuelle. La législation consumériste qui s'est développée en France dans ce secteur depuis 1972 a ainsi cherché à établir un équilibre dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs, que ce soit au moment de la conclusion du contrat, pour la détermination de son contenu ou les modalités de son exécution »<sup>342</sup>.

Ainsi on doit remarquer que, plutôt que la liberté contractuelle, ce qui préoccupe vraiment le droit contemporain des contrats est le besoin de sauvegarder l'équilibre contractuel et ainsi de garantir la **justice contractuelle** dans la formation du contrat.

**299.** Dans ce contexte, l'information a toujours été considérée comme une grande associée de la protection du consentement, et particulièrement du consommateur, compte tenu de sa condition de faiblesse. Pour Agathe Lepage : « Dès les débuts du développement du droit de la consommation,

---

<sup>341</sup> La justice contractuelle est plutôt conçue comme un principe directeur en droit privé des contrats. En effet, Jacques Ghestin, dans son traité de droit civil fait de la justice contractuelle l'un des « principes directeurs » du droit objectif des contrats. J. GHESTIN, *Les obligations, Le contrat : formation*, LJDG, 3<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 182.

<sup>342</sup> G. PAISANT, À la recherche du consommateur, *JCP G*, 2003.I, p.121.

l'information a été la pièce maîtresse du dispositif de protection du consommateur<sup>343</sup>».

C'est ainsi que le formalisme apparaît en tant qu'instrument de protection de la volonté des parties, pour leur fournir l'information nécessaire pour construire leur consentement et ainsi favoriser les conditions d'égalité qui sont matériellement situées, de prime abord, dans des positions différentes et inégales.

**300.** Voilà pourquoi dans cette section, nous étudierons le phénomène du formalisme informatif principalement en droit de la consommation, où il a connu son développement majeur. La méthode la plus efficace pour aborder l'intégralité du sujet est l'étude, en premier lieu, de la notion du formalisme informatif (titre I), pour examiner ensuite la portée du formalisme informatif du droit contemporain (titre II).

---

<sup>343</sup> A. LEPAGE, Les paradoxes du formalisme informatif, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 597.

## **TITRE I LA NOTION DU FORMALISME INFORMATIF**

**301.** En général, il est possible de définir le formalisme informatif comme le mouvement du droit contemporain qui consiste à imposer des formes à la formation du contrat pour informer les contractants et conclure un contrat en connaissance de cause et sans erreurs.

Cependant, pour arriver à une véritable notion du formalisme informatif il faut scruter les causes qui l'ont provoqué, et ainsi connaître quelles sont ses raisons d'être en droit de la consommation (chapitre 1), et quelles sont ses fonctions (chapitre 2).

## CHAPITRE 1

### LES RAISONS DU FORMALISME INFORMATIF DU DROIT DE LA CONSOMMATION

**302.** Le droit de la consommation n'a pas simplement été la matière la plus féconde pour le développement du formalisme informatif, il a aussi été l'inspirateur de sa naissance. Ainsi, « le formalisme informatif, résultant d'une expansion constante du formalisme de protection, apparaît en grande partie d'inspiration consumériste »<sup>344</sup>.

En effet, l'augmentation des formes informatives à la formation des contrats et, en général, le grand mouvement de la renaissance du formalisme en droit contemporain ont obéi à la nécessité du droit de s'ajuster aux nouvelles exigences apparues dans le contexte contemporain du droit des contrats, et plus particulièrement aux besoins propres du droit de la consommation<sup>345</sup>.

**303.** Par conséquent, nous essayerons d'expliquer les raisons qui ont favorisé l'augmentation des formes informatives dans les contrats de la consommation, pour mieux comprendre le phénomène du formalisme informatif. Ainsi, tout d'abord nous étudierons le besoin de combattre les déséquilibres contractuels, très fréquents en droit actuel, ce qui nous amène à analyser les raisons objectives de la protection (section 1) ; et ensuite nous aborderons la nécessité de protéger le consommateur compte tenu de sa position de faiblesse, ce qui implique d'aborder l'étude du consommateur, sujet de la protection (section 2).

---

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> On situe généralement la naissance de cette idée, en vertu de laquelle le droit de la consommation est principalement formaliste, à la période contemporaine. Cependant il est ici pertinent de mentionner les véritables antécédents du formalisme en droit de la consommation.

Pour les Glossateurs et Postglossateurs, qui avec leur reprise du droit romain ont atténué le formalisme instinctif romain, le contrat devait être consensuel lorsqu'il était conclu entre marchands, entre gens avertis des affaires. Par contre, lorsqu'on était en présence de non-professionnels, le formalisme devait être la règle.

De là, on peut constater que, depuis l'époque des Glossateurs et Postglossateurs (XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles), le droit commençait à percevoir la différence entre le caractère des professionnels et celui des consommateurs, et la nécessité de protéger ces derniers par le formalisme. Selon les Glossateurs et Postglossateurs, le formalisme était restreint aux matières où les contractants se trouvaient soumis aux risques, sans protection, c'est-à-dire aux non-professionnels. V. A. ABDALLA, *op. cit.*, p. 139.

## **Section 1. Les raisons objectives : Le besoin de combattre les déséquilibres contractuels**

**304.** Le droit des contrats s'est sérieusement engagé à combattre les situations de déséquilibre entre les parties lors de la conclusion du contrat et à rechercher le rétablissement de l'équilibre contractuel. Le but a toujours été de garantir pour les contractants, la justice et l'équilibre contractuel inhérents au contrat même. Afin d'analyser le travail du droit, consistant à combattre les déséquilibres contractuels, nous commencerons par étudier les défis du droit de la consommation (A), avant d'explorer l'apparition des concepts innovants (B).

### **A. Les défis du droit de la consommation**

**305.** L'objet de protection du formalisme informatif a été déterminé par les défis propres aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs et aussi par la dynamique contractuelle contemporaine. Dans ce sens, on peut affirmer que les principaux défis du droit de la consommation sont la recherche de l'équilibre contractuel (§1), et la transformation du droit des contrats (§2).

#### §1. La recherche de l'équilibre contractuel

**306.** Suivant les postulats libéraux du XIX<sup>ème</sup> siècle, le contrat librement formé est nécessairement juste<sup>346</sup>. Selon le doyen Carbonnier, le contrat doit être juste « parce qu'il est raisonnable de penser qu'un individu capable est sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence »<sup>347</sup>.

**307.** Malgré la lucidité de cette analyse, il faut préciser qu'elle n'est strictement applicable que dans les hypothèses où les parties sont situées dans des positions égalitaires, en situation d'équilibre indispensable pour qu'elles soient libres de déterminer leur consentement avec autonomie et indépendance.

---

<sup>346</sup> En concordance avec la doctrine économique libérale qui affirme que « ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l'offre et la demande qui créent le juste ». V. J. GHESTIN, *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 40.

<sup>347</sup> J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 1998, n<sup>o</sup>. 78.

De fait, l'évolution de la société et la fluidité du marché actuel ont révélé les caractéristiques propres des nouveaux rapports contractuels où l'égalité n'est pas précisément présente. L'inégalité des contractants, l'asymétrie des positions contractuelles par rapport au marché, l'inégalité de leur puissance économique et les différences de leur savoir technique, entre autres, menacent le contrat de ne pas être librement formé et équilibré.

Ainsi, « parfois le rapport contractuel est le fruit de l'inégalité des contractants, laquelle se traduit par la liberté unilatérale du cocontractant dominant lors de la conclusion du contrat et dans la détermination de son contenu »<sup>348</sup>

**308.** Ce déséquilibre est précisément dominant en matière du droit de la consommation<sup>349</sup>. Lorsqu'on est en présence de deux contractants, un professionnel d'une part et un consommateur de l'autre, la situation de déséquilibre contractuel entre eux est évidente. Le professionnel est un spécialiste, un technicien, un expert dans son métier. Par contre, de l'autre côté on a un simple consommateur, un profane, quelqu'un qui, par rapport au professionnel, méconnaît presque totalement la dynamique et le fonctionnement de l'activité professionnelle dont il veut tirer bénéfice. On trouve alors, en matière du droit de la consommation, un exemple idéal de déséquilibre contractuel.

Par conséquent, en raison de la constatation de ce déséquilibre, lorsqu'on est en présence d'une relation professionnel-consommateur lors de la conclusion d'un contrat, le droit de la consommation, contrairement au droit commun des contrats, est fondé sur l'inégalité présumée.

<sup>348</sup> D. MAZEAUD, Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 697.

<sup>349</sup> Il faut préciser que, lorsque le sujet d'étude est le formalisme dans la formation du contrat, le déséquilibre étudié dans ces pages est le déséquilibre liminaire, originaire, celui qui caractérise la situation des parties au moment de la formation du contrat. Cela permet de distinguer cette situation du déséquilibre survenu, ce qui arrive après la conclusion du contrat dans les cas où a lieu un changement des conditions initiales du contrat. Dans le dernier cas, il est pertinent aussi de revoir l'impératif de justice contractuelle. Cependant il ne s'agit plus de situations concomitantes à la formation du contrat, mais à son exécution. On peut penser, par exemple au cas de la révision judiciaire des contrats : Affaire du Canal de Craponne, Cass. civ. 6 mars 1876, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12<sup>ème</sup> édition 2008, p. 183.

Ainsi, « plutôt que de considérer que l'égalité et la liberté sont les terreaux du lien contractuel et le ferment de son équilibre, le droit de la consommation est fondé sur l'inégalité présumée qui préside aux relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs, sur l'impossibilité corrélative qui en découle pour le consommateur, en situation de faiblesse, de négocier le contrat, sur la liberté exclusive du professionnel dans la détermination du contenu du contrat et, par conséquent, sur les déséquilibres contractuels structurels, potentiels ou réels, qui innervent le contrat de consommation »<sup>350</sup>.

Dans ce sens, la relation professionnel-consommateur est caractérisée à l'évidence par la présence d'un contractant dominant et d'un contractant dépendant, relation qui peut être ainsi définie par la fixation unilatérale du contrat par celui qui possède la position dominante<sup>351</sup>, et par conséquent par le déséquilibre excessif entre les positions contractuelles des parties.

**309.** Cela justifie le dessein du droit de contrôler les inégalités entre les contractants et celui de rétablir, par l'emploi de diverses mesures, la justice contractuelle, principe supérieur du droit des contrats.

Le contrat de la consommation devient alors l'une des situations particulières où est indispensable l'intervention du droit pour rétablir la justice contractuelle dans la formation du contrat. Cette conjoncture explique le désir du droit de contrôler la situation d'inégalité présente dans les contrats de la consommation et conséquemment l'emploi de mesures pour restaurer l'équilibre contractuel.

En effet, le législateur et la Cour de cassation, en vue de restaurer l'équilibre contractuel, ont depuis un quart de siècle « substitué un principe de réalité aux mythes fondateurs de la liberté et de l'égalité contractuelles »<sup>352</sup>.

**310.** Ainsi, avec la pleine conscience que l'inégalité dans l'information peut être la cause directe de la formation de liens contractuels déséquilibrés et impliquer le possible triomphe de la disproportion économique dans le contenu

<sup>350</sup> D. MAZEAUD, *eod. loc.*, p. 698.

<sup>351</sup> « L'inégalité des contractants est mère de l'injustice contractuelle, concrètement des déséquilibres contractuels, qu'il faut donc prévenir et combattre ». *Ibid.*

<sup>352</sup> *Ibid.*

du contrat, le législateur et la jurisprudence ont progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leur partenaire<sup>353</sup>.

Plus particulièrement, le législateur a pris pour tâche d'envisager les diverses hypothèses où l'inégalité entre les parties peut causer de graves déséquilibres et des injustices contractuels. Partant de la réalité, c'est-à-dire de la présomption d'inégalité, le législateur impose au professionnel l'obligation de fournir au consommateur toute l'information pertinente pour le prévenir contre les possibles abus dont il pourrait être l'objet.

Le législateur impose au professionnel l'obligation d'information pour corriger « les déséquilibres excessifs entre les stipulations, la prestation et les pouvoirs qui entachent la sphère contractuelle d'une injustice inadmissible »<sup>354</sup>.

**311.** Ainsi, selon cette perspective consumériste, on peut constater le changement catégorique du fondement sur lequel avait été traditionnellement construite la théorie classique du droit des contrats, ce qui nous oblige à étudier la transformation du droit des contrats.

## §2. La transformation du droit des contrats

**312.** A la différence d'une théorie fondée sur l'hypothèse de contractants égaux et autonomes, le droit de la consommation change cette base et met en place une construction beaucoup plus sage et raisonnable : partir de l'hypothèse où les contractants ne sont pas égaux. Dans cet ordre d'idées, on peut envisager la façon dont le droit contemporain des contrats a contribué à la naissance des idéologies plus réalistes qu'idéalistes.

Autrement dit, « les idées de liberté et d'égalité contractuelles, sur lesquelles s'est élaboré et déployé, pendant près de deux siècles, le droit

---

<sup>353</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 256.

<sup>354</sup> D. MAZEAUD, *eod. loc.*, p. 697.

commun des contrats, cède la place à une vision autrement plus réaliste et pragmatique du lien contractuel »<sup>355</sup>.

**313.** Cependant il faut préciser que, bien que la transformation du droit des contrats soit certaine, cette évolution émerge comme résultat d'un changement progressif de la vision qui caractérisait traditionnellement le droit des contrats, et non pas d'un changement abrupt de la réalité qu'il prétend réguler. Ce qui a vraiment changé en droit des contrats, est donc la philosophie contractuelle, le regard porté sur la relation contractuelle. De fait l'être humain a toujours été le même : individualiste, cherchant la possibilité de profiter des relations et des circonstances en sa faveur.

Cela ne nie pas l'idée que ce qui a effectivement causé ce changement de vision du droit des contrats est l'accélération du commerce en droit contemporain. Un commerce plus rapide et impersonnel ainsi que de nouveaux rapports où domine l'inégalité, comme dans le cas des contrats entre un contractant dominant et un contractant dépendant en matière du droit de la consommation, ont motivé cette réaction du droit, qui a abouti à construire un fondement beaucoup plus réaliste de la théorie des contrats, basé sur la présomption d'inégalité.

Néanmoins, ce qui s'est vraiment transformé est, heureusement, la vision du contrat. On a changé une vision idéaliste, propre aux idéaux volontaristes, pour une vision réaliste et pratique du contrat.

**314.** En ce sens, le droit de la consommation est un indéniable moteur de changement en matière de droit des contrats. Les nouveaux défis qui préoccupent le droit de la consommation ont été les raisons de l'apparition de concepts innovants et par conséquent, de la forte influence qu'il a exercé sur le droit commun des contrats.

## **B. L'apparition de concepts innovants**

**315.** Face à ces nouveaux défis, le droit contemporain a été le cadre approprié pour l'apparition des notions innovantes d'un droit des contrats différent et plus réaliste. Nous en arrivons donc à étudier la confiance dans les

---

<sup>355</sup> *Ibid.*

contrats du droit de la consommation (§1) et la notion de proportionnalité contractuelle (§2).

### §1. La confiance dans les contrats de la consommation

**316.** L'esprit qui anime le droit de la consommation se caractérise par la lutte constante contre les déséquilibres contractuels et l'inégalité des contractants qui mettent en péril la justice essentielle au contrat.

Le formalisme informatif en droit de la consommation est la réaction du droit des contrats face aux nouveaux défis du droit de la consommation, pour protéger la volonté des parties et l'équilibre contractuel.

**317.** Mais tout ce mouvement protecteur a aussi obéi au développement tant de nouveaux concepts que des principes du droit contemporain des contrats. Dans l'énonciation des principes qui ont alimenté le mouvement d'augmentation des formes informatives en droit de la consommation, on se concentre sur le terrain de la morale, car il est impossible de nier qu'actuellement le droit des contrats en France « est envahi par la morale »<sup>356</sup>.

En renfort des principes de liberté et d'égalité hérités de la modernité, en droit contemporain des contrats, apparaissent de nouveaux principes qui cherchent à protéger, entre autres, la justice contractuelle, dont le principe de confiance et de prévention en droit de contrats.

**318.** Face au dynamisme et à la rapidité propres aux contrats contemporains, la confiance apparaît comme une nécessité évidente en droit de la consommation.

En effet, la carence d'information a pour effet d'engendrer la méfiance des contractants. De même, les informations trompeuses ou incomplètes provoquent le scepticisme des parties par rapport au contrat. Un moment d'inattention ou un manque d'information met en péril la possibilité pour les contractants de connaître le vrai contenu du contrat : par conséquent, la justice contractuelle court un risque<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> J. BEAUCHARD, Les principes européens du droit de la consommation in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 55.

<sup>357</sup> N. REICH, Droit et confiance, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne* 423/19, p. 671.

**319.** En ce sens, l'information ressort comme une condition indispensable pour « stabiliser les attentes des consommateurs et créer la confiance dans les contrats »<sup>358</sup>. Ainsi, le formalisme informatif concorde avec le principe de la confiance dans le contrat car la complétude et la transparence de l'information provoquée par l'obligation d'inclure l'information essentielle au contrat, inspire confiance et crédulité chez les contractants.

Autrement dit, « par un dispositif qui apparaît aujourd'hui classique, celui du formalisme informatif, le législateur a renforcé les obligations d'informations pour susciter la confiance du consommateur, dans le but de l'inciter à conclure des contrats »<sup>359</sup>.

**320.** En outre, afin de créer la confiance dans les contrats de consommation, le devoir de cohérence dans la formation du contrat permet d'étoffer le nombre et la portée des principes qui servent de fondement moral au mouvement d'invasion formaliste en droit contemporain.

Certes, cette exigence de cohérence atténue la portée de la liberté contractuelle au moment de déterminer le contenu du contrat. La liberté contractuelle ne peut affecter le cœur du contrat, c'est-à-dire les obligations fondamentales qu'il engendre naturellement ou artificiellement.

Ainsi, avec l'intention de faire primer la cohérence contractuelle dans le contrat, la Cour de cassation dans son fameux arrêt Chronopost<sup>360</sup> a réputé non écrite la clause limitative de responsabilité, au nom de la cause<sup>361</sup>.

**321.** D'autre part, le mouvement formaliste contemporain est la conséquence de la prise de conscience de la nécessité de protéger

<sup>358</sup> *Ibid.*

<sup>359</sup> N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, La confiance dans les contrats de la consommation, in *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz 2008, p. 53.

<sup>360</sup> Cass. Com. 22 octobre 1996 : contrats, conc., consom. février 1997, n°. 24, obs., L. Leveneur.

<sup>361</sup> D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 616.

préventivement les contractants. En matière de consommation, domine la tendance à la prévention<sup>362</sup>.

Ainsi la prévention « apparaît particulièrement nécessaire en matière de consommation : inopportunité d'une remise en cause de l'acte et hésitation du consommateur à agir en justice sont autant de raisons de ne pas se contenter ici d'une protection *a posteriori* du consentement, donc de se démarquer du droit des obligations »<sup>363</sup>.

**322.** De la même façon, avec le développement du droit de la consommation et la nécessité de rééquilibrer les positions contractuelles des parties, apparaît le nouveau concept de proportionnalité contractuelle.

## §2. La proportionnalité contractuelle

**323.** L'exigence de proportionnalité est un concept encore embryonnaire dans la théorie générale des contrats. C'est précisément dans le cadre des droits spéciaux que ce principe a trouvé son origine<sup>364</sup>. En effet, le droit de la consommation a été l'un des domaines du développement de ce principe.

Le principe de proportionnalité est issu en droit privé de l'inadmissibilité généralisée du déséquilibre contractuel. « Le rejet de la disproportionnalité infère de l'exigence de loyauté » et dérive aussi du développement du principe de la bonne foi<sup>365</sup>.

**324.** L'exigence de proportionnalité s'applique tant à la formation du contrat, comme expression de la nécessité de conclure un contrat équilibré et juste, comme instrument de mesure, qu'à son exécution, comme instrument de

---

<sup>362</sup> Sur le formalisme de prévention en droit des contrats, V. *Infra* p. 168 et s.

<sup>363</sup> A. LEPAGE, *eod. loc.*, p. 598.

<sup>364</sup> « Le principe a fait son apparition en Allemagne où il a connu un développement spéculaire ». S. LE GAC- PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse Paris, LGDJ, 2000, p. 15.

<sup>365</sup> D. MAZEAUD, *eod. loc.*, p. 613.

correction et de contrôle des hypothèses de déséquilibres dans l'accomplissement du contrat<sup>366</sup>.

**325.** Par conséquent, le principe de proportionnalité est une exigence qui, en harmonie avec les exigences d'équilibre et d'égalité dans les rapports contractuels, se manifeste, entre autres, par l'imposition d'obligations informatives, en particulier dans les relations entre professionnels et non professionnels, concrètement par l'exigence de formes à l'établissement du contenu du contrat.

**326.** L'exigence de proportionnalité est évidente en matière de contrôle des garanties excessives dans la conclusion de contrats de crédits à la consommation<sup>367</sup>. En effet, l'article L313-10 du Code de la consommation établit :

*« Un établissement de crédit, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des Sections I ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*

Dans cet article on peut constater la prise en compte du principe de proportionnalité en matière de crédits à la consommation, par le désir du législateur de protéger les consommateurs contre les garanties abusives et disproportionnées<sup>368</sup>.

En particulier, l'émergence de ce principe de proportionnalité est sans doute l'un des concepts inspirateurs de la tendance contemporaine de contrôle sur le contenu contractuel. Cette tendance se matérialise, entre autre, par le mouvement formaliste en matière de contrats de la consommation.

---

<sup>366</sup> S. LE GAC- PECH, *op. cit.*, p. 37.

<sup>367</sup> Pour une étude approfondie du cautionnement disproportionné : V. S. PIEDELIEVRE, *Le cautionnement excessif, Rép. Défrenois*, 1998, p. 849.

<sup>368</sup> Sur la mise en œuvre de cette règle de proportionnalité dans l'hypothèse où les dirigeants cautions seraient les principaux actionnaires de la société cautionnée, V. Cass. Com., 8 oct. 2002, *JCP*, 2002.706, obs. F. Deboissy. Voir aussi Cass. Com., 17 juin 1997.

327. De cette manière, on a essayé d'illustrer les raisons et les motifs objectifs de l'irruption du formalisme informatif en droit de la consommation. La nécessité de protéger l'équilibre et l'égalité contractuelle en droit contemporain constitue l'une des finalités recherchées par le droit privé, ce qui place la justice, l'égalité et l'équilibre contractuel parmi les objets de protection du droit privé des contrats les plus importants.

Autrement dit, la recherche de cet état idéal des rapports contractuels, l'équilibre contractuel (et la justice contractuelle), constitue l'une des raisons du formalisme informatif en droit de la consommation, sa raison objective.

328. Après avoir étudié les raisons objectives, nous aborderons les raisons subjectives qui ont encouragé la recherche de la justice contractuelle par le formalisme informatif en droit de la consommation. Par conséquent, ci-après nous étudierons la cause subjective : le besoin de protéger le consommateur en droit contemporain des contrats.

### **Section 2. Les raisons subjectives : Le besoin de protéger le consommateur face à sa position de faiblesse**

329. Le droit de la consommation a pour but d'équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs. Il est apparu en France dans les années 1970, comme une nouvelle branche du droit dont le but spécifique consiste à protéger le consommateur contre les risques et les dangers du droit contemporain<sup>369</sup>.

Le droit de la consommation s'est consolidé comme un droit de protection né du besoin de protéger le consommateur. Ce rôle protecteur du droit de la consommation explique son caractère exclusif : il protège exclusivement ceux qui ont justifié sa création comme une branche du droit indépendante et autonome.

L'émergence du formalisme informatif en droit de la consommation a donc été provoquée, entre autres, par des raisons de caractère subjectif : la nécessité de protéger le sujet principal du droit de la consommation, le consommateur.

<sup>369</sup>H. DAVO, Formalisme bancaire et protection du consommateur, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004. P. 329.

**330.** En effet, les sujets du droit de la consommation sont les consommateurs d'un côté et les professionnels de l'autre. Donc, nous allons étudier l'inclusion du consommateur comme destinataire exclusif de la protection assurée par le formalisme informatif (A), puis l'envers de la médaille : l'exclusion du professionnel (B).

### **A. L'inclusion du consommateur**

**331.** Les raisons subjectives qui provoquent la protection du consommateur par le formalisme informatif s'expliquent principalement par la nécessité de le protéger en situation de faiblesse. Pour comprendre l'inclusion du consommateur comme destinataire principal de la protection, il faut réviser les fondements de la protection du consommateur (§1) et identifier les causes de sa faiblesse (§2).

#### §1. Les fondements de la protection du consommateur

**332.** L'article préliminaire du Code de la consommation, issu de la Loi du 17 mars 2014, établit qu'est considéré « comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Cependant, le mot consommateur n'est pas strictement de contenu juridique, mais économique. Les mots « consommation, consommateur » sont venus de la science économique<sup>370</sup>, et ont été par la suite adoptés par la langue juridique<sup>371</sup>.

Gérard Cornu définit le consommateur comme « celui que protège le droit de la consommation (parce qu'il est profane) » ; « Tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel » ; « Tout bénéficiaire non professionnel de services fournis par des

---

<sup>370</sup> Pour la science économique « la consommation forme le dernier stade du processus économique. Elle se distingue de la production et de la distribution, qui, se situant aux stades antérieurs, consistent à recueillir, transformer et répartir les richesses ». J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 7.

<sup>371</sup> *Ibid.* p. 6.

professionnels (assurance, publicité, voyage, conseil) »<sup>372</sup>. Le consommateur peut être concrètement défini comme « une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel »<sup>373</sup>.

**333.** Partant de la définition de consommateur, on peut remarquer que c'est la situation de fait dans laquelle se situe le consommateur qui donne les raisons de sa protection comme centre d'attention du droit de la consommation : l'existence d'un déséquilibre entre la position du consommateur et celle du professionnel<sup>374</sup>. Cela nous amène à reconsidérer les fondements du droit de la consommation.

Le consommateur dans ses relations vis-à-vis du professionnel se trouve dans une situation évidente et naturelle de faiblesse. Il est un agent du marché (le dernier maillon de la chaîne) qui, par ses besoins personnels, se voit dans la nécessité d'acheter des biens et services, chez le professionnel. Ainsi, le consommateur (un profane) ne connaît pas les règles particulières du métier spécifique et professionnel auquel il a recours.

Par contre, l'autre partie du contrat, le professionnel, est un spécialiste, un technicien, qui par le proche rapport qu'il entretient avec le métier pourrait en tirer bénéfice, notamment au détriment du consommateur.

C'est ici que le droit de la consommation entre dans le *panorama* consumériste. Le droit a toujours eu pour finalité de protéger les faibles contre les forts, et de rééquilibrer les positions dans la société.

En ce sens, le droit de la consommation se justifie principalement par la nécessité de protéger le consommateur en raison de sa position de faiblesse par rapport au professionnel. « La vie en société ne serait pas possible si certaines personnes étaient en permanence victimes d'abus de puissance. En protégeant les faibles, la loi tend à organiser une société pacifique »<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V. Consommateur.

<sup>373</sup> Définition qui « reprend celle qui avait été proposée par la commission de refonte du droit de la consommation (*Propositions pour un Code de la consommation*, La documentation française 1990, article 3) » J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 7.

<sup>374</sup> Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2005, p. 3.

<sup>375</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 22.

**334.** Ainsi, le formalisme informatif est un instrument du droit de la consommation conçu dans l'intérêt des consommateurs. Certes, l'augmentation des formes en droit de la consommation s'explique par le désir du droit de protéger le consommateur contre les abus dont il peut être la victime. Ainsi, afin de reconnaître plus précisément les raisons de cette multiplication des formes en matière du droit de la consommation, il est pertinent d'identifier les causes de la faiblesse du consommateur.

## §2. L'identification des causes de la faiblesse du consommateur

**335.** Plusieurs circonstances mettent le consommateur dans une situation de faiblesse. Pour les identifier il faut distinguer les deux types de causes de la faiblesse du consommateur.

D'un côté, des causes internes de la faiblesse, caractérisées par la situation personnelle, inhérente de la partie et en second lieu des causes externes ou relatives, déterminées par la position particulière de la partie dans le contrat<sup>376</sup>.

**336.** Les causes internes de la faiblesse se présentent car il existe chez une des parties un manque considérable d'information ou de connaissance. Il peut s'agir d'une ignorance des éléments de droit, ou de fait, ce qui se matérialise par l'existence d'une « **asymétrie informationnelle** »<sup>377</sup>.

L'asymétrie informationnelle est caractérisée par l'« inégalité de connaissance »<sup>378</sup> des parties au contrat. Dans les contrats de la consommation cette situation d'asymétrie informationnelle « résulte généralement d'un manque de connaissance lorsque le rapport contractuel met en présence une personne agissant à des fins professionnelles et une autre, agissant (principalement) à des fins privées »<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 62.

<sup>377</sup> *Ibid*, p. 67.

<sup>378</sup> J.-L. AUBERT, Les relations entre bailleurs et locataires en droit français. J. Ghestin et M. Fontaine (sous la direction de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 165.

<sup>379</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 66.

En particulier, dans les contrats de la consommation on est en présence d'un consommateur et d'un professionnel. D'un côté le professionnel s'engage pour des motifs professionnels, dans l'exercice de son métier, ce qui le met en position avantageuse car c'est un expert qui connaît parfaitement les particularités du service ou du bien offert<sup>380</sup>. Par contre le consommateur s'engage pour des motifs personnels, et par conséquent, il ne dispose pas de l'information suffisante sur l'objet du contrat.

Il faut remarquer que tant le professionnel que le consommateur agissent à des fins spécifiques et différentes : le premier à des fins professionnelles et le deuxième à des fins personnelles. Cette circonstance situe les parties dans une situation d' « inégalité de connaissances » ou d' « asymétrie informationnelle ».

**337.** Les causes externes ou relatives sont déterminées par la position particulière de la partie dans le contrat. Ses causes se caractérisent par la présence d'une partie particulièrement puissante d'un côté, et d'une partie vulnérable de l'autre<sup>381</sup>. Alors, le consommateur face au professionnel est dans une situation de vulnérabilité, car son manque de connaissance et sa position particulière<sup>382</sup> le mettent dans une position désavantageuse au moment de la conclusion du contrat.

**338.** Ainsi, on peut affirmer que l'« asymétrie informationnelle » est une cause interne de la faiblesse du consommateur, et cette dernière (la faiblesse du consommateur), à son tour, est une cause subjective du phénomène d'augmentation des formes en droit des contrats, en particulier du formalisme informatif en droit de la consommation. Ce qui nous permet d'affirmer, en

<sup>380</sup> A propos des critères pour déterminer la qualité du consommateur, en particulier à propos du critère du rapport direct, voir la jurisprudence constante et fournie de la Cour de cassation : Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 8 juillet 2003, *JCP G*, 2004.II.10107.

<sup>381</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 70.

<sup>382</sup> Par exemple : « le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit au risque de sombrer dans le surendettement ». Un autre exemple de cause relative de la faiblesse est la vulnérabilité d'une partie déterminée par l'*état de besoin*. H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 71.

guise de conclusion, que l'asymétrie informationnelle est une raison subjective du formalisme informatif.

**339.** En ce sens, face aux difficultés qui mettent le consommateur en situation de faiblesse, « la transmission des informations diverses, sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel, permet en effet de rééquilibrer la relation contractuelle en comblant le manque de connaissance présumé »<sup>383</sup> et ainsi combler les besoins dérivés du déséquilibre propre des positions contractuelles inégales.

**340.** Étudions maintenant les causes subjectives du formalisme informatif dérivées du rôle du professionnel et son exclusion de la protection du droit de la consommation.

## **B. L'exclusion du professionnel**

**341.** En principe, les règles du droit de la consommation protègent exclusivement le consommateur, en raison de sa position de faiblesse et par conséquent le professionnel est exclu de la protection (§1). Cependant, la jurisprudence et la doctrine ont abordé différemment quelques questions à propos de l'éventuelle protection du professionnel, ce qui nous permet de parler de l'atténuation de l'exclusion (§2).

### §1. La rigueur de l'exclusion

**342.** Le droit de la consommation est un droit du présumé faible : le consommateur, contre le présumé fort : le professionnel<sup>384</sup>. En ce sens, le consommateur est le sujet exclusif que protège le droit de la consommation, ce qui implique que le professionnel est, en principe, purement exclu de son champ d'application.

**343.** Le critère *ratione personae*, vient assister le droit de la consommation pour délimiter son champ d'application. De surcroît, ce qui a bien été établi

---

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>384</sup> G. PAISANT, *eod. loc.*, p. 121.

par le droit de la consommation, de manière négative, ce sont certaines exclusions. Le Code n'hésite pas à écarter certains sujets de la protection. Ainsi, il exclut les personnes morales, dans leur globalité, ou selon leur nature, les opérations effectuées à titre professionnel<sup>385</sup>.

**344.** Le professionnel est exclu, en principe, du champ d'application du droit de la consommation car, comme nous l'avons expliqué plus haut, ce qui justifie la protection est la situation de déséquilibre qui se présente précisément lorsque les parties sont en situation d'inégalité informationnelle.

**345.** Cependant, cette protection exclusive du consommateur présente quelques difficultés car il peut être considéré « dangereux de donner aux consommateurs l'impression que la loi les protège en toutes circonstances et de créer ainsi chez eux une mentalité d'assistés, voire d'incapables »<sup>386</sup>.

En ce sens on considère qu'étant donné que la justice et l'équilibre contractuel sont les buts poursuivis par le droit de la consommation, le professionnel ne peut pas être écarté du panorama du champ de protection. La protection exclusive du consommateur risque de le mettre dans une situation de surprotection qui met en danger l'équilibre recherché en matière de rapports de la consommation. Ainsi d'une protection excessive et par conséquent dangereuse du consommateur, peut résulter un nouveau déséquilibre de la balance contractuelle.

Nous sommes donc d'accord avec la proposition de Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz dans le sens où « pour équilibrer les rapports entre partenaires économiques, il est peut-être plus important de modifier les comportements des consommateurs que de multiplier les règles juridiques » de protection<sup>387</sup>.

**346.** Par conséquent il est pertinent de s'interroger sur la portée de l'exclusion de la protection du professionnel.

---

<sup>385</sup> *Ibid.*

<sup>386</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 23.

<sup>387</sup> *Ibid.*

## §2. Une exclusion nuancée ?

**347.** Il peut arriver qu'un contrat conclu entre professionnels soit inégalitaire, lorsque l'un des professionnels veut s'imposer sur l'autre pour des raisons économiques ou techniques<sup>388</sup>. La question se pose alors de savoir si un professionnel qui conclut un contrat avec un autre professionnel dans des conditions d'inégalité peut se prévaloir de la protection du droit de la consommation.

**348.** En considération de la compétence professionnelle particulière, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1987 a décidé qu'un professionnel pouvait bénéficier des règles de protection du consommateur contre les clauses abusives. La première chambre civile a considéré que l'objet du contrat dépassait la sphère de connaissance du contractant et qu'il devait donc être considéré « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »<sup>389</sup>.

**349.** Ultérieurement dans un arrêt du 24 janvier 1995, la Cour de cassation a employé pour la première fois le critère du « rapport direct » pour déterminer le champ d'application du droit de la consommation<sup>390</sup>. Certes, afin de déterminer la qualité du consommateur et sa situation de faiblesse informationnelle dans sa relation avec le professionnel, la Cour de cassation a développé une jurisprudence constante et assez fournie fondée sur le critère du rapport direct.

Depuis 1995 « pas un arrêt de la Cour de cassation n'a considéré que ce rapport direct faisait défaut et que, par conséquent, un professionnel pouvait obtenir la suppression d'une clause abusive »<sup>391</sup>.

**350.** De sorte que le critère du rapport direct utilisé par la Cour de cassation a fait depuis lors l'objet de nombreuses critiques et reproches. Il a été souvent soutenu que le critère du rapport direct était une source de confusion car « la

---

<sup>388</sup> G. PAISANT, *eod. loc.*, p. 121.

<sup>389</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 avr. 1987, *D.* 1987, *somm. comm.* 455, obs. J.-L- Aubert.

<sup>390</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 janv. 1995, *D.* 1995, 327, note G. Paisant.

<sup>391</sup> D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?*, *art. préc.*, p. 708.

Cour de cassation, en choisissant de ne pas définir le rapport direct, n'a pas formellement pris parti sur ces points. Elle a néanmoins précisé que l'appréciation de ce rapport devait être dissociée du point de savoir si le contrat avait été conclu en dehors de la sphère habituelle de compétence du professionnel en cause qui, dès lors, aurait contracté dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »<sup>392</sup>. Alors la nécessité d'une clarification sur le sujet et le besoin de la recherche d'un autre critère ont été évoqués.

**351.** Toutefois, il existe pour les professionnels le risque de se trouver face à un contrat qui contient des clauses inégalitaires et qui peut entraîner l'injustice contractuelle, dans la mesure où il engendre au profit du contractant en position de force un avantage sans contrepartie réelle<sup>393</sup>.

Dès lors, puisque cette inégalité entre professionnels est aussi possible, il convient de rechercher dans le droit positif, les armes de lutte contre ce déséquilibre contractuel. Ainsi, tout d'abord la protection des professionnels contre les clauses abusives trouve son inspiration dans le respect d'une certaine éthique contractuelle qui se traduit par l'exigence de loyauté et la nécessité d'un équilibre contractuel minimum, concepts propres du droit commun<sup>394</sup>.

**352.** Les professionnels sont protégés contre les clauses abusives par l'article L 442-6 I 2o du Code de commerce, qui établit l'interdiction de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

**353.** D'autre part, le Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des obligations, déposé par le ministère de la Justice le 25 février 2015, consacre qu'une « clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». L'alinéa 2 précise que

---

<sup>392</sup> G. PAISANT, *eod. loc.* p. 122.

<sup>393</sup> D. MAZEAUD, La protection par le droit commun, in *Les clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 34.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 36.

« l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Dans cet article du projet on constate l'incorporation dans le Code civil de la règle générale de protection contre les clauses abusives. « Le texte s'inspire donc de l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour protéger les contractants, quelle que soit leur qualité, contre les clauses abusives, selon un dispositif reposant exclusivement sur une qualification par le juge. La condition de l'absence de négociation des stipulations, qui dans les différents projets de réforme du droit des contrats marquait la spécificité du droit commun par rapport au droit spécial, ne s'y retrouve plus. Tout au plus, la sanction est-elle différente, consistant en une suppression matérielle de la clause à la place de la fiction du réputé non écrit. Étant donné l'existence d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de la consommation et dans le Code du commerce, la règle nouvelle, si elle était adoptée, devrait principalement s'appliquer à deux types de conventions : les contrats conclus entre particuliers et ceux conclus entre professionnels qui n'auraient pas la qualité de partenaires commerciaux. La disposition devrait donc pouvoir bénéficier au professionnel ayant contracté dans un domaine n'ayant pas de rapport direct avec son activité, sans qu'il soit utile de conserver ce critère. L'adoption du texte marque donc l'achèvement d'un processus qui a permis de mettre à jour un consensus sur la nécessité de protéger tout type de contractant contre les injustices contractuelles »<sup>395</sup>.

« De manière plus pragmatique, d'autres relèveront que, quoi qu'il en soit, le champ d'application de la règle nouvelle ne sera probablement pas très étendu. En effet, elle ne régira ni les clauses abusives stipulées dans les contrats de consommation, qui le seront par le Code de la consommation, ni celles imposées dans des contrats conclus entre professionnels, lesquelles le seront par le Code de commerce. La règle du Code civil n'aura donc vocation à s'appliquer qu'aux seules clauses stipulées dans les contrats conclus entre

---

<sup>395</sup> N. SAUPHANOR, *Clauses abusives*, *Dalloz, Actualité*, avril 2015.

consommateurs, dont on peut douter qu'ils soient les plus fertiles en clauses abusives »<sup>396</sup>.

**354.** Cependant, l'infériorité de la protection des professionnels par le droit commun, où les professionnels ne profitent que d'une protection très imparfaite contre les clauses abusives est évidente. « Cette infériorité me semble, en premier lieu, procéder de l'inorganisation qui préside à la protection des professionnels contre les clauses abusives et qui tranche singulièrement avec le caractère extrêmement structuré de la protection des consommateurs. En fait, comme l'a très justement souligné M. Gérard Couturier « Il faut avoir une certaine force pour se faire reconnaître faible », or cette force fait totalement défaut aux professionnels »<sup>397</sup>.

**355.** Néanmoins, le droit de la concurrence peut sembler le plus adapté pour atteindre cet objectif de protection des professionnels contre les clauses abusives. « Il paraît le mieux armé dans la mesure où précisément les relations entre professionnels, que sont les entreprises qui offrent des biens ou des services, constituent son champ d'investigation principal »<sup>398</sup>.

Certes, il est dans les relations contractuelles verticales qui se présentent entre producteur/distributeur où on trouve les plus forts risques de clauses abusives. Alors il existe tout d'abord une protection dite « indirecte » en matière du droit de la concurrence contre les clauses abusives entre professionnels. On rencontre cette protection indirecte lorsqu'il y a coïncidence entre le caractère abusif et le caractère anticoncurrentiel de la clause. Autrement dit, il faut que la clause abusive réponde à la qualification d'une pratique anticoncurrentielle pour appeler à une protection « indirecte » des professionnels contre les clauses abusives<sup>399</sup>.

**356.** Mais, la question se pose alors de savoir s'il faut nécessairement la présence d'une pratique anticoncurrentielle pour que le professionnel soit protégé contre une clause abusive. En ce sens, existe-t-il en droit de la

---

<sup>396</sup> D. MAZEAUD, Droit des contrats : réforme à l'horizon, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 299.

<sup>397</sup> G. COUTURIER, *art. préc.* p. 885.

<sup>398</sup> L. IDOT, La protection par le droit de la concurrence, in *Les clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 55.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 58.

concurrence une protection « directe » des professionnels contre les clauses abusives ?

On pourrait essayer tout d'abord de répondre à cette question, par l'analyse du rapprochement fait par le nouvel article 442-6, I, 2<sup>o</sup> du Code du commerce, issu de la Loi de Modernisation de l'Economie n<sup>o</sup>. 2008-776 du 4 août 2008, dite Loi LME.

En effet, la LME a introduit un rapprochement entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation par l'introduction d'une nouvelle pratique restrictive, laquelle consiste à « soumettre ou (à) tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties ». Alors le législateur s'est inspiré de la notion de déséquilibre significatif du Code de la consommation<sup>400</sup>.

Afin de préciser la notion du « déséquilibre significatif » consacré dans la LME le premier réflexe consiste à rechercher dans le droit de la consommation, lequel, « à travers la notion de « clause abusive », a déjà des années d'expérience de ce qu'est un déséquilibre significatif »<sup>401</sup>.

**357.** Cependant, il faut faire une analyse très attentive avant d'établir ce rapprochement entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, car il n'est pas difficile de constater les différences dans la réglementation de la protection dans l'une et l'autre matière<sup>402</sup> et surtout une certaine originalité dans le nouvel article par rapport à son « homologue » consumériste<sup>403</sup>.

Ainsi, il est possible de constater que le déséquilibre contractuel n'est pas un sujet exclusif du droit de la consommation. En effet, le professionnel peut aussi se trouver dans une situation d'inégalité informationnelle ou contractuelle et en conséquence il devient aussi un sujet de protection du droit contractuel contemporain.

---

<sup>400</sup> Voir article L132-1 qui contient la définition de clause abusive.

<sup>401</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, *Revue des Contrats*, 1 janvier 2009, n<sup>o</sup>. 1, p. 202.

<sup>402</sup> Pour en savoir plus, V. R. SAINT-ESTEBEN, L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation, in *Revue des Contrats*, 1 juillet 2009, n<sup>o</sup>. 3, p. 1275 et s, et aussi M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, p. 203.

<sup>403</sup> *Ibid.*

**358.** Étudions maintenant non pas les raisons du formalisme informatif, mais ses fonctions en droit de la consommation.

## CHAPITRE 2.

### LES FONCTIONS DU FORMALISME INFORMATIF DU DROIT DE LA CONSOMMATION

**359.** Le formalisme informatif est l'un des instruments du droit qui cherche à protéger le consentement des consommateurs. La protection des consommateurs est une grande idée actuelle qui se manifeste par l'adoption des règles concrètes visant à le protéger contre les « risques que les méthodes modernes de commercialisation lui fait encourir »<sup>404</sup>.

**360.** Ainsi, il est intéressant d'étudier à ce stade les conséquences juridiques résultant de l'application des règles du formalisme informatif en droit de la consommation pour savoir quelles sont les fonctions du formalisme informatif en droit de la consommation. Nous commencerons donc par étudier l'information et la protection du consentement des consommateurs par le formalisme informatif (section 1) et ensuite nous verrons la prévention comme fonction du formalisme en droit contemporain des contrats (section 2).

#### **Section 1. L'information : La protection du consentement des consommateurs par le formalisme informatif**

**361.** La protection du consentement des consommateurs se cristallise par l'emploi des éléments concrets qui cherchent une égalité forcée entre les cocontractants dans les relations avec les consommateurs.

Ainsi, nous allons étudier deux éléments décisifs pour la production des conséquences matérielles afin d'arriver à la protection du consommateur : L'information comme pièce maîtresse du formalisme informatif (A) et le développement de l'obligation générale d'information (B).

#### **A. L'information, pièce maîtresse du formalisme informatif**

**362.** L'intervention du droit en matière des contrats de la consommation est évidente en ce qui concerne l'imposition des obligations particulières

---

<sup>404</sup> P. SERLOOTEN, Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 27, 1979, p. 135.

d'information à la charge de professionnel sur les éléments et caractères essentiels du contrat, car l'information est considérée comme la pierre angulaire en droit de la consommation et ce dernier comme le terrain le plus fertile au formalisme informatif<sup>405</sup>.

**363.** Il faut donc savoir quelles sont les conditions de l'information et sa portée (§1) mais aussi étudier la fonction consistant à garantir la pérennité de l'information (§2).

### §1. L'information en droit de la consommation

**364.** Face aux nouveaux défis présentés par le commerce actuel, le droit a choisi d'intervenir ponctuellement par l'introduction de réformes et de textes spécifiques pour assurer la protection efficace du consommateur<sup>406</sup>.

**365.** Il est nécessaire de garantir sa liberté contractuelle ; il doit être libre et capable de décider de contracter ou non, et de déterminer librement le contenu du contrat. Autrement dit, il est indispensable qu'il contracte en toute connaissance de cause.

La majorité des formes du droit contemporain ont un élément en commun : la protection du consentement des parties au contrat. Dans le grand groupe des formes de protection, on trouve plusieurs types de formes qui ont pour fonction particulière, de garantir la protection de la volonté des parties. Une de ces fonctions est la fonction informative, qui se décline sous une variété de formes qui seront désormais dénommées formes informatives.

**366.** C'est pourquoi de nombreux auteurs contemporains n'hésitent pas à donner au formalisme informatif le statut de pierre angulaire dans l'étude du formalisme en droit contemporain des contrats. La finalité est en premier lieu d'apporter l'information importante du contrat à l'intéressé, et aussi « d'attirer l'attention de ce contractant sur l'importance ou sur certains aspects du contrat

---

<sup>405</sup> P. BRASSEUR, Le formalisme dans la formation des contrats, *Approches de droit comparé*, in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 661.

<sup>406</sup> P. SERLOOTEN, *eod. loc.*, p. 136.

conclu, et de fixer ces points sans équivoque »<sup>407</sup>. Ainsi, dans la catégorie nommée par la doctrine « formalisme de protection », on trouve cette *sous-catégorie*, composée de formes d'information. Autrement dit, le formalisme d'information est l'une des variétés du formalisme de protection<sup>408</sup>.

**367.** Ainsi, l'information fournie au consommateur lui permettra d'exercer son autonomie de la volonté car l'exercice de celle-ci suppose que les contractants connaissent la totalité des dispositions contractuelles et la vérité sur le contenu du contrat. C'est ainsi qu'il faut que l'information soit **vraie** et aussi **complète**<sup>409</sup>.

Plusieurs dispositions du droit français imposent l'obligation d'informer la vérité sur le contrat. L'interdiction de fournir une information mensongère est l'une des premières mesures adoptées par le droit pour protéger la volonté du consommateur. Cette obligation existait avant même la naissance du droit de la consommation. La loi du 1 août 1905 sur les fraudes imposait l'obligation de ne pas tromper le consommateur. Mais c'est la loi Royer du 27 décembre 1973 « qui aujourd'hui constitue le texte essentiel en la matière »<sup>410</sup>.

**368.** La législation actuelle ne considère pas seulement l'interdiction des fraudes et mensonges, elle va plus loin et établit aussi l'obligation de fournir des *informations sincères*. Ainsi l'article L. 330-3 du Code du commerce précise que l'information fournie au franchiseur doit permettre de s'engager *en connaissance de cause* et de recevoir des *informations sincères*. La sincérité supposant l'exactitude de ce qui est révélé, la Cour de cassation<sup>411</sup> a pu dès lors « sanctionner un franchiseur pour avoir fourni au candidat franchisé une étude de marché de mauvaise qualité dont les prévisions ne s'étaient pas réalisées »<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, n° spécial, J. Flour, *Le formalisme*, Defrénois, 15-30 août 2000, p. 882.

<sup>408</sup> Sur le « *quid* du formalisme d'information ou de protection » ; V. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, thèse, Larcier, 2010, p. 282.

<sup>409</sup> P. SERLOOTEN, *eod. loc.*, p. 140.

<sup>410</sup> *Ibid.*

<sup>411</sup> Cass. com., 30 janv. 1996, *JCP G*, 1996, I, 3929, obs., Ch. Jamin.

<sup>412</sup> V. MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP* 2004.I.106, p. 178.

**369.** De plus, il est nécessaire que l'information soit complète. Ainsi, le consommateur doit connaître l'information précise sur l'objet et les conditions générales du contrat<sup>413</sup>. L'exigence des mentions obligatoires ne sont que des obligations pour les professionnels d'inclure dans le contrat autant d'information que possible.

Par exemple, en ce qui concerne le consommateur financier, l'article 312-1-1 du Code monétaire et financier, sur la convention du compte de dépôt, impose l'obligation d'inclure dans la convention écrite « les principales stipulations.... Notamment les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture ».

**370.** En outre, un autre effet du formalisme informatif du droit de la consommation est la réussite dans la préservation de l'intégrité de l'information du contrat.

## §2. La préservation de l'intégrité de l'information

**371.** La particularité du formalisme est qu'en plus d'exiger l'accomplissement de l'obligation d'information, il implique la consécration de cette information sur un support durable et « pérenne ». Ainsi, par exemple l'information objet des mentions obligatoires, outre renseigner le cocontractant sur le contenu du contrat et renforcer son consentement, devra figurer sur un support, le plus souvent matériel et écrit, où reposera l'information et sera protégée contre les risques de perte ou de manquement.

**372.** Les formes informatives du droit de la consommation dotent l'information de stabilité et de durabilité<sup>414</sup>. Ainsi, la consécration de l'information sur un support durable empêche sa modification ou altération

<sup>413</sup> À cette obligation de donner l'information complète sur l'objet du contrat « répondent trois mesures qui ont trait à l'étiquetage, à la qualification des produits et à l'obligation de renseignement qui pèse sur le cocontractant ». V. P. SERLOOTEN, *eod. loc.*, p. 141.

<sup>414</sup> M. FONTAINE, La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, *La preuve, Actes du Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L.*, p. 8 et 9.

postérieure, ce qui est principalement une mesure de protection de la preuve des contractants<sup>415</sup>.

**373.** De plus le formalisme informatif du droit de la consommation, en tant que protecteur de la volonté du consommateur, a aussi un effet de prévention. Doter le consommateur de l'information pertinente du contrat garantit l'exercice de sa liberté contractuelle, et en conséquence le prévient des risques d'erreurs et d'abus dans la conclusion de contrat. Ainsi, le formalisme informatif devient « une technique perfectionnée de prévention »<sup>416</sup>.

## **B. Le développement de l'obligation générale d'information**

**374.** Le développement de l'obligation d'information obéit à la complexité des relations contractuelles contemporaines, le dynamisme dans le procès contractuel et les caractères propres des parties des contrats actuels. Certes, il est pertinent d'étudier quelle est la notion de l'obligation d'information (§1), mais aussi de définir quelles sont la portée et les limites de cette obligation de renseignements (§2).

### §1. La notion de l'obligation générale d'information

**375.** L'information comme un des instruments pour garantir un consentement informé et réfléchi du consommateur, et son utilité en droit contemporain, a favorisé le développement de l'obligation générale d'information.

**376.** Il est important de mentionner que l'on n'approfondira pas trop dans cette thèse le sujet de l'obligation générale d'information car elle ne constitue pas une forme au consentement proprement dite<sup>417</sup>. Pourtant, dans la mesure

---

<sup>415</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 126.

<sup>416</sup> V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 178.

<sup>417</sup> Pour en savoir plus : V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe générale de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 859.

où le formalisme informatif implique l'exercice de l'obligation d'information, et considérant que tant le formalisme informatif que l'obligation générale d'information ont pour but commun la protection du consentement, nous avons réservé ces lignes pour faire allusion au devoir général d'informer, surtout pour identifier le lien qui existe entre l'obligation générale d'information et les formes informatives, ce qui explique que nous nous limiterons à traiter les obligations d'information qui, pour leur extériorisation, impliquent l'observation des formes informatives.

**377.** En droit français l'obligation générale d'information est considérée comme une découverte de la jurisprudence<sup>418</sup>. Cette obligation d'informer remplace la maxime du droit commun qui affirmait que « *sauf obligation légale précise, nul n'était tenu de renseigner son cocontractant* ». Ainsi, « prenant conscience de ce que l'inégalité dans l'information peut, tout autant que l'inégalité économique, nuire à l'équilibre du contrat, sensible aussi à l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir, la jurisprudence a progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leur partenaire »<sup>419</sup>.

Le devoir d'information consiste à informer, donner un avertissement ou faire savoir au cocontractant des circonstances, qualités et situations particulières qui affectent l'objet, le contenu ou les effets du contrat, pour déterminer la décision de contracter dans des conditions qui permettent de satisfaire les intérêts des parties<sup>420</sup>.

**378.** Face à la nécessité de protéger le consentement dans les rapports déséquilibrés, très fréquents en droit actuel, l'obligation d'information vient renforcer les instruments classiques de protection de la volonté comme la

---

<sup>418</sup> Malgré le développement récent de l'obligation générale d'information en droit de la consommation, il ne faut pas oublier que l'obligation d'information est une matière très ancienne et discutée du droit des contrats, depuis l'époque grecque et romaine. C. SALGADO RAMÍREZ, Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo, in *Perspectivas del Derecho del Consumo*, sous la direction de C.-L. Valderrama, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 305.

<sup>419</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 256.

<sup>420</sup> C.-A. CHINCHILLA IMBETT, El deber de información contractual y sus límites, in *Revista Derecho Privado*, n° 21, Universidad Externado de Colombia, 2011, p.329 et 330.

sanction des vices du consentement ou le contrôle des clauses abusives, entre autres.

**379.** Ainsi, le devoir général d'information trouve son fondement et son inspiration dans le principe de la bonne foi. La bonne foi, comme règle de comportement, étend son autorité et son orientation à la totalité du champ contractuel, se transformant ainsi en colonne vertébrale du contrat<sup>421</sup>. En effet, l'obligation d'information a pris appui sur l'article 1134 al. 3 du Code civil qui établit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi.

La doctrine et la jurisprudence colombienne et latino-américaine coïncident à reconnaître que la notion de bonne foi est le fondement du devoir précontractuel d'information. Ainsi, la bonne foi comme norme de comportement est projetée dans tout le parcours contractuel et implique l'obligation pour les parties d'adapter leur comportement aux exigences dérivées des principes de loyauté, honnêteté et intégrité, indispensables dans les relations contractuelles<sup>422</sup>.

**380.** Il faut mentionner aussi les principales raisons du développement de l'obligation générale d'information. Certes le devoir d'information se justifie d'un côté par la nécessité de rééquilibrer l'asymétrie<sup>423</sup> informationnelle des parties au contrat. Cette asymétrie est très évidente lorsque le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur. Dans ce cas on ne peut douter du déséquilibre existant entre les parties dans la connaissance et la compréhension de l'information liée au contrat<sup>424</sup>. Et de l'autre, l'obligation d'information est fondée aussi sur le besoin de renforcer le consentement des

---

<sup>421</sup> M.-L. NEME VILLAREAL, El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, in *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2006, n° 11.

<sup>422</sup> M.-L. NEME VILLAREAL, *eod. loc.*, p. 85.

<sup>423</sup> V. ROPPO, Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo, *Revista de Derecho Privado* n° 20, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 177-223.

<sup>424</sup> En droit colombien, dans les cas des contrats conclus entre professionnels et consommateurs il existe une présomption d'ignorance légitime. Le consommateur est présumé être dans une situation de désinformation par sa seule condition, alors l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel doit être rigoureusement respectée. CSJ, SALA DE CASACION CIVIL, arrêt du 12 janvier 2007, Exp. 0145.

parties dans la mesure où elles doivent connaître l'opération contractuelle à conclure et le contenu des obligations contenues dans le contrat. L'information claire, opportune et transparente donnée au contractant a pour effet de déterminer sa volonté de contracter ou ne pas contracter, et en cas de conclusion du contrat, de contracter dans des conditions favorables aux parties<sup>425</sup>. Ainsi, l'obligation d'information est une garantie de l'autonomie de la volonté et favorise l'égalité entre les contractants et l'équilibre en vue de conquérir la justice contractuelle.

**381.** Alors la question se pose de savoir si l'obligation d'information est un devoir qui doit être accompli lors de l'étape précontractuelle, de la conclusion, ou de l'exécution du contrat<sup>426</sup>. Certes, les obligations d'information qui cherchent à protéger le consentement des parties ont lieu, fondamentalement, au stade précontractuel et contractuel de la formation du contrat<sup>427</sup>.

**382.** En conséquence, le devoir d'informer, à l'époque de l'information, a pris une grande envergure. D'un devoir social, l'obligation d'information est devenue un **devoir juridique**. Par exemple dans le contrat d'achat le vendeur était simplement tenu de donner à l'acheteur l'information relative aux vices cachés de la chose. Aujourd'hui, au contraire, le devoir d'information est plus étendu et intense<sup>428</sup>. En fait il implique, en principe, la fourniture de toute l'information privée en possession du vendeur, qui pourrait intéresser l'acheteur pour renforcer son consentement<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> C.-A. CHINCHILLA IMBETT, *eod. loc.*, p. 331.

<sup>426</sup> Cela pour identifier quelles sont les obligations d'information qui impliquent l'observation des formes informatives. Déterminer si elles se situent au stade précontractuel, de formation du contrat ou d'exécution n'est pas si facile. Dans ce cas particulier, certains auteurs ont proposé des critères chronologiques et fonctionnels. À ce sujet V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992, p. 225.

<sup>427</sup> « La frontière de ces différentes notions, notamment entre les obligations précontractuelle et contractuelle de renseignements, a néanmoins tendance à s'estomper en pratique. De fait, tout en ayant le même objet, certaines obligations peuvent naître avant la conclusion du contrat et se prolonger après celle-ci ». F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 256.

<sup>428</sup> E. RENGIFO GARCÍA, El deber precontractual de información in *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, t. IV, v. 2, éd., Temis, p. 128.

<sup>429</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie le 25 février 2015 codifie ce qui avait été développé à propos du devoir d'information. En effet, l'article 1129 établit que « Celui des contractants qui connaît

**383.** Mais l'obligation d'information doit satisfaire certaines conditions d'existence. Tout d'abord il doit s'agir d'informations pertinentes. Une personne est donc tenue de renseigner son cocontractant lorsqu'elle détient une information pertinente. « On entend par là une information dont la connaissance pour le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions »<sup>430</sup>. Ensuite, il faut que la personne qui se prétend créancier de cette obligation ignore le fait recélé et que cette ignorance soit légitime<sup>431</sup>. « L'ignorance est dite légitime lorsque le devoir de se renseigner qui continue en principe à peser sur chacun est écarté en raison de circonstances particulières »<sup>432</sup>. Dans cette perspective « l'obligation d'information trouve un domaine d'application naturel dans les rapports entre professionnels et consommateurs »<sup>433</sup>.

**384.** En outre, il est pertinent de remarquer la différence qui existe entre les notions d'obligation d'information et l'imposition des règles des formes dans la formation du contrat. Malgré la ressemblance qui existe entre les deux concepts, déterminée par la finalité de protection du consentement poursuivie par les deux, toute obligation d'information n'implique pas nécessairement l'observation des règles de forme. Autrement dit, « les règles relevant de ce formalisme protecteur de la partie faible ne portent pas toutes sur la fourniture à celle-ci des informations nécessaires »<sup>434</sup>.

---

ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui y était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

<sup>430</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 256, p. 258.

<sup>431</sup> Sur les conditions du devoir précontractuel d'informer et sur l'ignorance légitime de l'information : V. F. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 709.

<sup>432</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 256, p. 258.

<sup>433</sup> *Ibid.*

<sup>434</sup> Pour illustrer cette différence, il est utile de mentionner l'exemple du contrat de travail étudié par M. G. Couturier : « En dépit d'une erreur répandue, il n'y a pas de règle générale imposant la forme écrite pour la conclusion de ce contrat. C'est au principe du consensualisme que se réfère, au contraire, le premier alinéa de l'article

C'est ainsi que l'obligation générale d'information doit être considérée comme un instrument qui, en même temps que les exigences de formes, s'efforcent à protéger la volonté de la partie considérée faible. Et on peut affirmer ainsi que, son développement s'est nourri, entre autres, de la tendance marquée de renaissance du formalisme en droit de la consommation.

**385.** En ce sens, il est indispensable de connaître quelle est la portée de l'obligation d'information et, par conséquent, quelles en sont les limites.

## §2. La portée et les limites de l'obligation générale d'information

**386.** La portée de l'obligation a été un sujet du droit des contrats très discuté depuis longtemps et il est difficile de trouver des solutions définitives ou absolues en la matière<sup>435</sup>.

Nous essayerons ici d'exposer quelques critères qui nous permettront de délimiter le champ d'application de l'obligation d'information et ainsi d'en identifier les limites.

**387.** La loi du 17 mars 2014, relative à la consommation a modifié le titre du chapitre Ier du Titre Ier du Livre Ier du Code de la consommation

L. 121-1 du Code du travail. Des règles doivent, en revanche, assurer une information complète du salarié sur le contrat qu'il conclut avec l'employeur. Elles doivent répondre aux exigences d'une directive communautaire (Directive européenne n° 91-553 du 14 octobre 1991) précisément consacrée à « l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail ». La directive énumère longuement (art. 2) les éléments essentiels (concernant le lieu du travail, les caractéristiques de l'emploi et des tâches à accomplir, le début et la fin du contrat, le montant et le paiement de la rémunération, etc.) qui doivent être portés à la connaissance du salarié. Dans ce contexte, la disjonction de l'information due au contractant et de la conclusion du contrat lui-même est particulièrement accentuée. Les informations prescrites n'ont pas à être fournies avant l'embauche ou simultanément à elle ; **elles peuvent encore être fournies par la suite** (deux mois au plus tard après le début du travail). L'information est écrite mais ne passe pas nécessairement par le contrat, elle peut aussi résulter d'une lettre d'engagement ou d'un ou plusieurs autres documents écrits ; à défaut, elle résulte d'une déclaration de l'employeur (art. 3). La directive précise, au demeurant (art. 6), qu'elle ne porte pas atteinte aux législations et/ou pratiques nationales relatives à la forme et à la preuve de l'existence et du contenu du contrat ». G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 886.

<sup>435</sup> C. SALGADO RAMIREZ, *eod. loc.*, p. 306.

désormais intitulé : « Obligation générale d'information précontractuelle ». De plus, elle a renforcé l'exigence d'information qui pèse sur le professionnel<sup>436</sup>.

De plus, le Décret du 17 septembre 2014 « détaille les informations générales que les professionnels, vendeurs de biens ou prestataires de services, doivent communiquer aux consommateurs sur les lieux de vente avant la conclusion d'un contrat ou un acte d'achat, mais aussi préalablement à la conclusion d'un contrat selon une technique de communication à distance ou en dehors d'un établissement commercial. Ces informations sont relatives à leur identité, à leurs activités, aux garanties légales et commerciales, aux fonctionnalités et à l'interopérabilité des contenus numériques et à certaines conditions contractuelles (art. 1er) »<sup>437</sup>.

**388.** Il faut rappeler que le devoir d'information implique l'exigence substantielle d'expression de l'information et de la faire parvenir au destinataire de manière claire, opportune et transparente.

Tout d'abord l'information doit être claire. Ainsi, l'expression de l'information avec clarté implique le devoir de l'exprimer dans un langage sans ambiguïté et sans équivoques pour transmettre au cocontractant le contenu du contrat et lui permettre de bien comprendre l'opération contractuelle à conclure.

**389.** Il faut s'interroger sur la langue dans laquelle il convient de donner l'information, car « le premier élément susceptible de rendre une clause intelligible tient à la langue dans laquelle elle est rédigée »<sup>438</sup>. Certes, le droit français, par la Loi du 4 août 1994, dite Loi Toubon, avait consacré dans son article 2 l'obligation d'utiliser la langue française dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue et les conditions de la garantie d'un bien ou d'un service, ainsi que dans la publicité écrite, parlée ou audiovisuelle<sup>439</sup>. Cette obligation d'utiliser la langue française paraissait être en accord avec la protection du consommateur car en principe il

---

<sup>436</sup> Pour en savoir plus V. Mentions obligatoires *infra* p. 183 et s.

<sup>437</sup> X. Delpech, Information et droit de rétractation des consommateurs : Le décret est paru, *Actualité Dalloz*, 23 septembre 2014, p. 1.

<sup>438</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 261.

<sup>439</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 65.

est logique de penser que le contrat doit être rédigé dans la langue dans laquelle les produits ou services sont offerts.

Cependant, cette certitude a été bouleversée par la Cour de Justice des communautés européennes qui, dans une décision du 12 septembre 2000, a jugé que « les articles 30 du Traité<sup>440</sup> et 14 de la directive 79-112 s'opposent à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures ». Cet arrêt de la Cour de Justice suscite des inquiétudes pour ce qui concerne la protection effective des consommateurs et même pour l'avenir de la langue française<sup>441</sup>.

**390.** En droit colombien les parties ont, en principe, toute liberté d'établir la langue dans laquelle le contrat sera rédigé et le type de langage utilisé pour les relations entre les parties. Ici la question se pose de savoir quelles sont les limites pour les parties dans l'établissement conventionnel de la langue du contrat. Surtout parce que la protection des consommateurs est impliquée dans la mesure où le contractant plus fort de la relation contractuelle peut profiter de l'ignorance du cocontractant pour imposer la rédaction du contrat dans une langue qu'il ne comprend pas<sup>442</sup>.

De façon qu'on considère que le principe de la bonne foi doit guider la liberté des parties au moment d'établir la langue du contrat, dans la mesure où il implique le devoir de ne pas abuser de la position dominante, et aussi parce que la protection de la volonté du consommateur est prioritaire.

**391.** En outre, l'information doit être aussi opportune. Cela veut dire qu'elle doit être communiquée au bon moment pour aider le cocontractant à prendre une décision et à exercer sa liberté contractuelle. Ainsi, pour le contrat

---

<sup>440</sup> L'art. 30, devenu article 28 consacre le principe de libre circulation.

<sup>441</sup> L. BERNARDEAU, Etiquetage et langue française : Les enseignements de l'arrêt Casino, *Contrats, conc. consom*, 2001, chron. n° 10 ; H. CLARET, La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ?, *contrats, conc. consom*, 2001, chron. n° 5.

<sup>442</sup> C. BIANCA, *El contrato*, 2<sup>ème</sup> éd., Trad. Esp. F. Hinestrosa, E. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 186.

d'assurance par exemple, il faut que l'information sur le risque qui va être assuré, soit communiquée avant la conclusion du contrat<sup>443</sup>.

**392.** Et enfin, l'information doit être transparente. Cela veut dire que l'information doit être complète, suffisante et exacte. Complète en relation avec la nécessité de fournir toute l'information pertinente, ce qui implique que, dans le cas du droit de la consommation, le professionnel ne peut négliger de transmettre toute l'information qu'il connaît, et qui pourrait être utile pour former le consentement du consommateur. L'information doit être aussi suffisante, ce qui veut dire que le consommateur doit connaître toutes les caractéristiques les plus importantes du contrat pour prendre une décision raisonnable. De plus, l'information doit être exacte, ce qui se traduit dans l'importance de la véracité de l'information donnée<sup>444</sup>.

**393.** En outre, en ce qui concerne la portée de l'obligation d'information, n'est sans doute pas moins importante la considération des qualités particulières des parties au contrat. Ainsi, les conditions cognitives, sociales, et de fait qui entourent la personne, vont déterminer la portée de l'exigence d'informer. Dans ce sens, l'obligation d'information du professionnel, personne qualifiée dans la relation contractuelle, est très différente de celle du consommateur, qui jouit de la présomption d'ignorance légitime.

Ainsi, la rigueur de l'obligation d'information change en considération de la qualité des personnes. Ce critère subjectif vient renforcer le rétablissement de l'équilibre contractuel.

**394.** Certes, le caractère professionnel d'une des parties au contrat exige aussi le devoir de conseil. Ainsi, si l'un des contractants est un spécialiste, l'obligation d'information doit être accompagnée du devoir de conseil. Le devoir de conseil, outre le devoir d'informer, implique l'obligation

---

<sup>443</sup> A ce sujet la jurisprudence colombienne a déterminé que l'information doit être communiquée au moment où les parties ont encore l'opportunité d'accepter ou de refuser la conclusion du contrat. CSJ, SALA DE CASACION CIVIL, arrêt du 19 mayo de 1999, Magistrat rapporteur M. Carlos Esteban JARAMILLO SCHLOSS.

<sup>444</sup> C.-A. CHINCHILLA, *eod. loc.*, p. 336.

d'avertissement et d'orientation de la partie faible et consiste en une obligation d'information qualifiée et renforcée<sup>445</sup>.

**395.** Cependant, le devoir précontractuel d'information n'est pas absolu. En effet, il est limité par les conséquences du principe de la bonne foi. La bonne foi, en plus d'être le fondement de l'obligation d'information, délimite sa portée.

La doctrine a considéré que les devoirs qui découlent du principe de la bonne foi, et qui déterminent les limites de l'obligation de l'information sont : le devoir de diligence du destinataire de l'information, de droit de réserve et l'interdiction de l'abus du droit.

**396.** L'obligation d'information trouve sa limite dans la diligence du créancier de l'information, c'est-à-dire dans son obligation de s'informer. En conséquence, le créancier de l'information doit chercher à s'informer par ses propres moyens et ainsi conforter son consentement. Du postulat de la bonne foi dérive aussi son devoir de partager cette information avec son cocontractant, et ainsi favoriser les intérêts communs des parties et du contrat. En ce sens, le contractant doit être actif dans le procès de négociation et prendre l'initiative pour s'informer et prendre sa décision. Ici, on trouve la raison d'une des conditions de l'obligation d'information : L'ignorance légitime, déjà exposée ci-dessus<sup>446</sup>.

Il est pertinent de mentionner ici que cette première limite est une conséquence du devoir de solidarité qui existe entre les contractants. Dans les relations contractuelles les parties sont tenues de coopérer à la formation et à l'exécution du contrat<sup>447</sup>.

**397.** Ensuite, le devoir d'information peut être limité aussi par le caractère réservé de l'information. Ainsi, il existe certaines informations qui par leurs caractéristiques de réserve ne peuvent pas être révélées, et un devoir de discrétion est exigé. Il s'agit dans la plupart des cas des informations d'un

---

<sup>445</sup> En droit colombien V. CSJ, SALA DE CASACION CIVIL, arrêt du 12 de janvier 2007, Magistrat rapporteur C.-J. Valencia Copete, exp. 0145.

<sup>446</sup> Sur l'ignorance légitime, v. *supra* n<sup>o</sup>. 393.

<sup>447</sup> J.-L. AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 111.

caractère privilégié, et qui ne peuvent être divulguées pour des raisons d'intérêt public, entre autres.

**398.** Enfin, l'obligation d'information est également limitée par l'interdiction de l'abus du droit. Ainsi, le créancier de l'information ne pourra pas abuser de son droit à être informé. Cet abus peut se présenter dans le cas où une partie demande une information à l'autre en violation de son droit à l'intimité, en violation du secret professionnel, ou simplement quand la partie demande une information qui n'est pas nécessaire pour la conclusion du contrat<sup>448</sup>.

**399.** Par conséquent, malgré les difficultés de la doctrine pour définir la portée et les limites de l'obligation d'information, ces critères qui viennent d'être exposés nous aident un peu pour comprendre le devoir de renseignements.

**400.** Il n'est sans doute pas inutile de rappeler que l'obligation d'information, et plus précisément l'information, est l'un des instruments les plus efficaces du formalisme informatif du droit contemporain pour protéger le consentement des parties, et qui, avec la prévention constituent les plus importantes fonctions du formalisme informatif.

## **Section 2. La prévention : Le formalisme de prévention en droit des contrats**

**401.** Les règles du formalisme informatif ont pour fonction de prévenir les consommateurs sur les risques contenus dans la conclusion des contrats avec des professionnels. Ainsi, la prévention gagne de plus en plus de terrain en droit contemporain des contrats. Il convient donc de savoir avec précision en quoi elle consiste en droit de la consommation (A) et de quelle manière elle joue un rôle dans la prévention des vices du consentement (B).

### **A. La prévention en droit de la consommation**

**402.** Il ne fait aucun doute que le formalisme informatif du droit de la consommation exerce une fonction de prévention. Il est donc pertinent

d'étudier la notion de prévention, d'en préciser le concept et la portée (§1), et d'analyser les risques du consentement, présents dans les rapports de la consommation (§2).

### §1. La notion de prévention

**403.** La prévention peut être définie comme « l'ensemble des mesures et institutions destinées à empêcher -ou au moins à limiter- la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens »<sup>449</sup>.

Précisément, le formalisme informatif consiste à consacrer des mesures préventives pour favoriser l'information des contractants, rééquilibrer leurs positions contractuelles et ainsi leur éviter la conclusion de contrats abusifs ou avec un consentement vicié.

**404.** Il faut préciser que la notion de prévention comme fonction du formalisme informatif, objet d'étude de cette section, est différente de la notion du principe de précaution. Selon certains auteurs, la prévention fait allusion à des risques vérifiés. Par contre, la précaution fait référence à des risques potentiels. La prévention se présente dans le cas où les dommages sont causés par des risques pleinement vérifiés, c'est-à-dire, dont l'existence a été démontrée<sup>450</sup>.

**405.** Malgré sa complexité et sa subtilité, la prévention est une des finalités poursuivies par le droit civil des contrats. L'effort de prévention est une réalité en droit contemporain et, comme tout, a des conséquences, parfois positives et parfois négatives. « Le droit a toujours entendu exercer un rôle préventif, c'est-à-dire empêcher l'accomplissement d'actes illicites ou de faits dommageables. Il le fait de plus en plus : notre société est chaque jour davantage une société de protection, au détriment de la libre prise de risques

<sup>448</sup> C.-A. CHINCHILLA, *op. cit.*, p. 347.

<sup>449</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique, déjà cité*, p. 669.

<sup>450</sup> M.-I. TRONCOSO, *El principio de precaución y la responsabilidad civil*, in *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n<sup>o</sup>. 18, 2010, p. 209.

par les individus, ce qui la rend fragile : l'effet prophylactique produit des effets pervers »<sup>451</sup>.

Plus précisément la prévention est l'un des objectifs recherchés par la loi, et certainement une finalité évidente pour le législateur qui impose les exigences du formalisme informatif et s'efforce de protéger la partie réputée faible dans les contrats de la consommation.

**406.** En outre, la prévention n'est pas seulement l'un des objectifs recherchés par la législation mais une des finalités voulues par les parties dans la conclusion du contrat.

Certes, la conclusion du contrat est la période la plus favorable pour les parties pour prévoir les conséquences de leur accord, et par conséquent, la phase la plus opportune pour qu'elles préviennent, à travers ses clauses, les risques éventuels du contrat. Ainsi, le contrat reste l'espace le plus favorable pour tout prévoir et tout prévenir.

**407.** Ainsi, le droit de la consommation, avec le formalisme informatif est un « droit de protection qui exerce ainsi un effet prophylactique, dissuadant par des procédés indirects le professionnel d'exploiter le consommateur »<sup>452</sup>. En effet, le formalisme informatif poursuit l'objectif de la prise de conscience pour les parties du contenu et de la portée du contrat. Les mentions obligatoires ont pour but d'avertir le consommateur des risques incorporés dans le contenu du contrat et ainsi d'attirer son attention pour le prévenir contre les erreurs<sup>453</sup>.

Certes, les règles de forme du formalisme informatif ne consistent pas uniquement dans la fourniture d'information. Certaines règles de forme cherchent à assurer la simple compréhension des clauses contractuelles et se limitent à assurer, ou à tenter d'assurer, la perception du contenu du contrat<sup>454</sup>.

A cet effet l'art. 133-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la consommation établit que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou

<sup>451</sup> Ph. MALAURIE, L'effet prophylactique du droit civil, *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 671.

<sup>452</sup> Ph. MALAURIE, *eod. loc.*, p. 669.

<sup>453</sup> L. AYNES, Formalisme et prévention, in *le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 63.

<sup>454</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions su formalisme, *Deffrénois* n°. 15-16/00, p. 888.

aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». Cette règle de forme, qui impose la dite obligation de clarté, n'impose pas précisément une obligation d'information particulière au professionnel, mais veut qu'il soit le plus transparent possible, afin que le contrat soit maîtrisable pour le profane, sujet de la protection.

**408.** En outre, le droit de la consommation obéit notamment à une politique de prévention à travers la protection contre les clauses abusives. « Malgré son caractère fou, cette panoplie de mesures produit par elle-même un effet dissuasif, sans avoir à être sanctionnée par une décision judiciaire ou par un acte administratif : le calcul de la loi est que le professionnel ne pratiquera plus ce genre de clause dans ses rapports avec un consommateur ; le caractère prophylactique de la loi se mêle de pédagogie, comme la médecine prophylactique contemporaine »<sup>455</sup>.

**409.** Par conséquent, il est certain que les règles du formalisme informatif ont pour fonction de prévenir la partie présumée faible des risques contractuels lors de la conclusion des contrats. Ainsi, la prévention est une finalité qui gagne de plus en plus de terrain en droit contemporain des contrats<sup>456</sup>.

En effet, le formalisme du droit contemporain, à la différence du formalisme classique qui donnait vie à l'engagement, a pour but principal la protection du consentement des parties. Cette protection se caractérise par le désir d'éviter que la partie faible ne conclue des contrats déséquilibrés ou abusifs. Ainsi, le formalisme informatif plutôt que de sanctionner *a posteriori* les vices du consentement, met en place un ensemble de dispositions qui tend à les prévenir. On pourrait affirmer que les formes informatives sont des « mesures préventives qui ont pour but de favoriser l'information et réflexion des contractants »<sup>457</sup>.

Guidé par la maxime qui dit qu'il *vaut mieux prévenir que guérir*, le droit joue un rôle *prophylactique*<sup>458</sup> dans la société. Le droit veut diriger les

---

<sup>455</sup> Ph. MALAURIE, L'effet prophylactique du droit civil, *eod. loc.*, p. 679.

<sup>456</sup> Non seulement en droit des contrats mais aussi en matière de droit pénal, droit de la famille, droit de la concurrence. Y compris la prévention dans le développement de la médecine. V. Ph. MALAURIE, *ibid.*, p. 673.

<sup>457</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 254.

<sup>458</sup> Ph. Malaurie explique la différence entre les effets prophylactiques et préventifs. Pour lui l'effet prophylactique du droit « parvient à la prévention par des moyens moins directs, tandis que la prévention opère par des moyens directs. V. Ph. MALAURIE, *eod. loc.*, p. 669.

comportements des hommes afin de les protéger contre les risques de la société<sup>459</sup>.

**410.** Dans ce sens, la fonction de prévention du formalisme informatif est exercée en raison de l'existence des risques pour la volonté, trouvés dans l'environnement consumériste. Ces risques sont variés et, dans les pages suivantes, nous étudierons quels sont les risques présents dans les rapports de la consommation.

## §2. Les risques du consentement dans les rapports de la consommation

**411.** Comme nous venons de l'exposer, les parties peuvent prévoir et prévenir la réalisation de certains risques qui semblent évidents dans la conclusion du contrat. Mais, dans ce cas, qu'est-ce qu'un risque ? Selon J.-M. Mousseron « par « risque » nous entendrons, alors, considérée en état d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues »<sup>460</sup>. Dans ce sens le risque peut être compris comme l'inobtention des bénéfices prévus de l'opération économique voulue par les parties<sup>461</sup>.

**412.** De même, avant de commencer à étudier les risques propres aux rapports de la consommation il faut répondre à une autre question : s'agit-il de la prévention des risques des dommages ou de la prévention des dommages ? Pour certains auteurs, il y aurait une confusion entre l'objet et la méthode de la prévention. « Son objet constitue le dommage et, pour y parvenir, la meilleure

<sup>459</sup> En effet, le principe de précaution exerce une influence de plus en plus remarquable dans le droit en général, après s'être tout d'abord développé dans le domaine du droit de l'environnement et de la santé. Le principe de précaution est une véritable règle juridique, contenant ses propres conditions d'application. Il s'agit alors d'une règle juridique tournée vers l'évitement de certains dommages et non vers la sanction d'une faute classique. Pour en savoir plus V. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse, LGDJ, 2005.

<sup>460</sup> J.-M. MOUSSERONIN, La gestion des risques par le contrat : *RTD civ.* 1988, p. 481, n° 2.

<sup>461</sup> S. PELLET, Les clauses de prévention des risques, *JCP N, Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 21, 22 Mai 2015, p. 36.

méthode est de s'attaquer aux risques : tout doit être fait pour que les risques ne provoquent pas de dommages trop graves »<sup>462</sup>.

**413.** Il faut souligner que dans les rapports de la consommation on peut grouper les risques en deux catégories. D'un côté il y a des risques qui mettent en danger le consentement du contrat, et de l'autre des risques habituels d'inexécution ou de rupture, inhérents à tout type de contrat. Ainsi, le formalisme informatif peut exercer une fonction directe ou indirecte dans la prévention des risques.

**414.** Tout d'abord, le formalisme informatif exerce une fonction directe de prévention des risques par rapport au premier groupe, c'est-à-dire aux risques liés au consentement. Dans ce sens, le formalisme informatif essaie d'éviter la conclusion des contrats irréfléchis, abusifs et viciés. La fonction **préventive directe** du formalisme informatif est donc liée à la protection et au renforcement du consentement contractuel.

**415.** Mais aussi, pour le deuxième groupe le formalisme informatif exerce une fonction de **prévention indirecte** des risques vérifiés du contrat, en ce qui concerne tous les risques qui peuvent se présenter dans le processus contractuel, à savoir, entre autres, l'inexécution totale ou partielle du contrat, la rupture ou la simple inobtention des bénéfices attendus du contrat.

En effet, la protection du consentement, finalité du formalisme informatif, ne cherche pas seulement à éviter un consentement irréfléchi, ou un contrat déséquilibré, mais aussi à prévenir l'arrivée de risques non voulus par les parties et allant au détriment de leur patrimoine. On précisera que les risques qui seront l'objet central de ce paragraphe, sont principalement les risques qui mettent en péril l'obtention d'un consentement libre et réfléchi, apte pour former le contrat.

**416.** Étant donné l'asymétrie informationnelle et le déséquilibre contractuel des rapports de la consommation, le législateur prend des mesures afin de prévenir les fraudes et les abus éventuels dans le contrat.

La faiblesse d'une partie et son déficit informationnel, plus précisément celui du consommateur, peuvent conduire à la conclusion de contrats abusifs. « Ce déséquilibre est, on le conçoit sans peine, de nature à favoriser les abus dans le chef de la partie la plus puissante. Ceux-ci consistent par exemple à

---

<sup>462</sup> M. BOUTONNET, *op. cit.*, p. 342.

imposer des conditions contractuelles totalement déséquilibrées. On peut imaginer qu'en raison d'une vulnérabilité particulière (d'ordre financier ou psychologique, par exemple) la partie faible accepte de contracter à n'importe quelle condition. Son cocontractant pourrait profiter de cette situation pour omettre volontairement certaines clauses ou pour indiquer une date ou lieu de conclusion du contrat qui ne correspond pas à la réalité »<sup>463</sup>.

**417.** Dans cet esprit, la faiblesse inhérente à l'une des parties au contrat, et son infériorité informationnelle sont la cause de presque tous les risques du consentement dans les rapports de la consommation. Cette infériorité peut être considérée comme « la faiblesse du cocontractant dont l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat, s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs »<sup>464</sup>. Cette faiblesse résulte d'une méconnaissance des éléments de fait ou de droit des rapports contractuels. Le formalisme informatif cherche donc à rééquilibrer la relation contractuelle en combattant le manque de connaissance et ainsi d'éviter la conclusion d'un contrat déséquilibré.

**418.** La désinformation d'un des contractants peut être la cause de l'insertion dans le contrat de clauses abusives et déséquilibrées. Dans la définition générale de clauses abusives de l'article 132-1 du Code de la consommation on peut trouver le risque ou le dommage que la loi de la consommation prétend éviter.

Les clauses abusives sont définies comme les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. Dans ce sens, ce que la loi prétend éviter est la création d'un déséquilibre significatif au détriment de la partie faible au contrat.

La désinformation d'une des parties favorise la conclusion de contrats abusifs et les fraudes. « Il est en effet plus facile d'imposer des conditions déséquilibrées à un cocontractant qui, par manque de connaissance, n'a pas

<sup>463</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 174.

<sup>464</sup> M. FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapports de Synthèse), in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-Belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), Paris LGDJ, 1996, p. 615.

conscience des conséquences défavorables qui pourraient résulter de telle clause ou de telle autre »<sup>465</sup>.

**419.** De plus, le formalisme informatif a pour finalité la préservation de l'intégrité de l'information<sup>466</sup>. Ainsi l'exigence des mentions obligatoires en matière de droit de la consommation, par exemple, cherche, entre autres, à préserver l'intégrité de l'information consacrée dans le contrat.

Il ne fait aucun doute que la préservation de l'intégrité de l'information confirme la fonction préventive du formalisme informatif. En effet, l'écrit même est un mécanisme de préservation de l'information et en même temps de prévision et de prévention<sup>467</sup>.

**420.** En outre, les contrats du commerce électronique impliquent des risques majeurs car ils sont, dans la plupart des cas, des contrats conclus à distance. Ainsi, le droit prétend protéger les consommateurs électroniques contre la conclusion de contrats abusifs et excessifs. Les règles du formalisme électronique<sup>468</sup> veulent éviter que le plaisir d'un *clic de souris* supprime l'instant de réflexion, indispensable pour la conclusion du contrat<sup>469</sup>.

D'ailleurs, la Directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance établit au 13<sup>e</sup> article « *que l'information diffusée par certaines technologies électroniques a souvent un caractère éphémère dans la mesure où elle n'est pas reçue sur un support durable ; qu'il est nécessaire que le consommateur reçoive par écrit, en temps utile, des informations nécessaires à la bonne exécution du contrat* ».

**421.** Par conséquent, on ne peut pas douter de l'importance de la fonction préventive du formalisme informatif en droit de la consommation. En effet, il impose aux parties l'obligation légale d'introduire dans le contrat des clauses de prévention des risques<sup>470</sup>. On pourrait ainsi affirmer que les clauses qui

<sup>465</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 175.

<sup>466</sup> Sur la notion d'intégrité de l'information, V. *supra* n°. 93. Pour en savoir plus V. H. JACQUEMIN, p. 121 et s.

<sup>467</sup> Sur les fonctions de l'écrit, V. *supra* n°. 93 et 94.

<sup>468</sup> Sur les formes électroniques: V. *supra*, n°. 125 et s.

<sup>469</sup> L. GRYNBAUM, Loi d'économie numérique: Le sacre des égalités formelles, *RDC*, avril 2005.

<sup>470</sup> Sur les clauses de prévention des risques, V. S. PELLET, *eod. loc.*, p. 35.

introduisent dans le contrat les formes informatives exigées par la loi, sont des clauses qui préviennent des risques liés au consentement des parties, c'est-à-dire, des clauses de prévention des risques.

**422.** De la sorte, on peut affirmer qu'il ne fait aucun doute que les règles du formalisme informatif obéissent à l'esprit de prévention et orientent le droit contemporain des contrats. Mais on peut également constater que l'augmentation des règles légales du formalisme informatif est la conséquence de l'interventionnisme de l'Etat, qui obéit aux principes et valeurs propres du droit contemporain des contrats, comme la prévention.

**423.** Ainsi, il est évident que la prévention joue un rôle fondamental dans la protection du consentement des parties. Sans doute, pourrait-on trouver dans la théorie des vices du consentement le fondement contemporain de la prévention et de la protection de la volonté dans les rapports de la consommation, mais aussi l'expliquer par l'allongement de la liste des risques à éviter dans les contrats avec les consommateurs.

## **B. La prévention des vices du consentement**

**424.** Après avoir étudié la notion de prévention en droit des contrats et les risques propres aux rapports de la consommation, il faut maintenant aborder le sujet relatif aux vices du consentement comme risques dans la conclusion des contrats de la consommation. Pour étudier la prévention des risques du consentement il est donc pertinent de commencer par les critiques à la théorie classique des vices du consentement (§1) avant de considérer le fondement de la prévention des risques de la consommation (§2).

## §1. Analyse critique de la théorie classique des vices de la volonté (comme mesure curative)

**425.** Pour la validité de l'acte, une volonté saine est indispensable, c'est-à-dire, libre des vices qui détruisent la liberté et la conscience de la partie, éléments indispensables pour attribuer à la volonté le pouvoir de créer, modifier ou éteindre des relations juridiques<sup>471</sup>.

**426.** En effet, le consentement propre à former le lien contractuel doit revêtir certaines qualités particulières. Il faut consentir en pleine connaissance de cause et librement. Le Code civil français dans son article 1109 énonce cette exigence sous une forme négative. Alors le contrat ne sera pas valable *si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol*.

Ainsi, « si un contractant se représente de manière erronée les éléments de l'opération projetée, son consentement ne sera pas lucide, puisqu'il se sera déterminé sur des données inexactes. L'erreur qui est à l'origine de ce défaut de lucidité peut être spontanée ou provoquée. Dans le premier cas, on parle d'*erreur* au sens stricte, dans le second cas de *dol* »<sup>472</sup>. De plus, si le contractant est soumis à des pressions et que ces pressions altèrent sa volonté individuelle, on est en présence de la *violence* comme vice du consentement.

**427.** Il existe deux manières de protéger le consentement ou la lucidité de la volonté humaine : une première manière *curative*, traditionnelle, qui protège le consentement au moment de la conclusion du contrat et entraîne l'annulation de l'acte juridique. Et une autre manière *préventive*, plus fréquente en droit actuel et qui cherche à informer suffisamment les parties sur la nature et les effets du contrat, particulièrement dans les contrats conclus entre professionnels et profanes. Dans ce système préventif la loi impose à la partie réputée plus forte l'obligation d'informer son cocontractant de l'objet du contrat et des mesures pour rééquilibrer les forces du contrat<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del Negocio Jurídico*, éd. Temis, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.

<sup>472</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°. 205.

<sup>473</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones, El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, p. 918.

Pour protéger le consentement des parties le Code civil a privilégié les mesures *curatives*. Le contrat peut être annulé s'il émane d'une personne incapable de comprendre la portée de ses actes, ou si sa volonté a été viciée par erreur, dol ou violence. Alors les vices du consentement sont traditionnellement étudiés comme des mesures curatives de la volonté contractuelle.

**428.** En principe, la conséquence directe du vice de la volonté est l'annulation de l'acte juridique. Spécifiquement il s'agit d'une nullité relative que peut demander la victime, directement affectée par le vice. En matière de vices du consentement il n'existe pas vraiment une atteinte à un intérêt public.

Cette nullité pourrait être partielle ou totale en considération de la portée du vice. Donc, si le vice affecte tout l'objet du contrat la nullité sera totale, mais au contraire, si le vice affecte partiellement l'objet du contrat, la sanction sera la nullité partielle du contrat.

**429.** Cependant, il est questionnable que, par rapport au phénomène contemporain des contrats de masse, et les millions des contrats annuellement conclus, les affaires de protection de la volonté par l'existence de vices du consentement soient dérisoires.

En droit colombien il n'existe pas beaucoup de jurisprudence sur le sujet des vices du consentement. Les arrêts qui ont pour objet l'étude des vices du consentement et la protection de la volonté par la nullité du contrat pour la présence de vices du consentement sont très rares.

En effet, la théorie classique des vices du consentement a été durement questionnée. Les critiques de plusieurs auteurs coïncident pour affirmer que « la théorie des vices du consentement n'offre qu'un rendement social médiocre »<sup>474</sup>. C'est une méthode de protection à *posteriori*, qui nécessite une action en justice. Dans ce sens elle apparaît peu adaptée au phénomène contractuel de masse.

**430.** Face à ces enjeux la jurisprudence, et plus récemment le législateur, tentent de protéger le consommateur par des mesures *préventives*. De plus en plus, la politique préventive des vices de la volonté gagne du terrain en droit contemporain, spécialement en matière du droit de la consommation.

---

<sup>474</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 208.

En effet, le droit de la consommation a introduit des mesures pour garantir l'information complète et opportune, l'exigence du délai de réflexion et du délai de rétractation<sup>475</sup>.

Autrement dit, « le développement de la société de consommation a incité le législateur à protéger les consommateurs. La séduction qu'elle exerce, notamment au moyen de la publicité, a pour conséquence que le consommateur se transforme en acquéreur ou en emprunteur, presque sans s'en rendre compte »<sup>476</sup>. C'est pourquoi le législateur contemporain est intervenu pour protéger les parties et éviter la conclusion des contrats irréflechis ou avec un consentement vicié.

**431.** Dans ce sens, face aux nouveaux défis du droit contemporain et à l'inefficacité des sanctions classiques contre les vices du consentement<sup>477</sup>, le droit s'est plutôt penché sur la prévention comme mécanisme de protection de la volonté contractuelle. « De fait, il apparaît que la prévention vise à reléguer la sanction aux confins du droit et lui accorde une fonction principalement comminatoire »<sup>478</sup>.

Ainsi, il n'est pas difficile de constater que, dans la majorité des cas, ces exigences de caractère préventif sont des applications du formalisme informatif. De sorte que l'on peut affirmer que le formalisme informatif est l'instrument le plus important du droit contemporain de prévention des vices de la volonté.

Cela car la plupart des mesures de prévention consistent dans l'obligation pour les parties d'informer leur cocontractant et ainsi de renforcer le consentement au contrat, surtout en ce qui concerne les contrats du droit de la consommation.

---

<sup>475</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, Negocio Jurídico, op. cit.*, p. 929.

<sup>476</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., p. 257.

<sup>477</sup> De plus, il faut remarquer que la tendance actuelle consiste à rechercher des solutions différentes à la nullité de l'acte et dans la préservation du contrat et de l'économie de l'opération contractuelle.

<sup>478</sup> V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 178.

Certes, « le formalisme informatif se verrait accorder un rôle préventif très fort, engendrant une sécurité juridique à toute épreuve qui n'est pas sans rappeler celles conférée aux effets de commerce »<sup>479</sup>.

**432.** Alors la fonction préventive du formalisme informatif est évidente lors de la protection du consommateur contre les vices du consentement. Cette tendance du droit contemporain, consistant à privilégier les mesures préventives sur les mesures curatives, nous permet de remarquer la nécessité d'un renouvellement de la théorie classique des vices du consentement, afin de la mettre en accord avec la dynamique contractuelle contemporaine.

En fait, il y a même des auteurs qui proclament le bien-fondé de l'exclusion de la théorie des vices du consentement<sup>480</sup> car le respect des obligations légales d'information exclut tout recours à la notion de vices du consentement<sup>481</sup>. De cette façon le respect du formalisme informatif peut exclure toute discussion ultérieure sur l'intégrité du consentement<sup>482</sup>.

**433.** Nous étudierons maintenant le rôle contemporain de la théorie des vices du consentement en droit de la consommation.

## §2. Les vices du consentement : fondement de la prévention des risques de la consommation

**434.** Le formalisme informatif est un instrument de prévention de la concrétisation des risques contractuels en droit de la consommation. En effet, le non-respect de formes du formalisme informatif peut entraîner des vices de la volonté de la partie réputée faible.

Compte tenu des fonctions des formes informatives, « elles permettent notamment d'extérioriser une information, pour garantir un consentement éclairé. A titre préventif, elles contribuent ainsi à réduire les risques d'erreur

---

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> V. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses Universitaires D'Aix- Marseille- Puam. 2002. p. 422.

<sup>481</sup> A propos du sujet sur la confusion entre l'*instrumentum* et le *negotium* et la possibilité d'absorption du fond par la forme, V. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921, 95, n° 202.

<sup>482</sup> Telle semble être la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 14 juin 1989. V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 1989, *Bull. civ.* I, n° 240 ; *D.*1989, inf. Rap. 208; *D.* 1989, *somm.* 338, obs. J.-L. Aubert ; *JCP G*, 1991, II, 21 632, note G. Virassamy.

dans le chef de la partie faible (erreur résultant en l'occurrence d'un manque d'information) »<sup>483</sup>.

Les formes informatives ont pour but d'informer le contractant et ainsi de former un consentement intègre et réfléchi. Certes, « si l'on peut douter qu'en présence d'un consommateur éclairé au regard des exigences du droit de la consommation subsiste la possibilité d'un débat sur le fond, concernant l'intégrité du consentement, c'est tout simplement parce que le respect des obligations de renseignement conduit a priori à considérer que le consommateur a été informé des éléments essentiels du contrat »<sup>484</sup>.

Ainsi, si les formes du formalisme informatif sont respectées il est pratiquement impossible de prétendre que le consommateur soit victime d'erreur car il a été informé. Cependant, il est encore possible de questionner le consentement en invoquant le dol et la violence<sup>485</sup>.

**435.** Il existe une propension particulière du consommateur d'être confronté à des vices du consentement. En raison de sa désinformation et de sa position de faiblesse il est plus proche d'être induit en erreur dans la conclusion du contrat, ou de céder face à la violence du cocontractant<sup>486</sup>. Dans ce sens on peut affirmer que les vices du consentement sont des risques probables, dérivés du déséquilibre contractuel propre du droit de la consommation.

**436.** L'erreur consiste en une représentation fautive ou inexacte de la réalité qui peut être la conséquence d'une mauvaise représentation<sup>487</sup>. Dans ce cas elle peut entraîner l'annulation du contrat, mais elle doit porter sur les qualités

<sup>483</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 459.

<sup>484</sup> N. RZEPECKI, *op. cit.*, p. 417.

<sup>485</sup> Par ex. Versailles, 8 juillet 1994, *RTD civ.*, 1995.97, obs. J. Mestre.

<sup>486</sup> A propos de la violence comme vice du consentement le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie le 25 février 2015 consacre l'abus de la faiblesse comme une modalité de violence économique, ainsi : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ».

<sup>487</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, déjà cité. V. erreur.

substantielles de l'objet du contrat, elle est commune à toutes les parties et est excusable. Ces conditions doivent être appréciées *in concreto*<sup>488</sup>.

En effet, « s'il existe une obligation d'information à charge de l'un des cocontractants, *a fortiori* lorsqu'elle est prescrite par la loi ; c'est parce que, de manière générale, le législateur estime que le débiteur de cette information est susceptible de commettre une erreur s'il n'est pas correctement informé »<sup>489</sup>. La violation de cette obligation d'information peut entraîner une erreur dans la volonté du cocontractant.

**437.** Le dol peut entraîner aussi la nullité du contrat. A la différence de l'erreur, le dol est une erreur délibérément provoquée par le cocontractant, et qui implique une volonté de tromper. Dans le dol, l'erreur ne provient pas d'un manque de connaissance intrinsèque de la partie, mais d'une cause externe, et d'activités déloyales du cocontractant<sup>490</sup>. Le consentement sera vicié par dol lorsque le cocontractant usera de comportements délibérés pour tromper son cocontractant.

**438.** Cependant, dans le cas où le professionnel omet quelque information, c'est-à-dire qu'il manque à son obligation d'information, il faut préciser si dans ce cas le consentement est vicié par erreur ou par dol<sup>491</sup>.

Alors se pose la question des conséquences du silence des contractants. Sur ce sujet, il faut préciser que dans le cas où le professionnel manque à son obligation d'information on est en présence d'une réticence dolosive ; le vice du consentement sera donc le dol et non pas l'erreur.

En effet le silence peut être considéré comme une cause directe de l'erreur du cocontractant. En conséquence le silence n'a pas besoin d'être accompagné de fraudes ou de tromperies de la part du professionnel, le silence à lui seul constitue le dol<sup>492</sup>.

En effet, « il y a réticence dolosive lorsqu'en raison de la loi (notamment), une personne avait l'obligation de parler, pour communiquer diverses

---

<sup>488</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 211.

<sup>489</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 460.

<sup>490</sup> J.-F. NAVIA REVOLLO, *La reticencia como forma de dolo-vicio de la voluntad*, thèse, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 168.

<sup>491</sup> Sur le dol en cas de méconnaissance d'une obligation d'information, V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 284.

<sup>492</sup> J.-F. NAVIA REVOLLO, *op. cit.*, p. 169.

informations, mais s'est abstenue de le faire. Telle est précisément l'hypothèse : de nombreuses formes de protection de la partie faible sont prescrites par une disposition légale particulière et elles ont pour fonction principale d'extérioriser une information. Si le cocontractant, la partie faible, omet volontairement diverses mentions pourtant prescrites par la loi ou n'établit pas l'*instrumentum* requis, on pourrait considérer qu'il est l'auteur de manœuvres dolosives »<sup>493</sup>.

**439.** Même si la théorie des vices du consentement se montre adaptée aux rapports de la consommation, il ne faut pas oublier l'absence d'intérêt pratique de demander la nullité du contrat comme conséquence de la présence de vices du consentement.

Pour obtenir l'annulation pour erreur par exemple, la partie faible doit démontrer que la méconnaissance des formes a engendré une représentation erronée de la réalité. Dans le cas du dol, la partie faible doit prouver l'intention dolosive du cocontractant. Dans ce cas, la nullité pour sanctionner l'inobservation des formes ne trouve pas d'écho en jurisprudence<sup>494</sup>.

**440.** Dans ce sens, il est évident que les vices du consentement sont des risques plausibles dans les rapports de la consommation. Mais, étant donnée les difficultés de la nullité comme sanction pour les vices du consentement, on peut affirmer que la théorie des vices du consentement constitue, plutôt qu'une alternative curative des difficultés du consentement, un catalogue non exhaustif des risques propres aux contrats de la consommation.

Ainsi, la théorie des vices du consentement sert de fondement à la prévention des risques de la consommation et le formalisme informatif est l'instrument le plus efficace du droit des contrats pour prévenir ces risques. Autrement dit, « les exigences légales tendant à favoriser l'existence d'un consentement éclairé et réfléchi chez le consommateur devaient être confinées dans le rôle préventif. En conséquence, leur respect ne s'opposait pas à ce que le consommateur puisse par la suite se plaindre d'un vice du consentement, même si l'on pronostiquait une raréfaction de ce type d'action »<sup>495</sup>.

---

<sup>493</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 461.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 464.

<sup>495</sup> N. RZEPECKI, *op. cit.*, p. 429.

**441.** Ainsi, on peut conclure que tant la prévention que l'information propres du droit de la consommation servent à combattre les déséquilibres évidents des contrats contemporains pour le bénéfice des consommateurs.

**442.** Laissant de côté l'information et la prévention comme fonctions du formalisme informatif du droit de la consommation, passons maintenant à l'étude de la portée du formalisme informatif.

## **TITRE II LA PORTEE DU FORMALISME INFORMATIF**

**443.** Les formes informatives ou d'information du droit de la consommation imposent aux parties le devoir de fournir au cocontractant toute l'information essentielle du contrat en vue d'éviter des engagements à la légère et sans connaissance de cause (chapitre 1). Dans cette perspective le formalisme informatif est délibérément orienté vers la protection du consentement, mais l'efficacité de cette défense de la volonté dépend directement de la force du formalisme informatif (chapitre 2).

## CHAPITRE 1.

### LES FORMES LEGALES DU DROIT DE LA CONSOMMATION

444. Classifier les différentes formes présente l'intérêt d'identifier des catégories et met en évidence l'élément caractéristique qui les distingue les unes des autres<sup>496</sup>. Face à la multiplicité des formes de protection en droit contemporain des contrats, le critère retenu pour classifier les formes de protection imposées au contenu du contrat est celui de la fonction qu'elle exerce pour protéger le consentement des parties<sup>497</sup>.

445. La fonction des formes informatives consiste à fournir l'information pertinente pour le contrat. Il s'agit donc d'une fonction d'information<sup>498</sup>.

Toutefois, le formalisme informatif a pour but de garantir un engagement en connaissance de cause après une lecture attentive et consciente du contrat, indépendamment de la matière du droit où les formes informatives ont lieu ou de la sanction prévue en cas du non-respect de la forme légale.

446. Dans ce sens, on va désormais identifier les formes du droit contemporain dont la fonction est de proposer au cocontractant l'information nécessaire pour mener à un consentement sain et réfléchi. Ainsi, dans les pages suivantes, nous allons considérer les manifestations les plus remarquables du formalisme informatif contemporain : Des mentions obligatoires comme forme au contenu du contrat (section 1) et des mécanismes complémentaires du formalisme contemporain qui cherchent à protéger la volonté contractuelle (section 2).

#### **Section 1. Des mentions obligatoires**

---

<sup>496</sup> X. LAGARDE, *eod. loc.*, p.207.

<sup>497</sup> Il faut distinguer entre les notions de finalité de la forme et fonction de la forme, différence exposée de manière claire dans la thèse de M. H. Jacquemin : « La fonction d'une règle de forme désigne les qualités que celle-ci possède de manière intrinsèque, indépendamment des finalités que l'on cherche à atteindre par ailleurs. Par exemple, la fonction - le rôle- d'une mention est d'énoncer une information. L'objectif d'une règle de forme désigne le but précis que le législateur cherche à atteindre en imposant celle-ci, compte tenu de ses fonctions ». H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 18.

<sup>498</sup> Sur l'information comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* n° 372.

447. Nous étudierons d'abord la notion des mentions obligatoires (A), et ensuite les particularités et exigences particulières des mentions obligatoires du droit de la consommation (B).

### A. La notion des mentions obligatoires

448. Les mentions obligatoires sont des formes employées par le législateur contemporain pour protéger la volonté individuelle. En ce sens la recherche d'une notion des mentions obligatoires résulte très opportune. Nous commencerons par une approche du concept des mentions obligatoires (§1) et continuerons par l'étude de la notion des mentions obligatoires face au principe de liberté contractuelle (§2).

#### §1. Une approche du concept des mentions obligatoires

449. Dans le droit contemporain des contrats, on trouve diverses manifestations de l'écrit comme forme du contrat. En effet, l'écrit continue d'être la forme la plus répandue en matière contractuelle. En droit actuel, l'écrit exerce une fonction informative<sup>499</sup>. De plus, avec le développement des échanges électroniques, l'écrit sous forme électronique apparaît comme une nouvelle présentation de l'écrit, traditionnellement présenté sur support papier<sup>500</sup>.

450. Tout d'abord, il faut mentionner que l'écrit est le support par excellence pour le développement de ce qu'on avait appelé le *formalisme informatif*. L'exigence ayant trait à l'ajout d'information contenue dans le contrat en vue de protéger les parties, repose sur la possibilité de consigner cette information, dans la plupart des cas, dans un document écrit. Ainsi, l'écrit sert à la fois comme support pour matérialiser les mentions obligatoires,

---

<sup>499</sup> En fortifiant ainsi le groupe des formes informatives, en plein essor en droit contemporain des contrats.

<sup>500</sup> Arrêt de la Cour de cassation française du 2 décembre 1997 : « L'écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées ». (*D.*, 1998, p. 192, note D.R. Martin.)

et est aussi une forme indépendante en soi<sup>501</sup>. On pourrait affirmer que l'exigence d'inclure des mentions obligatoires implique, à la fois et indirectement, l'obligation de faire consigner le contenu du contrat, dans un document écrit.

Ainsi, les mentions, formes en elles-mêmes, impliquent aussi l'utilisation d'une autre forme : l'écrit. Sur la relation qui existe entre les mentions et l'écrit comme formes distinctes contemporaines de protection de la volonté, M. Gérard Couturier a écrit : « On observe que les mentions informatives supposent la rédaction d'un écrit qui leur sert de support matériel, ce qui incite à conclure que les mentions informatives supposent un écrit qui est exigé à peine de nullité »<sup>502</sup>.

**451.** Mais on peut quand même trouver des dispositions normatives propres du formalisme informatif qui consacrent l'écrit classique, en soi, comme forme indépendante de protection de la volonté du consommateur. Par exemple, le Code de la consommation dispose dans son article L311-11 que l'offre du contrat de crédit doit être établie par écrit ou sur un autre support durable, en privilégiant ainsi l'écrit comme forme des formes.

De même, dans l'article L312-10 du Code de la consommation, il est exigé que l'acceptation soit donnée « *par lettre, le cachet de la poste faisant foi* ». Alors, les normes du formalisme informatif du droit de la consommation continuent à appuyer l'écrit comme forme en soi-même, afin de protéger le consentement des parties.

**452.** Cependant on ne peut pas nier que le formalisme informatif s'appuie considérablement sur les mentions obligatoires portées dans le contrat lui-même. Elles s'avèrent être l'instrument le plus efficace pour fournir l'information nécessaire aux contractants. Ces mentions concernent les éléments essentiels du contrat et les protections accordées par la loi<sup>503</sup>.

En effet, la mention obligatoire est l'un des éléments fréquemment utilisés par la loi pour protéger la partie faible au contrat. Ainsi, le législateur prévoit

---

<sup>501</sup> Il ne faut pas oublier que l'écrit est une forme indépendante. Elle accomplit en soi certaines fonctions. V. H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 121.

<sup>502</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, *eod. loc.*, p. 886.

<sup>503</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 885.

souvent que l'acte « doit comporter des mentions concernant les éléments essentiels du contrat et les protections accordées par la loi »<sup>504</sup>.

Les législations contemporaines se caractérisent par la multiplication des mentions car elles sont l'outil idéal pour obliger les parties à être les plus explicites possibles, et en conséquence elles permettent aux parties faibles de connaître clairement l'information relevant du contrat. « Dans une perspective matérielle, la mention se manifeste par une disposition particulière (une clause ou un message), consistant en un mot ou une phrase donnée, lisible ou audible »<sup>505</sup>.

**453.** Certes, « les mentions obligatoires sont de nature à éclairer le consentement du consommateur sur les points que le professionnel aurait tendance à laisser dans l'ombre s'il pouvait rédiger librement le contrat »<sup>506</sup>.

Ainsi, la loi exige, entre autres, l'inclusion dans le contrat des mentions obligatoires qui portent sur l'identification du prestataire du service, sur l'information de la prestation, sur le prix, sur la durée du contrat, sur le droit de renonciation dont dispose, le cas échéant, la partie faible, et sur les possibilités de mettre fin au contrat<sup>507</sup>.

**454.** En effet, l'article L111-1 du Code de la consommation, issu de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dispose que le professionnel doit communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix du bien ou du service, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service en l'absence d'exécution immédiate du contrat, les

<sup>504</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°. 540.

<sup>505</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 85.

<sup>506</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 192.

<sup>507</sup> « Ce formalisme informatif assure ainsi l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information d'une des parties à l'égard de l'autre, par le contenu obligatoire de l'acte ». V. E. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : L'opposition formalisme/consensualisme, *Les cahiers du droit*, 2002, vol. 43, n°. 2, p. 291.

informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, entre autres.

De même, l'article L111-2 dispose que tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsque il n'y a pas de contrat écrit, doit mettre à la disposition du consommateur ou lui communiquer, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles.

De plus, le Décret du 17 septembre 2014, relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, a inséré les articles R111-1 et R111-2 en détaillant les informations qui doivent être communiquées au consommateur. Ainsi, l'article R111-1 dispose que pour l'application du 4° de l'article L111-1, le professionnel doit communiquer au consommateur son nom ou dénomination sociale, l'adresse géographique de son établissement, son numéro de téléphone et son adresse électronique, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution du contrat, ainsi que les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations, entre autres. L'article R111-2 établit que pour l'application du I de l'article L111-2, outre les informations prévues à l'article R111-1, le professionnel doit communiquer au consommateur, entre autres, les informations suivantes : le statut et la forme juridique de l'entreprise, les coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement avec lui.

**455.** En matière de crédit à la consommation, l'article L311-6 du Code de la consommation dispose que, préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit doit donner à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement. Ensuite il établit qu'un décret en Conseil d'Etat fixe la liste et le contenu des informations devant figurer dans la fiche d'informations à fournir pour chaque offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation.

De plus, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a complété le troisième alinéa de l'article L311-5 du Code de la consommation en ajoutant la phrase suivante : « Lorsqu'une publicité compare le montant des échéances

d'un ou plusieurs crédits antérieurs, et le cas échéant d'autres dettes, à celui d'une échéance résultant d'une opération de regroupement de crédits, elle mentionne de manière claire et apparente, d'une part, la somme des coûts totaux des crédits antérieurs et, d'autre part, le coût total du crédit postérieur à l'opération précitée ».

En matière de contrats de crédit à la consommation, la loi exige encore que l'offre préalable mentionne le taux annuel effectif global du crédit (TAEG ou TEG). Avec l'exigence de cette mention obligatoire, le législateur cherche à lutter contre les pratiques abusives consistant à annoncer un taux relativement bas et aussi à indiquer un taux calculé d'après le capital prêté à l'origine. Le Code de la consommation dans son article L313-2 consacre l'obligation de mentionner le TEG dans tout écrit constatant un contrat de prêt, sous peine d'une amende de 150 000 euros. « Ainsi les emprunteurs ont la possibilité de juger l'importance des taux pratiqués, de comparer ceux-ci à l'inflation et de comparer entre eux les divers taux qu'on leur propose »<sup>508</sup>.

**456.** De même, l'article L121-17 du Code de la consommation consacre l'obligation d'information précontractuelle en matière des contrats conclus à distance et hors établissement. Ainsi, le professionnel doit communiquer au consommateur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix du bien ou du service, l'information sur l'existence (ou l'absence) du droit de rétractation et de ses modalités d'exercice. « Le démarchage téléphonique est aussi réglementé, avec l'obligation pour le professionnel contactant un consommateur d'indiquer au début de la conversation les éléments de son identification, étant entendu que ce professionnel devra adresser une confirmation écrite de l'offre (C. consom., art. L. 121-20) »<sup>509</sup>.

En plus, l'article 121-19 du même code établit que lorsque le contrat est conclu à distance, « le professionnel fournit au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues au I de l'article L121-17 ou les met à sa disposition par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ».

---

<sup>508</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 417.

<sup>509</sup> Th. DE RAVEL ESCLAPON, La loi Consommation décryptée, *Daloz Actualité*, 1 avril 2014, p. 3.

Particulièrement, lorsque la technique de communication à distance utilisée impose des limites d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel est obligé à fournir au consommateur, au moins les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services, à leur prix, à son identité, à la durée du contrat et au droit de rétractation, dans les termes de l'article L121-19-1 du Code de la consommation.

En plus, l'article R121-2 du Code de la consommation, issu du Décret du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, détaille les informations que le professionnel doit communiquer au consommateur, comme par exemple l'adresse géographique où le professionnel est établi ainsi que son numéro de téléphone, son numéro de télécopieur et son adresse électronique.

**457.** En ce qui concerne les exigences des mentions obligatoires en **droit colombien** pour les contrats à distance et par démarchage à domicile, le législateur dans l'article 46 du Statut de protection du consommateur (Loi 1480 du 12 octobre 2011) a mis en place l'obligation d'informer le consommateur sur le lieu de la transaction, l'identité du fournisseur, la disponibilité du produit, son droit de rétractation, le délai pour l'exercer et le délai pendant lequel les conditions de vente seront maintenues<sup>510</sup>.

**458.** En outre, en matière des contrats par lesquels les consommateurs acquièrent leur logement, quelle que soit la nature du contrat conclu, le législateur impose la rédaction d'un écrit et de plusieurs mentions obligatoires. La liste des mentions dépend de la nature du contrat, mais en général l'article R261-13 dispose que le contrat doit mentionner : la description du bien immeuble et, le cas échéant, de l'ensemble immobilier où s'insère le bien immeuble vendu, les sommes que l'accédant devra payer, le délai de livraison du bien, la garantie offerte pour l'achèvement des travaux, ou éventuellement une garantie de remboursement.

**459.** L'article L312-8 du Code de la consommation établit que l'offre du contrat de crédit doit mentionner l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ; la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles

---

<sup>510</sup> M. BERNAL FANDINO, *Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor*, 124 *Universitas*, 43-61, 2012, p. 7.

qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe ; les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable ; le montant du crédit susceptible d'être consenti ; l'évaluation du coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles et personnelles exigées qui conditionnent la conclusion du prêt ; état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne, entre autres.

**460.** De même, en droit colombien les articles 23 et suivants du Statut de protection des consommateurs (Loi 1480 du 12 octobre 2011) établissent l'information que le professionnel doit communiquer au consommateur. Par exemple il est obligé d'indiquer avec précision quelles sont les caractéristiques du bien ou service objet du contrat, le prix et les conditions des garanties.

**461.** Ainsi, les mentions obligatoires sont des règles de forme imposées au contenu du contrat pour protéger la volonté des parties. En conséquence, en tant que telles, « il ne suffit pas de prouver que la partie protégée était pleinement informée pour les priver d'application. On retrouve ici l'idée que la règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite »<sup>511</sup>.

**462.** Cependant, en tant qu'exigences au contenu du contrat, on est tenté de questionner les conséquences des mentions obligatoires sur la vigueur du principe de liberté contractuelle.

## §2. Mentions obligatoires et liberté contractuelle

**463.** Parfois le législateur, en plus de déterminer l'objet de l'information, oblige à l'insertion de phrases spécifiques dans le texte contractuel. Autrement dit, dans certains cas, le législateur impose l'information spécifique à fournir

---

<sup>511</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 886.

dans les clauses de l'accord<sup>512</sup> et dans certains cas, le contenu même du contrat. On parle alors de « contrat type »<sup>513</sup>. En ce sens il est pertinent de se demander dans quelle mesure les règles du formalisme informatif peuvent nuancer le principe de liberté contractuelle.

**464.** Certes, en tant que règles de forme, les mentions font référence à la dimension formelle de la notion de liberté contractuelle, c'est-à-dire à la possibilité pour le contractant de déterminer librement le moyen d'expression de sa volonté.

Il convient alors de s'interroger sur la nécessité de savoir si, malgré l'imposition de l'obligation de contracter en incluant des mentions dans l'accord, la liberté contractuelle reste indemne et si elle est encore un principe directeur du contrat inondé de formes.

La multiplication des formes et des mentions obligatoires exigées à la conclusion du contrat implique, dans quelque mesure, l'imposition du contenu contractuel par voie légale. Alors, cette invasion formaliste du contrat soulève la question de la place laissée à la volonté des parties au moment de la formation du contrat. Si le contenu du contrat est imposé par l'obligation d'y insérer des mentions précises, les parties sont-elles encore libres de contracter ?

**465.** Pour répondre à cette question il est pertinent de réviser la finalité recherchée par le formalisme informatif. En effet, le formalisme contemporain revêt un caractère utilitaire. Les mentions du droit contemporain des contrats sont donc des outils utilisés par le législateur pour garantir l'expression d'un consentement sain et libre de vices.

---

<sup>512</sup> En matière électronique, la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN), établit que l'offre en ligne doit contenir certaines mentions obligatoires, fondées sur la nécessité de protéger les parties au contrat électronique. Par exemple, l'article 19 de la LCEN impose, en outre, une obligation de transparence quant à la mention du prix. Cet article oblige toute personne qui exerce l'activité de commerce électronique, dès lors qu'elle mentionne un prix, à indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

<sup>513</sup> Dans le même sens, H. Jacquemin expose l'idée des mentions et contrats type : « Concrètement, la méthode peut se traduire par l'établissement d'un contrat type, que les parties sont tenues d'utiliser », comme par exemple le contrat de courtage matrimonial, cas où un contrat type est établi et rendu obligatoire par un arrêté royal du 18 novembre 2005 ». H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 87.

Dès lors, loin d'être des restrictions contractuelles à la liberté des parties, les mentions sont un moyen de parvenir à l'expression d'une volonté libre apte pour former le contrat<sup>514</sup>. Les mentions obligatoires sont des instruments en faveur de la liberté contractuelle car elles cherchent à protéger la volonté de la partie présumée faible.

Selon Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz « les règles qui prévoient des mentions obligatoires ont un simple but informatif et ne touchent en rien la liberté contractuelle. Cette information écrite permet théoriquement aux consommateurs de s'engager en connaissance de cause »<sup>515</sup>.

**466.** Cependant, l'information n'achève pas souvent d'informer effectivement les contractants car de nombreux consommateurs signent le contrat sans l'avoir lu<sup>516</sup>. « Il ne faut pas pour autant renoncer à informer les consommateurs, mais il est également nécessaire de les sensibiliser à l'importance des mentions des documents contractuels. Et, en certains cas, de simplifier la rédaction des mentions obligatoires »<sup>517</sup>.

**467.** Etant donné l'importance des mentions obligatoires comme dispositifs de protection de la volonté, le législateur a établi des exigences particulières à ces types de formes informatives.

## **B. Les exigences particulières des mentions obligatoires**

**468.** Afin d'arriver effectivement à protéger le consentement contractuel, le législateur a établi des exigences particulières aux mentions obligatoires. Ces particularités sont très diverses et multiples. En conséquence nous avons choisi les particularités des mentions obligatoires les plus remarquables, dont l'exigence d'une mention manuscrite (§1) et celles relatives à l'apparence et à la calligraphie des mentions (§2).

---

<sup>514</sup> Cependant, du point de vue de la dimension matérielle de la liberté contractuelle, le formalisme contractuel contemporain des mentions est contestable. Car dès lors que le contenu du contrat devient imposé, il ne remplit plus toutes les conditions exprimées par la théorie classique de la liberté contractuelle.

<sup>515</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 63.

<sup>516</sup> Sur l'efficacité du formalisme informatif et ses paradoxes, V. *infra* p. 234 et s.

<sup>517</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 64.

## §1. La mention manuscrite

**469.** La loi impose aussi des exigences de forme en obligeant le contractant à « apposer certaines mentions de sa main sur le document matérialisant le contrat »<sup>518</sup>. Le caractère manuscrit de la mention permet, en plus de fournir l'information pertinente du contrat, d'authentifier les informations qu'elle énonce. Dans certains cas, elle a également pour fonction d'attirer l'attention du scripteur, en l'occurrence, la partie faible »<sup>519</sup>.

**470.** Par exemple dans le cas du cautionnement, l'article 1326 du Code civil établit l'obligation de consigner, dans l'acte juridique par lequel seule une partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou lui livrer un bien fongible, la mention, « écrite de sa main », de la somme d'argent ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. Dans ce cas, la Cour de cassation a décidé que l'exigence de mention manuscrite constituait une condition de validité de l'acte juridique de cautionnement et pas simplement une condition d'efficacité. C'est-à-dire que ce texte édicte une règle de forme, et pas seulement une règle de caractère probatoire<sup>520</sup>.

**471.** Cependant cette mention s'est révélée insuffisante, dans le cas du crédit à la consommation, pour informer la caution sur la portée de son engagement. Alors, la loi du 13 mars 1978 a renforcé les exigences, en ajoutant quelques dispositions qui cherchent à protéger les cautions physiques. Ainsi, l'article 313-7 dispose que la caution doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :

*« En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts de retard et pour la durée de..., je*

<sup>518</sup> P. BRASSEUR, *eod. loc.*, p. 662.

<sup>519</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 94.

<sup>520</sup> V. entre autres, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 juin 1987, *D.* 1987, *somm. comm.* 444, obs. L. Aynès. Cette solution a été jugée excessive et extrêmement rigoureuse et en conséquence elle a été postérieurement abandonnée. Pour l'abandon de cette jurisprudence V. Civ. 1<sup>ère</sup> civ, 29 oct. 2002, *Bull. civ.* I, n° 248 et 250.

*m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ».*

De même, lorsque le créancier demande une caution solidaire, selon l'article L313-8 du Code de la consommation, la mention manuscrite doit être complétée ainsi :

*« En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».*

« Ces mentions sont exigées à peine de nullité de l'engagement de la caution. Elles attirent l'attention de la caution sur la portée de son engagement »<sup>521</sup>.

**472.** Cette solennité consistant en la mention écrite de la main du contractant est édictée dans le but d'assurer la protection de son consentement. Mais alors, cette finalité de la mention manuscrite peut-elle être assurée dans l'hypothèse de la conclusion des contrats du commerce électronique ?

Tout d'abord il faut souligner que l'article 1108-1, alinéa 2 du Code civil établit que « lorsque est exigée une mention manuscrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

Dans ce sens, « rien n'interdit de considérer que la fonction qui lui est attribuée ne puisse pas être remplie, dans des conditions tout à fait satisfaisantes, par la saisie au clavier des mentions prescrites par la loi, dans l'hypothèse bien entendu où la dématérialisation du contrat est elle-même admise »<sup>522</sup>.

En effet, « la frappe au clavier des phrases, mots, lettres, chiffres ou autres formules solennelles, sollicite à notre sens tout autant l'attention et la réflexion de la partie qui s'engage de la sorte, que l'inscription de sa main sur le papier de ces mêmes mentions »<sup>523</sup>.

---

<sup>521</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 422.

<sup>522</sup> F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, thèse, LGDJ, 2005, p. 330.

<sup>523</sup> *Ibid.*

Le vrai problème qui se pose à propos de la mention manuscrite par voie électronique, est celui de l'identification de la personne qui saisit effectivement la mention obligatoire. Alors, il faut s'assurer que la personne qui est censée avoir saisi ces données informatiques est réellement celle qui est engagée par le contrat conclu. A ce propos il est pertinent de souligner qu'en dehors de toute contestation, la mention manuscrite donnée par voie électronique devrait donc bénéficier, au même titre que l'acte électronique, de la présomption d'authenticité de tout acte juridique<sup>524</sup>.

473. Pour autant, dans toutes les hypothèses, la mention obligatoire est un instrument utilisé par le législateur afin d'assurer un consentement sain et réfléchi de la part du consommateur. Certes, dans ce but, le législateur a employé quelques exigences additionnelles aux mentions obligatoires, en ce qui concerne l'apparence et la calligraphie des mentions.

## §2. L'apparence et la calligraphie des mentions

474. Afin d'informer le consommateur, la loi prévoit des exigences particulières aux mentions obligatoires.

Ainsi, dans les règles du formalisme informatif, il existe aussi des exigences sur l'apparence des mentions obligatoires. Pour s'assurer que les dispositions contractuelles soient bien prises en compte, on oblige à les faire figurer en caractères apparents, comme celles destinées à assurer qu'elles soient bien comprises, en imposant l'usage d'une langue déterminée<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>525</sup> « Par ailleurs, la langue constitue de plus en plus une condition de forme dans la formation des contrats de consommation. La loi française du 3 décembre 1975 permettait déjà de faire obstacle à la diffusion en France d'offres de vente ou de services comportant des termes étrangers. Cette loi a été renforcée par la loi n° 94665 du 4 août 1994, dite « loi Toubon ». Sur le plan européen, la directive européenne n° 94-47- CE du 26 octobre 1994 relative à la multipropriété à temps partagé (time-sharing) impose la rédaction du contrat dans la langue qui se rattache au pays où l'acquéreur réside ou est ressortissant ». P. BRASSEUR, *eod. loc.*, p. 664. Sur l'exigence de la langue française, V. *supra* p. n° 399.

« Des législations de protection de la partie faible imposent ainsi que des mentions soient rédigées en caractères gras (parfois d'un type différent), d'une part, dans un cadre distinct du texte ou sous la forme d'alinéas séparés »<sup>526</sup>.

475. Par exemple, dans le contrat d'assurance, l'article L112-4, al. 2 du Code assurances établit que les clauses qui édictent des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents. Egalement dans le cas de ventes à distance, les juges ont considéré que l'acheteur n'avait pas accepté la clause relative aux risques du transport qui figurait au dos du bon de commande<sup>527</sup>. De même la jurisprudence a protégé la partie faible à l'occasion de la rédaction d'une clause de non-assurance ou une clause limitative de responsabilité illisible ou écrite en caractères minuscules<sup>528</sup>.

476. Ainsi, le législateur s'est montré exigeant s'agissant des caractéristiques de l'écrit et même en ce qui concerne l'utilisation d'une typographie précise dans le contrat. Par exemple l'article L311-5 premier alinéa du Code de la consommation précise que « dans toute publicité écrite, quel que soit le support utilisé, les informations relatives au taux annuel effectif global, à sa nature fixe, variable ou révisable, au montant total dû par l'emprunteur et au montant des échéances, ainsi que la mention visée au dernier alinéa, doivent figurer dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement, notamment le taux promotionnel, et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire.

477. D'autres exigences au niveau de l'apparence des mentions existent aussi au vu de l'obligation imposée par le législateur de distinguer la physionomie des mentions. Il s'agit de différencier certaines mentions entre elles, pour ainsi attirer l'attention des contractants<sup>529</sup>. Par contraste, ces informations gagnent en visibilité et permettent de mettre en évidence plus facilement certaines informations.

---

<sup>526</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 93.

<sup>527</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 mai 1979, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>. 128, *D.*, 1980, I, 262, obs. J. Ghestin.

<sup>528</sup> Ex. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 févr. 1996, 1997, n<sup>o</sup>. 128, obs. Boccara.

<sup>529</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 93.

**478.** Par exemple, en ce qui concerne les mentions dans les contrats avec les consommateurs en matière de téléphonie mobile en Colombie, l'article n°. 7.5.4 de la *Resolution* n°. 336 de 2000 de la CRT (*Commission de Régulation des Telecommunications*) en concordance avec ce qui est établi dans le deuxième paragraphe de l'article 41 de la Loi 1480 de 2011 (*Statut de Protection du Consommateur*), exige que la clause qui établit la permanence obligatoire minimum du contrat doit être rédigée d'une autre couleur et dans une calligraphie distincte du reste du contrat ; la lettre dans un format et une taille différents.

**479.** Pour autant, les mentions obligatoires sont les formes les plus communes du formalisme informatif du droit contemporain. Il ne fait aucun doute que les mentions obligatoires sont des instruments très effectifs pour informer les contractants et ainsi protéger ses volontés. Mais alors, le législateur utilise aussi plusieurs mécanismes complémentaires pour protéger le consentement contractuel.

## **Section 2. Des mécanismes complémentaires de protection de la volonté**

**480.** Dans les règles relatives au formalisme informatif du droit de la consommation on trouve plusieurs formes qui cherchent à protéger la volonté et aussi des instruments utilisés par la loi pour la recherche de cette même fin, mais qui ne peuvent être strictement qualifiés comme formes au contrat. Cependant, étant donné la fonction exercée par ces mécanismes complémentaires de protection de la volonté, nous étudierons dans les pages suivantes le devoir de lecture et de réflexion (A) et ensuite la formation successive du contrat (B).

### **A. Le devoir de lecture et de réflexion**

**481.** Parmi les mécanismes complémentaires utilisés par le législateur pour protéger le consentement contractuel, il faut obligatoirement étudier ces instruments qui cherchent à obtenir chez le consommateur la compréhension du contenu du contrat. Voilà pourquoi nous étudierons tout d'abord l'obligation de lecture du contenu du contrat (§1) et ensuite la notion et la portée du délai de réflexion (§2).

## §1. L'obligation de lecture du contenu du contrat

**482.** Il est pertinent de remarquer qu'en droit contemporain l'exigence d'inclure dans les contrats les mentions obligatoires, le contrôle du contenu et l'apparence des mentions ne suffisent pas pour informer les contractants et protéger effectivement la partie faible du contrat.

Ainsi, la doctrine a progressivement élaboré un nouveau concept, complémentaire du formalisme informatif, dénommé le « devoir de lecture ». Comme l'annonce M. Couturier : « L'expérience a montré, cependant, que le contrat lui-même ne constituait pas un vecteur d'information complètement fiable. Il ne suffit pas qu'il soit rédigé par écrit, qu'il comporte des clauses complètes et explicites et qu'il soit réellement conclu pour que chaque contractant soit convenablement informé. Il faudrait encore qu'il ait été lu. Le formalisme informatif appliqué au contrat est inopérant s'il ne commence pas par un « devoir de lecture »<sup>530</sup>.

**483.** Il convient de souligner que le « devoir de lecture » n'est pas une forme du contrat en soi, mais une obligation spécifique dérivée de l'établissement des formes informatives à la formation du contrat.

Ce qui revient à dire que le « devoir de lecture » ne peut pas être considéré comme une forme en elle-même. C'est une obligation complémentaire en vue de poursuivre la finalité ultime du formalisme informatif : la protection effective de la volonté des parties du contrat.

**484.** En tant qu'obligation à la charge du consommateur, le devoir de lecture doit être complété par l'exécution de l'obligation de clarté qui pèse sur le professionnel. Selon l'article 133-2 du Code de la consommation « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». Cette obligation était déjà consacrée pour le contrat de

---

<sup>530</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 886.

vente dans le Code civil dans son article 1602, qui oblige le vendeur à expliquer clairement ce à quoi il s'oblige<sup>531</sup>.

Selon le Code de la consommation, dans le cas où le professionnel ne respecte pas l'obligation de clarté et insérerait dans le contrat une clause obscure ou ambiguë, la clause sera interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur.

**485.** Ainsi, le législateur établit des exigences qui cherchent à obtenir chez le consommateur la compréhension du contenu du contrat et de la portée des obligations qu'il contient. Le délai de réflexion est certainement un des mécanismes le plus effectifs pour l'obtention de cette finalité.

## §2. Le délai de réflexion

**486.** La finalité la plus importante du formalisme informatif est celle de garantir aux parties la possibilité de décider en pleine connaissance de cause, ce qui protège ainsi le consentement. Mais, cette protection ne s'établit pas par la simple exigence pour l'offrant de fournir l'information, sinon par l'attribution à l'acceptant, du temps suffisant pour lire attentivement l'information fournie et pour y réfléchir.

En effet, contracter en pleine connaissance de cause suppose premièrement d'être informé, mais aussi d'avoir un temps suffisant pour assimiler cette information.

C'est pourquoi le législateur contemporain a mis en place divers mécanismes pour garantir aux contractants, qui risquent de se voir engagés à la légère et sans pleine connaissance de cause, un temps de réflexion et la protection de leur volonté.

**487.** Le délai de réflexion consiste donc à offrir au contractant un délai préalable à la conclusion du contrat pour réfléchir sur son contenu et sur les obligations qu'il implique.

C'est une forme qui renforce et complète l'effectivité des formes informatives car l'information sans compréhension et sans réflexion n'est pas

---

<sup>531</sup> Sur les applications de l'article 1602 du Code civil V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1993, *D.* 1994.J.211 et chron., A. BENABENT, *D.* 1994, chron. 115 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 avr. 1999, *D.* 1999.IR.146.

efficace pour former un consentement en parfaite connaissance de cause. Autrement dit, « la réflexion est le complément de l'information. Il ne sert à rien d'informer le consommateur si celui-ci ne réfléchit pas, avant de contracter, sur les informations qui lui sont données. La loi ne peut évidemment forcer à réfléchir celui qui ne le veut pas, mais elle peut du moins obliger les professionnels à laisser aux consommateurs le temps de la réflexion. Ainsi, ces derniers auront la possibilité de peser le pour et le contre avant de s'engager »<sup>532</sup>.

**488.** De façon que le mécanisme du délai de réflexion cherche à protéger le consommateur contre les tentations et les engagements irréfléchis propres à l'environnement consumériste. « La publicité faite par les professionnels et les nombreuses formules de crédit sont destinées à aguicher le consommateur et il faut éviter qu'il ne contracte trop vite un engagement dont il n'a pas mesuré la portée au point de vue financier et qu'il regrette, à peine conclu. Afin de l'empêcher, les différentes lois ont prévu des techniques très particulières de protection des consommateurs qui altèrent incontestablement le schéma contractuel classique »<sup>533</sup>.

**489.** En ce sens, il est interdit au destinataire de l'offre d'accepter celle-ci avant un certain délai à compter de sa réception. Au contraire, l'acceptant/consommateur doit profiter de ce délai pour penser, raisonner et réfléchir sur le contenu du contrat et sur les obligations qu'il implique<sup>534</sup>.

« Le législateur impose ainsi une période précontractuelle, ce qui est original et évite que le consommateur ne s'engage de manière irréfléchie. A partir de la remise de l'offre écrite, le consommateur dispose d'un délai de réflexion qu'il peut mettre à profit pour demander conseil et se demander s'il a vraiment intérêt à acheter à crédit<sup>535</sup>. Le processus contractuel est ralenti »<sup>536</sup>.

---

<sup>532</sup> J. CALAIS AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.* 1994. 239, p. 241.

<sup>533</sup> A. SINAY-CYTERMANN, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, Rapport français, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Ouvrage présenté par Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Direction par J. Ghestin et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Direction Marcel Fontaine, LGDJ, 1996, p. 253.

<sup>534</sup> En ce sens, le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats établit à l'article 1123 que « lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai ».

<sup>535</sup> Pour ce qui concerne la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

« Par cette paralysie temporaire du processus de formation du contrat, on espère amener l'intéressé à réfléchir à la portée de son engagement. Une acceptation prématurée serait inefficace. Mais la réitération de celle-ci, postérieurement à l'écoulement du délai de réflexion, donnera naissance au contrat, du moins si cette réitération intervient avant que l'offre ne devienne caduque »<sup>537</sup>. Dans ce sens, par l'emploi du mécanisme du délai de réflexion, le contrat ne se forme qu'après l'écoulement de ce temps de réflexion. .

**490.** Notons par exemple le cas de l'exigence évoquée dans l'article L. 271-1, alinéa 3, du Code de la construction et de l'habitation. Cet article établit un délai de réflexion de sept jours en faveur de l'acquéreur non professionnel lorsqu'une vente porte sur un immeuble à usage d'habitation. L'acquéreur non professionnel bénéficie d'un délai de réflexion, durant lequel il ne lui est pas possible de signer l'acte authentique.

**491.** En matière de crédit immobilier, l'article L312-10 du Code de la consommation consacre que « l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue ». De même l'article L444-8 du Code de l'Éducation établit que le contrat devra être signé au terme d'un délai de sept jours.

**492.** En matière de démarchage financier, l'article L341-16 du Code monétaire et financier consacre un délai de réflexion de quarante-huit heures au profit des personnes démarchées « en vue de la fourniture de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 ou d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 ». L'alinéa 2 du n<sup>o</sup>. IV du même article établit que « ce délai de réflexion court à compter du lendemain de la remise d'un récépissé établissant la communication à la personne démarchée, par écrit sur support papier, des informations et documents prévus à l'article L. 341-12 » du même code. Et finalement l'alinéa 3 du même article dispose que le silence de la personne démarchée à l'issue de l'expiration du délai de réflexion ne peut être considéré comme signifiant le consentement de celle-ci.

---

<sup>536</sup> A. SINAY-CYTERMANN, *eod. loc.*, p. 253.

<sup>537</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 297.

**493.** Il ne faut pas tomber dans l'erreur de confondre les notions de délai de rétractation<sup>538</sup> et de délai de réflexion. La rétractation implique une « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir »<sup>539</sup>. Alors le délai de rétractation est « un délai pendant lequel celui qui bénéficie d'une faculté de rétractation peut discrétionnairement revenir sur son consentement »<sup>540</sup>.

Un exemple du délai de rétractation se trouve en matière de démarchage financier où l'article L 341-16 n<sup>o</sup>. I, du Code monétaire et financier accorde à la personne démarchée, sous certaines conditions, un délai de quatorze jours pour infirmer son engagement, à compter soit de la conclusion du contrat, soit du jour où la personne démarchée reçoit les conditions contractuelles et les informations, si cette dernière date est postérieure à celle de la conclusion du contrat. Dans ce sens il est évident que le délai de rétractation implique une faculté, donc un droit que la partie est libre d'exercer ou pas<sup>541</sup>.

**494.** En **droit colombien** on trouve aussi un exemple de délai de rétractation dans l'article 47 du Statut de protection du consommateur (Loi 1480 du 1<sup>er</sup> octobre 2011). Cet article établit que dans les cas de ventes à distance et modes non traditionnels de conclusion des contrats, le consommateur aura un délai de 5 jours pour revenir sur son engagement, comptés à partir de la livraison du bien ou de la conclusion du contrat.

Par contre, le délai de réflexion est un mécanisme exigé par la loi avant la conclusion du contrat. Il impose au professionnel le devoir de laisser au consommateur un temps pour la réflexion avant de donner son consentement définitif. Le respect du délai de réflexion n'est pas une faculté, mais une obligation.

---

<sup>538</sup> A propos du droit de rétractation V. Décret du 17 septembre 2014, relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation.

<sup>539</sup> G. CORNU, Vocabulaire Juridique, *op. cit.*, V. Rétractation.

<sup>540</sup> G. CORNU, Vocabulaire Juridique, *op. cit.*, V. Délai de rétractation.

<sup>541</sup> « Certains voient dans la faculté de renonciation une atteinte à la force obligatoire des contrats. Je crois qu'il est plus exact de dire que la signature ne suffit pas à conclure le contrat, car elle est donnée par un consommateur dont le consentement est encore embryonnaire ». J. CALAIS AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *art. préc.*, p. 242.

**495.** La différence qui existe entre délai de réflexion et délai de rétractation est évidente. Dans le premier cas, il s'agit d'une « forme »<sup>542</sup> au processus de formation du contrat. Mais dans le second il ne s'agit pas d'une forme au contrat, sinon d'une possibilité existant pour l'acceptant de l'offre de se rétracter, ce qui exclut l'éventualité d'être en présence d'une formalité, qui est toujours définie par son caractère obligatoire et exclusif. Lorsque le législateur consacre un délai de réflexion, le contrat ne se forme que lorsque ce délai est écoulé et que la partie exprime son consentement définitif. Au contraire, le délai de rétractation est une mesure corrective, une faculté pour la partie qui a déjà consenti de revenir sur son consentement.

Étant donné ces différences, et les caractéristiques du délai de réflexion qui les identifient comme un instrument complémentaire du formalisme informatif, dans ces pages nous n'avons étudié que ce cas de figure et non le délai de rétractation. Même si certains auteurs considèrent que le droit de rétractation est une modalité du délai de réflexion, il est pertinent de connaître les différences entre les deux types de délais.

**496.** Cependant, le législateur ne s'arrête pas ici à la consécration des mécanismes complémentaires de protection de la volonté du consommateur. Voilà pourquoi nous allons étudier la formation successive du contrat.

## **B. Formation successive du contrat**

**497.** Le législateur contemporain a effectivement mis en place plusieurs mesures pour allonger le processus de formation du contrat et ainsi protéger la volonté des parties. Pour analyser cette technique législative nous commencerons par aborder la nature du mécanisme de protection employé (§1), puis les étapes de la formation du contrat électronique (§2).

### §1. Le mécanisme de protection de la volonté

---

<sup>542</sup> Malgré la position de certains auteurs, on ne peut pas vraiment affirmer que le délai de réflexion soit une forme au contrat. Une forme est la structure et le contour que prend la volonté individuelle. On considère que le délai de réflexion est plutôt un mécanisme complémentaire des formes informatives, pour la protection de la volonté.

**498.** En pratique, la formation du contrat n'est pas instantanée. Par contre, la conclusion du contrat se fait par le démarrage de certaines étapes progressives de la négociation.

« L'image d'un contrat qui se forme en « un instant de raison » par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, si elle correspond à une bonne part de la vie contractuelle, notamment aux contrats de la vie courante, ne rend cependant pas compte de la totalité de celle-ci »<sup>543</sup>.

**499.** Ainsi donc, face aux risques présents dans le commerce contemporain, agile et parfois automatisé, le droit contemporain a développé « certains mécanismes qui ont le pouvoir d'étaler dans le temps le moment crucial de formation du contrat, et de le fractionner en ménageant au client une série de haltes propices à la réflexion »<sup>544</sup>.

En effet, le formalisme successif ou par étapes est un mécanisme du droit contemporain, employé pour donner au cocontractant la vraie conscience de s'engager par le contrat ; et d'inciter, pas à pas, l'intériorisation du contenu et de la portée de l'engagement. Il s'agit alors d'une « forme » distincte des formalités classiques, qui n'implique pas obligatoirement un écrit ou un acte notarié, mais l'exigence de conclure le contrat en respectant l'enchaînement d'une série d'étapes de manière successive et logique.

**500.** En outre, « lorsque la négociation est longue et délicate, les intéressés éprouvent parfois le besoin de marquer une pause et de dresser le bilan des points sur lesquels ils sont d'ores et déjà d'accord. La terminologie employée pour désigner cette pratique est flottante. Certains utilisent le terme allemand de « punctuation », d'autres préfèrent parler d' « accord de principe »<sup>545</sup>. Alors le moment de la conclusion du contrat est étalé dans le temps, et tout ce processus de formation du contrat a pour finalité la formation d'un consentement éclairé et conscient.

**501.** Selon cette thèse, le contrat ne se conclut pas instantanément, mais successivement, et arrive à sa perfection quelques jours après le premier

---

<sup>543</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 181.

<sup>544</sup> M. DEMOULIN ET E. MONTERO, *La conclusion des contrats par voie électronique*, 2001, p. 752.

<sup>545</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 185.

contact entre le professionnel et le consommateur<sup>546</sup>. Ainsi, « les parties avancent par étapes, se mettent d'accord point par point, discutent clause par clause, et leur accord global est finalisé lors d'un *closing* qui est en principe (dans l'esprit des parties) une pure finalité (l'essentiel s'est fait avant), mais auquel le droit des contrats, qui ne voit que la rencontre d'une « offre » et d'une « acceptation » globales, accordera la valeur suprême de formation du contrat »<sup>547</sup>.

Dans le processus de formation du contrat, les parties concluent parfois leur accord partiel par des documents intermédiaires dont toute la difficulté consistera à déterminer la valeur juridique. « La question essentielle est alors, en cas de litige, de soupeser les intentions des parties pour apprécier dans quelle mesure elles se sentaient liées par leur accord. Un accord de principe signifie, par exemple, qu'elles sont d'accord sur le principe de contracter ensemble, sachant qu'il restera à négocier les modalités précises de cet accord, toujours sous le règne du principe de l'obligation de négocier de bonne foi »<sup>548</sup>.

**502.** Se pose alors la question de savoir quel est le seuil qui sépare les pourparlers du moment de la conclusion du contrat<sup>549</sup>. A propos du moment de conclusion du contrat qui se forme par étapes ou coches successives, le Code civil français n'énonce aucune directive générale. Cependant la jurisprudence française a établi que le contrat est réputé formé dès qu'il y a un accord sur les éléments essentiels du contrat<sup>550</sup>.

**503.** Dans ces conditions, la formation du contrat, fractionnée en diverses étapes, accomplit une fonction préventive. L'achèvement des différentes étapes donne au contractant l'opportunité de réfléchir et même de corriger les erreurs commises dans la saisie de l'information, et lui permet d'éviter de donner un consentement vicié d'erreurs et de confusions. Ainsi, l'acceptation

---

<sup>546</sup> V. CHRISTIANOS, Délai de réflexion : théorie et efficacité de la protection des consommateurs, *Dalloz*, 1993, p. 30.

<sup>547</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF Droit, thémis Droit privé, p. 214.

<sup>548</sup> *Ibid.*

<sup>549</sup> Pour en savoir plus V. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse Aix., éd. 1992.

<sup>550</sup> V. par exemple Cass. Req. 1<sup>re</sup> déc. 1885, S. 1887.1.167, Grands arrêts, n<sup>o</sup>. 146 ; rapp. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 26 nov. 1962, D. 1963.61, RTD civ. 1963.364, obs. G. Cornu.

du contenu du contrat sera le produit de la réflexion, ce qui évite la conclusion d'un contrat suite à une confusion ou à un malentendu.

**504.** Les formes successives peuvent consister en l'imposition d'un simple délai de réflexion, ce qui implique l'allongement du processus de formation du contrat, comme c'est le cas du crédit immobilier précédemment cité.

Certes, la formation successive du contrat entraîne l'exécution de certaines obligations, comme par exemple l'obligation consistant en la remise préalable des documents contractuels. L'exécution de cette obligation implique que le contrat est un processus où le consommateur doit lire attentivement le contenu du contrat, avant de le signer. « Cela suppose qu'il puisse obtenir, avant tout engagement de sa part, le document contractuel et le conserver quelques jours. Or, certains professionnels refusent de remettre les documents tant que le contrat n'est pas conclu ce qui prive le consommateur de la possibilité de réfléchir<sup>551</sup> sur les clauses du contrat avant de signer celui-ci »<sup>552</sup>. Cette obligation à la charge du professionnel est consacrée dans l'article 134-1 qui dispose que les professionnels doivent « remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement ».

**505.** Toutefois, il est également possible de trouver des formes successives qui consistent à accomplir obligatoirement certaines étapes précises définies avant la conclusion du contrat. C'est le cas par exemple lors de la formation du contrat électronique.

## §2. Les étapes du processus de formation du contrat électronique.

**506.** La « *solemnisation* » du moment de l'engagement pris par voie électronique évite que la facilité et le plaisir avec lequel se pratique un clic de souris, supprime l'instant de raison pendant lequel la partie faible du contrat doit fournir un effort d'écriture ou de compréhension<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> Dans ce sens, l'obligation consistant en la remise préalable des documents contractuels est complémentaire du délai de réflexion, car le consommateur a besoin de connaître les documents contractuels pour y réfléchir. Sur le délai de réflexion, V. *supra* p.217 et s.

<sup>552</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 193.

<sup>553</sup> L. GRYNBAUM, Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles, *RDC*, avril 2005.

**507.** Ainsi, face aux risques inhérents à la conclusion des contrats par voie électronique, le législateur a entrepris la mission de protéger le consentement des contractants. Un des instruments utilisés par le législateur contemporain pour protéger la volonté des parties consiste en l'augmentation des formes informatives au moment de la formation du contrat.

**508.** En plus des multiples mentions obligatoires qui doivent figurer dans le contenu du contrat<sup>554</sup>, le législateur a établi l'obligation pour les contractants de respecter un processus détaillé qui garantit l'opportunité pour l'acceptant électronique de réfléchir et de ne donner son acceptation qu'après avoir vraiment compris le contenu et la portée de l'engagement qu'implique le contrat<sup>555</sup>.

En effet, le premier alinéa de l'article 1369-5 du Code civil consacre le système de l'émission d'une acceptation vérifiée et confirmée. Ce système protège l'acceptant contre les risques d'erreurs et contre les engagements mal maîtrisés<sup>556</sup>.

**509.** On trouve ici une parfaite illustration chronologique de la procédure de l'acceptation par voie électronique. L'internaute vérifie, puis corrige et finalement, confirme sa commande. La volonté de l'internaute est prolongée dans le temps pour lui donner l'opportunité de corriger les éventuelles erreurs avant d'exprimer son acceptation. La loi prévoit le cas du clic mal placé ou involontaire et permet au client de corriger sa commande. « Ainsi se construit le consentement de l'internaute : de page en page, clic après clic, chaque élément du contrat est tour à tour accepté, en autant d'étapes incontournables, selon l'ordre déterminé »<sup>557</sup>.

---

<sup>554</sup> V. *supra*, p. 186 et s.

<sup>555</sup> A propos du processus de formation du contrat électronique, l'article 1369 – 4 du Code civil établit l'obligation à la charge de l'offrant professionnel de mentionner dans l'offre les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat, les instruments pour que le consommateur puisse identifier les erreurs dans lesquelles il peut tomber dans l'expression de son consentement. Sur cette exigence il convient de mentionner qu'il ne s'agit pas d'une forme propre au formalisme par étapes ou successif. Par contre, il s'agit ponctuellement de l'exigence d'inclure dans le contrat des mentions obligatoires, forme qui est distincte à celle relative au processus de formation du contrat.

<sup>556</sup> Pour en savoir plus sur la rencontre de volontés par voie électronique V. *supra* p. 61 et s.

<sup>557</sup> M. DEMOULIN ET E. MONTERO, *op. cit.*, p. 753.

Selon Demoulin et Montero « dans ces conditions, le mythe du contrat conclu hâtivement par voie électronique, sous l'effet d'un « achat d'impulsion », semble sérieusement remis en cause. Au contraire, on se trouve véritablement en présence d'une « formation successive du consentement par voie électronique »<sup>558</sup>.

**510.** Par conséquent, on peut admettre l'existence d'un nouveau type de formes dans le contrat contemporain : le formalisme successif ou par étapes, largement consacré par le législateur et qui cherche à assurer que le contractant soit véritablement informé sur le contenu du contrat.

**511.** Ainsi, il est évident que les formes informatives du droit de la consommation sont multiples et variées, mais sa vraie portée ne pourra pas être vraiment définie sans étudier la force du formalisme informatif, sujet que nous allons aborder dans le chapitre suivant.

---

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 754.

## CHAPITRE 2.

### LA FORCE DU FORMALISME INFORMATIF

**512.** Les manifestations du formalisme informatif en droit contemporain sont multiples et diverses. Cependant, afin de définir sa vraie portée il est nécessaire d'aborder le sujet de la force du formalisme informatif en droit contemporain.

**513.** Dans ce sens il est pertinent d'étudier tout d'abord les champs d'application du formalisme informatif (section 1), avant d'aborder les sanctions applicables en cas de méconnaissance de ses règles (section 2), pour analyser finalement son efficacité et les critiques à leur application en droit de la consommation (section 3).

#### **Section 1. Champs d'application**

**514.** Dans la législation contemporaine les règles de formes se sont multipliées, par une diversité de dispositions protectrices de la volonté des contractants. Ainsi, les applications du formalisme informatif dans les législations contemporaines sont multiples et diverses.

Ainsi, les exemples des droits spéciaux qu'il a envahis sont très abondants. Mais cette renaissance du formalisme comme mécanisme de protection de la volonté individuelle s'est produit peu à peu et sans vision d'ensemble, ce qui donne une impression de désordre dans la l'ensemble des règles du formalisme informatif.

**515.** Face à ces enjeux, aborder le sujet de son champ d'application est un travail vraiment courageux car l'objet d'étude est très vaste et les matières à examiner très diverses. Alors, seule une méthode équilibrée mais flexible nous permettra d'aborder ses applications en droit contemporain.

En ce sens, la méthode utilisée pour aborder le champ d'application du formalisme informatif consiste à regrouper et classifier les matières où ses règles sont plus visibles et abondantes. Certes, les classifications ont indéniablement l'avantage de rendre visibles les caractéristiques principales des éléments classifiés et de noter ainsi leurs similitudes et leurs différences.

Cela nous permettra de passer par les divers terrains des droits spéciaux où le formalisme informatif a été vraiment fécond.

**516.** Certes, le formalisme informatif est généralement utilisé en présence des consommateurs, afin de leur assurer un engagement en connaissance de cause avant de signer un contrat lu attentivement (A). Cependant il est pertinent de souligner qu'il ne se réduit pas au champ du droit de la consommation. C'est-à-dire que parfois la loi exige des formes informatives pour des contrats où un consommateur n'est pas le cocontractant (B).

#### **A. Les manifestations du formalisme informatif dans des contrats conclus avec des consommateurs**

**517.** Le droit de la consommation est le champ le plus fertile du droit privé contemporain pour le développement du formalisme informatif. Certes, le besoin de combattre les déséquilibres contractuels naturels en droit de la consommation et la nécessité de protéger le consommateur<sup>559</sup> comme partie réputée faible ont été les causes les plus évidentes de son développement contemporain.

**518.** Ainsi, pour en étudier les diverses manifestations il est logique de commencer par l'analyse des législations spéciales de protection de la volonté du consommateur (§1), avant d'aborder ses règles en matière du commerce électronique (§2).

##### §1. Les législations de protection de la volonté du consommateur : En matière de contrat de voyage, droit bancaire et droit des assurances

**519.** Il ne fait aucun doute que le droit de la consommation est le terrain le plus fertile pour le développement du formalisme informatif. Certes, les fondements de la renaissance du formalisme en droit contemporain des

---

<sup>559</sup> Les consommateurs peuvent être définis comme « des personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non-professionnel ». J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*

contrats et les raisons du mouvement du formalisme informatif ont été déterminés par la dynamique et défis propres au droit de la consommation.

En effet, c'est en raison de la protection de la volonté de la partie réputée faible, le consommateur, que les exigences de forme se sont multipliées. Dans le code de la consommation sont très abondantes les exigences de formes informatives en vue de protéger le consentement contractuel<sup>560</sup>.

**520.** Dans le même esprit, plusieurs législations du droit contemporain consacrent des formes informatives pour protéger la volonté des parties. Par exemple pour un contrat de voyage l'objectif poursuivi par le législateur consiste à protéger la volonté de la partie faible, dans ce cas particulier, le voyageur.

En effet, « le développement des communications et l'accroissement des loisirs tendent à faire du voyage un objet de consommation de masse, et du voyageur un contractant désarmé face aux professionnels du transport et du tourisme »<sup>561</sup>. Ainsi, la loi sur le contrat de voyage consacre la protection du « consommateur touriste ».

Certes, l'article L211-8 et s. du Code du tourisme consacre l'obligation pour le vendeur d'informer les intéressés par écrit, sur le contenu des prestations proposées relatives au transport et au séjour, le prix et les modalités de paiement, les conditions d'annulation et celles du franchissement des frontières. Ensuite l'article L211-10 établit une obligation importante d'information à la charge du professionnel. En effet, cet article dispose que le contrat doit comporter toutes « les indications relatives aux noms et adresses de l'organisateur, du vendeur, du garant et de l'assureur, à la description des prestations fournies, aux droits et obligations réciproques des parties en matière notamment de prix, de calendrier, de modalités de paiement et de révision éventuelle des prix, d'annulation ou de cession du contrat et à l'information de l'acheteur avant le début du voyage ou du séjour ».

**521.** En matière d'assurances, le formalisme informatif a d'importantes applications. En effet, le Code des assurances, dans son article L112-2, modifié par l'ordonnance du 20 août 2015, établit que « l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties

---

<sup>560</sup> Sur les formes légales du droit de la consommation, V. *supra* p. 285 et s.

avant la conclusion du contrat ». Dans ce sens, avant la conclusion du contrat, l'assureur doit remettre à l'assuré « un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ». Les documents remis au preneur d'assurance doivent préciser « la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture ».

**522.** Le droit colombien impose l'obligation d'information à la charge de l'assureur mais en plus, il exige l'obligation de consigner certaines clauses en caractères apparents et lisibles<sup>562</sup>. Comme c'est le cas de la clause d'extinction automatique du contrat d'assurance en cas de non-paiement<sup>563</sup>.

**523.** De même, en matière de droit bancaire, divers textes légaux imposent le respect de formes informatives au moment de la conclusion du contrat. Face à l'apparition des nouveaux dangers, il demeure indispensable de protéger la volonté du consommateur des produits bancaires.

Dès les premières années, le législateur a consacré des règles de protection du consommateur-emprunteur. La loi du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, codifiée dans les articles L311-1 et s. du Code de la consommation, avait pour objectif la protection des consommateurs dans les opérations de crédit. Ultérieurement, la Loi du 13 juillet 1979, a fourni les règles de protection et d'information des emprunteurs dans le domaine immobilier. De même, la loi bancaire du 24 janvier 1984, relative à l'activité et aux contrôles des établissements de crédit, reconnaît quelques mesures

<sup>561</sup> J. CALAIS AULOY, *art. préc.*, p. 293.

<sup>562</sup> C.I. JARAMILLO, *Derecho Privado, Derecho de Contratos*, v. 2, éd. Ibañez, 2014, p. 1354.

<sup>563</sup> Circular *Externa 7* de 1996 de la *Superintendencia Financiera de Colombia* (autorité de contrôle du marché financier), et *Circular Basica Juridica 029* de 2014 de la *Superintendencia financiera de Colombia*. Disponible sur: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443>.

favorables aux consommateurs. « D'autres textes ont ensuite précisé les obligations des établissements de crédit ou indiqué les attentes légitimes de leurs clients. Il en est ainsi, par exemple, de la loi du 30 décembre 1991, relative à l'interdiction bancaire ou de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion instaurant un véritable droit au compte. Citons encore la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne »<sup>564</sup>.

**524.** Le formalisme informatif en droit bancaire a pour conséquence la réglementation du contenu du contrat. En effet, le législateur a imposé l'utilisation des formulaires types. Ces formulaires ont un contenu prédéterminé pour chaque opération et ont la finalité d'informer l'emprunteur sur le crédit conclu.

**525.** De même, en ce qui concerne la protection de la caution, les articles L313-7 et L313-8 du Code de la consommation exigent la rédaction d'une mention manuscrite dont le contenu est strictement imposé<sup>565</sup>. Ainsi, « la mention manuscrite est bien entendu imposée pour que la caution puisse mesurer l'ampleur de son engagement, elle doit être informée de la portée de sa signature »<sup>566</sup>.

**526.** En matière de crédit à la consommation, la réforme faite par la Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010, dite Loi *Lagarde* a édicté des règles importantes pour les regroupements de crédit<sup>567</sup>. Cependant, c'est le décret du 30 avril 2012 qui établit les règles relatives à l'obligation d'information de l'emprunteur lors de la conclusion d'opérations de regroupement de crédits. En effet, il impose l'obligation au prêteur ou à l'intermédiaire d'établir avant toute offre de regroupement un document qui permettra de faire le point sur les modalités, les caractéristiques et le bilan de l'opération. Ce document sera rempli, entre autres, sur la base des informations fournies par l'emprunteur. Si l'emprunteur

---

<sup>564</sup> H. DAVO, Formalisme bancaire et protection du consommateur, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 329.

<sup>565</sup> Sur les particularités de la mention manuscrite, V. *supra*, n° 105.

<sup>566</sup> H. DAVO, *eod. loc.*, p. 334.

<sup>567</sup> « Le regroupement de crédits, est une opération financière qui consiste à rembourser l'ensemble des crédits (crédit immobilier, crédit à la consommation, crédit revolving, crédit auto, crédit travaux) contractés auprès d'un ou plusieurs organismes de crédits, en souscrivant un prêt unique octroyé par un organisme bancaire spécialisé dans ce type d'opération ». S. PIEDELIEVRE, Le consommateur et le regroupement de crédit, *Gazette du Palais*, mercredi 6, jeudi 7 juin 2012, p. 5.

ne dispose pas des informations suffisantes, le prêteur ou l'intermédiaire devra alors le mettre en garde sur les conséquences possibles de l'opération de regroupement.

**527.** En droit colombien, l'article 97 du décret 663 de 1993, dit *Estatuto Organico del sistema financiero*, établit l'obligation de fournir aux consommateurs des services financiers, l'information nécessaire pour obtenir des relations transparentes fondées sur des consentements éclairés et objectifs. De plus, l'article 98 du même statut établit que les organismes financiers doivent remettre au consommateur l'information suffisante et opportune pour leur permettre de comparer les conditions financières offertes par le marché. De plus, l'article 9 de la Loi 1328 de 2009<sup>568</sup> détermine le contenu minimum de l'information qui doit être fournie aux consommateurs financiers dans le contrat. Ainsi le professionnel doit informer le consommateur financier sur les caractéristiques du produit service, ses droits et obligations, les tarifs et les prix, et les conséquences dérivées de l'inexécution du contrat.

Ainsi on peut constater que la législation colombienne établit de manière générale l'obligation d'informer le consommateur financier, mais ne précise pas les obligations détaillées à la charge du professionnel<sup>569</sup>.

**528.** Ces applications du formalisme informatif montrent clairement le désir de protéger le contractant le plus faible par l'imposition d'exigences précises, afin de former un consentement éclairé et réfléchi.

**529.** Cette protection du consommateur s'étend aussi à la conclusion de contrats par des réseaux électroniques où il y a des particularités qu'il faut prendre en compte. Alors, il est pertinent de s'interroger sur les applications du formalisme informatif en matière de commerce électronique et sur la protection du cyberconsommateur.

---

<sup>568</sup> Dans cette loi se trouve, en droit colombien, la première allusion expresse à la notion de « consommateur financier » et la définition littérale du concept. Cette loi établit aussi le concept de « défenseur du consommateur financier ».

## §2. Le formalisme informatif en matière de commerce électronique

**530.** Le contrat électronique n'est pas un type spécial de contrat. En effet, dans les contrats du commerce électronique nous sommes en présence de contrats, régis par le droit commun ou spécial, qui sont conclus par voie électronique. Ils ne se distinguent des contrats classiques que par leurs modalités de formation.

**531.** Cependant, le seul fait de conclure le contrat par voie électronique entraîne des difficultés particulières, et plus si on s'aperçoit que, dans la plupart de cas, une des parties au contrat électronique est un consommateur.

« Or, la distance existant dès lors entre lui et le professionnel qui propose ses prestations est source de difficultés : il percevra mal les qualités ou défauts de ces produits ou services ; le caractère impersonnel de la relation qui s'établit à travers le réseau rend difficile pour le professionnel de le conseiller ; la séduction qu'exerce l'écran d'ordinateur, un peu comme celui du téléviseur, risque de l'inciter à contracter à la légère »<sup>570</sup>.

**532.** Face à ces difficultés, propres des contrats conclus par des consommateurs par voie électronique, la loi a consacré certaines formes informatives afin d'informer le consommateur. Ainsi, quelques règles de droit commun du contrat électronique sont applicables<sup>571</sup>, mais le consommateur électronique bénéficie aussi des règles propres du droit de la consommation, applicables aux contrats conclus à distance entre un consommateur et un professionnel.

**533.** Ainsi, l'article L121-17 du Code de la consommation prévoit que le professionnel doit communiquer certaine information essentielle au consommateur, comme par exemple l'information sur l'obligation du

<sup>569</sup> L.-C. ARIAS BARRERA, Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero, *Revista Emercatoria*, v. 7, n<sup>o</sup>. 1, 2008, p. 13.

<sup>570</sup> J. HUËT, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 20013, p. 507.

<sup>571</sup> Règles applicables à la conclusion de contrats sous forme électronique, relatives à l'information précontractuelle et contractuelle du consommateur, V. article 1369-4 et s. du Code civil.

consommateur de payer des frais lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation d'un contrat de prestation de services<sup>572</sup>.

**534.** Le droit de la consommation colombien établit dans l'article 5 de la loi 1480 de 2011 que dans les opérations de commerce électronique, le consommateur doit être informé sur l'identité du professionnel et ses coordonnées. En plus, le professionnel doit informer sur les caractéristiques particulières du produit ou service et ses qualités spécifiques ; sur les moyens disponibles pour faire le paiement, les délais pour la livraison du bien ou l'exécution du service, le droit de rétractation du consommateur et la procédure pour l'exercer<sup>573</sup>.

**535.** Il est évident que les législations contemporaines s'occupent largement de la consécration de formes informatives pour protéger la volonté du consommateur. Cependant, le consommateur n'est pas le seul sujet protégé par les formes informatives. Le champ d'application du formalisme informatif s'étend aussi aux contrats conclus avec des non-consommateurs.

## **B. Les manifestations du formalisme informatif dans des contrats conclus avec un non-consommateur**

**536.** La multiplication récente de textes légaux qui consacrent de règles du formalisme informatif a pour objectif de protéger l'un des cocontractants, jugé plus faible. Cette faiblesse ne dérive pas toujours de sa condition de consommateur.

**537.** En effet, la faiblesse du cocontractant protégé peut être causée par la relation de pouvoir et l'état de subordination présents dans les contrats de travail (§1) ou dans d'autres cas, par des particularités propres aux rapports des affaires entre commerçants (§2).

### §1. Le formalisme informatif en matière du contrat de travail

---

<sup>572</sup> V. *supra* No. 455.

<sup>573</sup> D. PEÑA VALENZUELA, La protección del consumidor en el comercio electrónico, in *Perspectivas del Derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Dir. Carmen Ligia Valderrama, 2013, p. 481.

**538.** Le contrat de travail est le « contrat par lequel une personne, nommée travailleur ou salarié, place sa force de travail sous l'autorité d'une autre, nommée employeur ou patron, moyennant le versement d'un salaire ». Ou plus précisément, il peut être défini comme un « contrat synallagmatique à titre onéreux caractérisé par la fourniture d'un travail en contrepartie du paiement d'une rémunération et par l'existence, dans l'exécution du travail, d'un lien de subordination juridique du travailleur à l'employeur »<sup>574</sup>.

**539.** Dans la définition même du contrat de travail est manifeste la situation d'infériorité d'une des parties au contrat et le déséquilibre contractuel qui le caractérise. Il est certain que le travailleur est la partie faible au contrat, et en conséquence le droit social s'est occupé de le protéger.

Certes, en droit du travail, « la prise en compte de la situation d'infériorité n'apparaît pas vraiment comme un trait caractéristique de telle ou telle règle. Elle serait plutôt une dimension de cette branche du droit tout entière, parce que la protection du salarié est de sa nature même »<sup>575</sup>. Autrement dit, « la prise en compte de la situation d'infériorité du salarié dans sa relation contractuelle avec l'employeur n'est pas seulement présente en droit du travail, elle est fondatrice de ce droit »<sup>576</sup>.

Dans ce sens, le contrat de travail se matérialise sous l'idée de l'existence d'une relation de pouvoir. Un contrat conclu comme conséquence de l'exercice du pouvoir contredit, à première vue, l'essence même du contrat, celle-ci fondée sur l'image d'égalité et de commun accord<sup>577</sup>.

**540.** Cependant, le respect dû à l'individu et à sa liberté a rendu nécessaire de fonder sur le consentement l'existence d'un pouvoir juridique. Il est ainsi considéré que dans le contrat de travail on est en présence d'un « pouvoir consenti ». Ainsi, le salarié est subordonné parce qu'il y a consenti, et dans la limite où il y a consenti. « Ce qui conduit à reconnaître le contrat individuel comme la source du pouvoir juridique de l'employeur et comme sa première

---

<sup>574</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique, déjà cité*, V. Contrat de travail.

<sup>575</sup> G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés professionnels en droit français, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-Belges*, Paris LGDJ, 1996, p. 143.

<sup>576</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 144.

<sup>577</sup> G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz 2015, p. 633.

limite. Ce pouvoir juridique, désigné du point de vue du salarié comme la « subordination juridique », se comprend comme une clause implicite, incluse par la jurisprudence au sein du contrat de travail »<sup>578</sup>.

Ainsi, le contrat de travail comporte-il comme élément caractéristique essentiel la subordination et la dépendance d'une partie à l'autre. Le salarié est soumis à l'autorité de l'employeur, qui va donc dicter le contenu de l'accord et la manière dont le contrat sera exécuté<sup>579</sup>.

**541.** En conséquence, le droit du travail a consacré des règles protectrices de la volonté du travailleur, essentiellement destinées à garantir une certaine qualité de son consentement. Ainsi, le formalisme sert d'instrument pour « attirer l'attention du contractant faible sur certains aspects du contrat conclu et à fixer ces points sans équivoques »<sup>580</sup>.

**542.** Donc, dans le contrat particulier à durée déterminée<sup>581</sup>, ou à temps partiel, par exemple, la loi établit qu'il doit être conclu par écrit et qu'il doit mentionner qu'il est conclu pour une durée déterminée ou à temps partiel. En effet, l'article L1242-12 du Code du travail établit que le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit et doit comporter la définition précise de son motif. A défaut de cette mention, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Cet article établit également que ce type de contrat doit comporter certaines mentions, comme par exemple, le nom et la qualification professionnelle de la personne remplacée, en cas de remplacement ; la date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis ; la durée minimale pour laquelle il est conclu lorsqu'il ne comporte pas de terme précis, entre autres.

**543.** En outre, parmi les principales applications du formalisme informatif, en matière du droit du travail, on trouve le cas du contrat d'apprentissage. Ainsi, l'article L6222-4 du Code du travail établit que le contrat d'apprentissage est un contrat écrit qui comporte des clauses et des mentions

---

<sup>578</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>579</sup> M. FONTAINE, *eod. loc.*, p. 619.

<sup>580</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 153.

<sup>581</sup> Le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein n'est pas soumis aux clauses spécifiques et aucune forme particulière ne doit être observée. Sur ce sujet V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 185, n<sup>o</sup>. 250.

obligatoires. Le Code du travail dans les articles qui suivent s'occupe entièrement de ce type de contrat, avec la finalité de protéger la partie faible.

**544.** De plus, le formalisme informatif se manifeste aussi dans les rapports établis entre des commerçants. Malgré l'inexistence d'un rapport professionnel-consommateur ou d'une situation de déséquilibre généralisée, le législateur s'occupe de réguler cette matière, en exigeant des formes informatives de protection de la volonté.

§2. Le formalisme informatif dans les rapports entre commerçants : En matière du droit de la concurrence, du commerce et de la distribution

**545.** L'asymétrie informationnelle et le déséquilibre contractuel ne sont pas des sujets exclusifs du droit de la consommation. « En réalité, le phénomène d'inégalité des parties est plutôt plus diffus et plus répandu que les revendications de l'autonomie du droit de la consommation pourraient le laisser croire »<sup>582</sup>.

Certes, cette inégalité, qui peut avoir son origine dans l'inexpérience ou la dépendance de l'une des parties au contrat, peut se présenter dans les rapports entre professionnels.

**546.** Ainsi, par exemple, en matière du droit de la concurrence, le Code du commerce français consacre, dans le Livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dans son article L441-6, modifié par la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, des dispositions principalement destinées à prévenir les pratiques discriminatoires. Ainsi cet article prévoit que « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande ». L'article énumère ensuite les mentions qui doivent être communiquées, comme les conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement.

---

<sup>582</sup> B. DUBUISSON et G. TOSSENS, Les relations entre professionnels en droit belge, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 476.

Cette exigence « de forme de transparence dite verticale a fait l'objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine qui craint qu'elle n'aboutisse à une sclérose de la concurrence en coupant court à toute négociation. D'autres y voient au contraire les meilleures conditions d'exercice de la concurrence par la circulation de l'information. En réalité, plus que la règle de forme, c'est l'obligation qu'elle renforce qui fait l'objet de la controverse : la non-discrimination est en effet la négociation de l'*intuitus personae* ressentie comme un sacrifice de la liberté individuelle au profit de celle de la concurrence »<sup>583</sup>.

De même l'article L-441-7 du Code de commerce, modifié par la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, établit l'exigence d'une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services pour indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Cette convention doit indiquer le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Elle peut être établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, et doit fixer entre autres : les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> F. DREIFUSS-NETTER, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTD civ.* 1990, p. 369.

<sup>584</sup> Le formalisme de la convention récapitulative avait été considérablement alourdi par la loi du 17 mars 2014, relative à la consommation. La loi du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques a supprimé « l'obligation, qui devient alors une simple faculté, de faire figurer dans la convention récapitulative le barème de prix communiqué au départ de la négociation par le fournisseur dans le cadre de ses conditions générales de vente ». D. FERRIER, La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et

**547.** Pour la législation colombienne en matière du droit de la concurrence, la situation est très différente. En harmonie avec ce qui est établi à l'article 333 de la constitution politique -qui consacre la liberté économique et l'initiative privée- le législateur s'abstient de restreindre la liberté contractuelle entre concurrents. Dans ce sens, la loi colombienne établit que les professionnels peuvent conclure n'importe quel type de contrat et n'établissent pas d'exigences particulières de forme à sa conclusion.

La seule limite imposée à la liberté contractuelle des concurrents est la conclusion d'accords contraires à la libre concurrence, énumérés dans l'article 47 du Décret 2153 de 1992 et article 1 de la Loi 155 de 1959 colombienne. Le développement normatif en matière de formalisme informatif entre professionnels en droit colombien est donc très infime et déficient.

**548.** En outre, en matière de franchise, l'article L330-3 du Code du commerce établit que « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des **informations sincères**, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». Ainsi cet article consacre l'exigence de la communication d'informations sincères et de bonne foi du débiteur de l'obligation d'informer<sup>585</sup>.

Avec plus de précision, l'article R330-1 du Code du commerce énumère les informations que doivent contenir le document mentionné dans l'article L330-3 du même Code. Ainsi par exemple, en vertu de cet article, il faut mentionner l'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale.

« À cet égard, les informations sur l'état du réseau à l'époque de la conclusion du contrat et sur les départs de franchisés, notamment leurs

l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?), *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1906.

<sup>585</sup> D. FERRIER, L'obligation d'informer le futur franchisé, *Revue des Contrats*, 2012, p. 1068.

conditions : expiration, résiliation ou annulation du contrat, au cours de l'année précédant la délivrance du document d'information précontractuelle doivent être considérées comme essentielles »<sup>586</sup>.

**549.** De même, l'article L141-1 du Code du commerce impose des mentions obligatoires pour la cession de fonds de commerce. Ainsi, dans tout acte constatant une cession de fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds, entre autres.

**550.** Dans le même esprit, des législations particulières sur les contrats du droit de la distribution établissent des exigences précises d'inclure certaines informations dans la conclusion du contrat.

**551.** Ainsi, en matière de contrat de concession exclusive, le concessionnaire qui exploite son activité de manière exclusive ou quasi exclusive sous la marque du concédant bénéficie aussi de la protection de l'article L330-3 du Code du commerce. En conséquence le concédant est obligé de fournir, avant la conclusion du contrat, de nombreuses informations sur la concession et notamment sur la portée de l'exclusivité territoriale convenue<sup>587</sup>.

**552.** De même, dans le contrat d'assistance, le distributeur qui exerce son activité de manière exclusive ou quasi exclusive sous les signes distinctifs du fournisseur, bénéficie aussi de la protection particulière de son consentement par l'article L330-3 du Code du commerce. « Cette protection a été inspirée par la situation économique difficile dans laquelle s'étaient trouvés certains distributeurs après avoir conclu un accord d'exclusivité sur la foi de perspectives d'activité optimistes présentées par le fournisseur »<sup>588</sup>.

**553.** Enfin, pour terminer avec les cas les plus notables du droit commercial où la loi établit des exigences propres du formalisme informatif, il faut

<sup>586</sup> *Ibid.*

<sup>587</sup> D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Lexisnexis, 6<sup>ème</sup> éd, 2012, p. 331.

<sup>588</sup> *Ibid.*, p. 291.

mentionner les formes imposées dans les cas des sûretés consenties entre professionnels.

Certes, en matière de cautionnement constitué entre un établissement de crédit et une entreprise, l'article L313-22 du Code monétaire et financier établit, l'obligation à la charge des établissements de crédit ou des sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, d'informer la caution, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils doivent rappeler la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée<sup>589</sup>.

**554.** Il résulte clairement des dispositions qui viennent d'être mentionnées que les manifestations du formalisme informatif sont très diverses. En effet, afin de protéger la volonté des contractants, le législateur ne se limite pas à la protection du consommateur. Par contre, il va jusqu'à protéger la volonté d'une des parties lorsque sa situation d'infériorité particulière ou de déséquilibre relatif le met en risque.

**555.** Cependant, il ne fait aucun doute que la véritable protection de la volonté des parties se trouve au moment de la sanction de l'inobservation des règles de forme. Voilà pourquoi nous étudions les sanctions du formalisme informatif.

## **Section 2. Sanctions du formalisme informatif**

**556.** La sanction applicable en cas d'inobservation des règles du formalisme informatif est l'instrument du système juridique le plus efficace pour l'application et la mise en œuvre des législations de protection de la partie faible. Cependant, la théorie des sanctions du formalisme informatif est mal assurée, en particulier parce qu'elle se caractérise par la diversité et l'anarchie dans les règles des sanctions (A) ce qui rend nécessaire la recherche des critères d'unité pour orienter son application (B).

---

<sup>589</sup> *Ibid.*, p. 292.

## A. La diversité des sanctions du formalisme informatif

**557.** Le droit contemporain a été le champ approprié pour la multiplication des formes du formalisme informatif. Cette prolifération des formes d'origine législative s'est produite de manière spontanée et désorganisée car le législateur a consacré pour chaque cas, la forme qu'il a considérée appropriée mais sans obéir à une politique déterminée. De la même manière, la loi a consacré les sanctions applicables en cas de méconnaissance des formes informatives, ce qui implique que le système du droit des contrats se caractérise par une véritable diversité des sanctions applicables. Parmi elles, il est possible de trouver les sanctions tirées de la théorie générale des contrats (§1), et aussi des sanctions particulières prévues par les législations contemporaines de protection de la partie faible (§2).

### §1. Les sanctions de la théorie générale des contrats

**558.** Les formes propres du formalisme informatif cherchent à protéger la volonté de la partie faible au contrat. L'instrument utilisé par le législateur pour y arriver est l'information.

Dans ce sens, le formalisme informatif joue un rôle préventif très fort, et on est d'accord pour affirmer qu'il constitue une *technique perfectionnée de prévention*<sup>590</sup>.

**559.** Cependant, en cas de violation des formes informatives de protection de la partie faible, des nombreuses sanctions tirées de la théorie générale des contrats peuvent être appliquées.

Il s'agit d'un formalisme nouveau, propre des législations contemporaines de protection de la partie faible. Mais, en cas de méconnaissance de ces règles, on va appliquer les règles classiques de règlement des litiges. Certes, il apparaît que « la sanction en cas d'inobservation des règles relatives au formalisme informatif suppose un retour aux techniques de droit commun de règlement des litiges »<sup>591</sup>.

---

<sup>590</sup> L. AYNES, Formalisme et prévention, *art. préc.*, p. 63.

<sup>591</sup> V. MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP*, 2004.I.106, p. 179.

**560.** Ainsi, au premier rang des sanctions de la théorie générale des contrats, applicables en cas de violation de règles du formalisme informatif, se trouvent les nullités.

Depuis le début de ce siècle, la théorie des nullités a été marquée par l'opposition de deux logiques : « D'un côté, la logique « essentialiste » s'exprime ici avec une force et une simplicité particulières : « *forma dat esse rei* » ; quand l'acte implique la solennité, l'absence de forme se traduit par l'inexistence ou au moins par une nullité absolue puisque, sans la forme prescrite, l'acte n'a pas pu se former. De l'autre côté, il est, s'agissant des règles de forme, plus logique et juste que jamais, de déduire le régime de la nullité de la nature des intérêts protégés par la règle sanctionnée, en distinguant les formes destinées à la protection des parties ou de l'une d'elles, celles visant la protection des tiers, celles répondant à des préoccupations d'intérêt général »<sup>592</sup>.

**561.** Par conséquent, selon la théorie moderne des nullités, si l'intérêt protégé par la loi est de caractère général, la nullité doit être absolue. Et si par contre, l'intérêt protégé est de caractère privé la sanction doit être la nullité relative.

Dans ce sens, en matière de formalisme informatif la solution semble être plus simple que dans les cas du formalisme classique. Principalement parce que le formalisme informatif se caractérise par l'exigence des formes qui cherchent à protéger la volonté des contractants placés en situation d'infériorité, et alors la nullité serait de caractère relatif<sup>593</sup>. « Même si elles sont d'ordre public, ces règles sont posées dans le seul intérêt de la partie protégée (consommateur, salarié, emprunteur), elles doivent être sanctionnées par une nullité relative qu'elle seule peut invoquer »<sup>594</sup>.

**562.** Face à ces enjeux, si la finalité des règles du formalisme informatif est la protection de la volonté de la partie en situation de déséquilibre ou d'infériorité, la sanction doit être imposée en conformité avec la théorie des vices du consentement.

---

<sup>592</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme informatif, *art. préc.*, p. 886.

<sup>593</sup> Dans ce sens, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 janvier 1992, *Bull. civ.* I, no. 22, p. 15.

<sup>594</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 887.

Ainsi, il est pertinent de vérifier que le consentement de la partie protégée ait bien été vicié et que l'omission de la forme informative ait été déterminante sur ce consentement. Dans ce cas, la sanction de l'inobservation de la règle du formalisme informatif dépend de l'existence d'un vice du consentement, les plus plausibles l'erreur ou le dol. Le cas échéant, l'omission des mentions obligatoires ne devrait pas pouvoir être sanctionnée<sup>595</sup>.

La Cour de cassation a adopté ce raisonnement en matière de vente de fonds de commerce<sup>596</sup>. Egalement en matière des contrats de distribution, la Cour de cassation dans l'arrêt « Le Maraîcher » a reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas « si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires gérants »<sup>597</sup>.

**563.** De manière plus large, les sanctions propres de la théorie générale des contrats peuvent être mises en œuvre sans qu'aucune règle de forme n'ait été violée. « Dans certains exemples cités pour illustrer les sanctions potentiellement applicables, il eût été théoriquement possible de se fonder uniquement sur le non-respect des règles de fond ou l'inexécution du contrat, pour demander l'application de la sanction (la nullité pour dol ou erreur, la responsabilité *aquillienne* ou contractuelle du contractant de la partie faible, etc.) »<sup>598</sup>.

**564.** Cependant, divers auteurs sont d'accord pour dire que les sanctions tirées de la théorie générale restent fort théoriques et peu pratiques. Ces sanctions sont parfois mentionnées par la doctrine mais elles ne sont pas, ou peu, appliquées par la jurisprudence<sup>599</sup>.

Malgré cela, les sanctions propres de la théorie classique des contrats restent encore comme des alternatives possibles pour sanctionner la

---

<sup>595</sup> V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 179.

<sup>596</sup> Cass. civ., 30 oct. 1951, *D.* 1952, *jurispr.* p. 86 ; *RTD com.* 192, p. 305, obs. A. Jauffret.

<sup>597</sup> Cass. com. 10 février 1998. *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup>. 71, p. 56 ; *Contrats., conc., consom.*, 1998, comm. 55, L. Leveneur ; *D.* 1998, *somm.* p. 334, obs. Ferrier ; *Deffrénois* 1998, art. 36815, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1998, p. 130.

<sup>598</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 447.

<sup>599</sup> Sur les observations critiques à la théorie classique des vices du consentement et ses sanctions, V. *supra*, p. 193 et s.

méconnaissance des formes informatives et ainsi protéger la partie faible au contrat.

**565.** En effet, c'est la diversité de ces alternatives qui caractérise le système des sanctions du formalisme informatif, surtout parce que dans les législations contemporaines de protection de la partie faible on trouve un autre bloc de sanctions nouvelles en cas de violation des règles du formalisme informatif.

## §2. Les sanctions des législations de protection de la partie faible

**566.** Selon les législations contemporaines de protection de la partie faible, de nombreuses sanctions sont susceptibles d'être appliquées en cas de violation des règles du formalisme informatif. En effet, dans ces législations on peut trouver des sanctions pénales, civiles ou administratives. Les sanctions propres de la théorie générale des contrats peuvent être aussi invoquées.

Ainsi, des dispositions particulières de protection de la partie faible consacrent la nullité comme sanction en cas de méconnaissance des exigences du formalisme informatif.

**567.** Par exemple, pour le cautionnement, l'article L 341-2 du Code de la consommation établit l'exigence d'une mention manuscrite. Cette règle a pour finalité la protection de la volonté de la caution. Mais alors, si la mention manuscrite fait défaut ou est irrégulière, il faut savoir si le cautionnement est nul ou si par contre il s'agit simplement d'une règle de preuve.

Sur ce sujet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mars 2012, a établi que l'engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel qui ne comporte pas une mention manuscrite identique à celles prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation est nul. En l'espèce, les juges du fond, pour rejeter la demande, ont retenu que si la rédaction de la mention manuscrite prévue à l'article L.341-2 du Code de la consommation n'était pas strictement conforme aux prescriptions légales, il en ressortait cependant que la caution avait, au travers des mentions portées, une parfaite connaissance de l'étendue et de la durée de son engagement, qu'en outre la caution, tenue de recopier la formule prévue par la loi, ne saurait invoquer, pour tenter d'échapper à ses engagements, ses propres errements dans le copiage de cette formule. La Cour de cassation a

censuré cette décision et a établi que les mentions manuscrites doivent être identiques à celles prévues par la loi<sup>600</sup>.

**568.** De même, en matière de cession de fonds de commerce, l'article L. 141-1 prévoit la nullité de l'acte de vente comme possible sanction en cas d'omission des énonciations prescrites par la loi. La jurisprudence a réitéré en plusieurs occasions que la nullité résultant de l'omission des formalités prévues par cet article est relative, donc elle ne peut être prononcée que sur la demande de l'acquéreur<sup>601</sup>.

**569.** Dans d'autres cas, les législations de protection de la partie faible consacrent d'autres alternatives au moment de sanctionner l'inobservation des exigences du formalisme informatif.

Ainsi, par exemple en matière de crédit immobilier, la sanction prévue est la déchéance du droit aux intérêts. Le Code de la consommation dans son article L. 312-33, modifié par la loi du 17 mars 2014, établit que le prêteur ou le bailleur qui ne respecte pas l'une des obligations prévues aux articles L312-7 et L312-8 (mentions obligatoires de l'offre) sera puni d'amende de 150 000 €. Dans son dernier alinéa cet article établit que le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge<sup>602</sup>.

**570.** Pour ce qui concerne les conséquences en matière de contrat de travail à durée déterminée, la sanction prévue est la requalification du contrat. Dans ce sens, en l'absence des mentions exigées par la loi, le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée.

C'est la solution établie par l'article L1242-12 du Code du travail. Ainsi, « l'absence de nom et de qualification de la personne remplacée dans le contrat de travail est désormais sanctionnée par une présomption irréfutable de contrat à durée indéterminée. L'employeur ne peut donc, comme c'était le cas

---

<sup>600</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 mai 2012, n<sup>o</sup>. 11-17411. Note S. Piedelièvre, *Gazette du Palais*, mercredi 5, jeudi 6 septembre 2012.

<sup>601</sup> Com. 17 nov. 1998 : *D* ; affaires 1999. 116. Lyon, 10 février 1948 : *D*.1948. *Somm.* 22.

<sup>602</sup> En ce sens, V. Cass, 1<sup>ère</sup> civ. 18 mars 2003 : *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>. 84 ; *D.* 2003. AJ 1036, obs. Rondey ; *Gaz. Pal.* 2003, *Somm.* 2574, obs. S. Piedelièvre ; *RTD com.* 2003. 554.

avant la loi de 1990, pallier l'omission d'une de ces mentions par le recours à d'autres moyens d'information »<sup>603</sup>.

**571.** Il résulte clairement des dispositions qui viennent d'être mentionnées que l'inobservation des règles du formalisme informatif peut être sanctionnée par une grande variété de mesures.

Cette diversité des sanctions présente des inconvénients au moment de son application. Il est possible que la loi n'établisse pas expressément une sanction applicable, cas où cela ne soulève pas de majeures difficultés. Mais, il est possible aussi que la loi établisse plusieurs sanctions applicables à la même omission de formes informatives, cas où les solutions consacrées peuvent être complémentaires ou incompatibles entre elles<sup>604</sup>.

**572.** Face à cette diversité des sanctions applicables et aux difficultés pour leur mise en œuvre, il est absolument nécessaire de trouver des critères d'unicité pour orienter et organiser la politique des sanctions du formalisme informatif.

## **B. Le besoin d'une unicité des critères qui oriente la politique des sanctions du formalisme informatif**

**573.** Le régime des sanctions du formalisme informatif se caractérise par la diversité des sanctions prévues et par l'anarchie. Il est donc indispensable de trouver quelques critères de caractère général qui orientent la politique des sanctions du formalisme informatif. C'est pourquoi nous étudierons tout d'abord les fonctions des sanctions du formalisme informatif (§1), avant d'aborder le caractère essentiel de l'information omise comme critère pour la détermination de la sanction (§2).

### §1. Les fonctions des sanctions du formalisme informatif

**574.** Afin de définir plusieurs critères d'unicité et d'orientation dans la politique des sanctions du formalisme informatif, il faut commencer par

---

<sup>603</sup> C. ROYLOUSTAUNAU, *Droit social*, Dalloz, 1997, p. 922.

<sup>604</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 445.

identifier l'influence de la sanction sur le concept même du formalisme. La sanction détermine-t-elle le formalisme ?

**575.** Ainsi, il est pertinent d'analyser les fonctions exercées par les sanctions du droit privé et déterminer leur influence dans la définition même des règles du formalisme informatif. Certes, les finalités et les fonctions servent d'instruments d'orientation dans l'application des règles de droit.

Il faut donc tout d'abord traiter la fonction réparatrice qu'exerce la sanction. En matière de responsabilité civile, la sanction a une fonction réparatrice ou compensatoire dès lors qu'elle cherche à garantir à la victime la réparation du dommage causé.

Dans le cas de l'inobservation des règles du formalisme informatif, la sanction a pour finalité de réparer le dommage causé au créancier de l'information par l'omission de l'information. Ainsi, par exemple, si dans la conclusion d'un contrat de prêt avec un consommateur, le professionnel omet l'information établie dans l'article L-312-8 du Code de la consommation, le professionnel devra réparer les dommages qui résultent de l'omission.

**576.** En outre, la sanction exerce une fonction comminatoire, surtout parce que la sanction a toujours pour effet d'inspirer la crainte et d'avertir sur les conséquences du comportement en exerçant une pression<sup>605</sup>. Donc la force de la sanction réside « moins dans son caractère réparateur que dans la menace de punition qu'elle fait peser »<sup>606</sup>.

**577.** Mais surtout, la sanction du formalisme informatif remplit une fonction préventive<sup>607</sup>. L'imposition de la sanction a pour fonction d'éviter que la personne sanctionnée ne répète le comportement dommageable, mais aussi de prévenir les autres personnes par l'extériorisation des conséquences du comportement sanctionné<sup>608</sup>.

« Le législateur voit facilement les avantages du formalisme. Edictant une règle générale et raisonnant pour cela sur les ensembles, il constate que

---

<sup>605</sup> G. ORDOQUI CASTILLA, Las funciones del Derecho de danos de cara al siglo XXI, in *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, ed. temis 2010, t. 4, v. 2, p. 11.

<sup>606</sup> V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 178.

<sup>607</sup> Sur la prévention comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* p. 184 et s.

<sup>608</sup> R.-D. PINILLA COGOLLO, Las funciones preventivas y disuasivas de la pena, in *Facetas Penales*, n° 54, mayo-junio 2006, p. 79-80.

certaines formes empêchent les engagements irréfléchis et ceux qui seraient les fruits de la captation ; que d'autres empêchent les fraudes envers les tiers ; que d'autres, volontairement dépouillés, procurent une rapidité et une sécurité auxquelles le consensualisme n'atteint pas toujours. Du formalisme, il voit essentiellement un rôle préventif »<sup>609</sup>.

Ainsi, les législations de protection de la partie faible, en développant la fonction préventive du formalisme informatif, imposent l'obligation d'introduire des informations dans le contrat, afin d'éviter des engagements irréfléchis. De même, par la consécration des sanctions à l'inobservation des formes informatives le législateur obéit également à la fonction préventive.

**578.** Cependant, c'est certainement le juge qui doit appliquer la sanction lorsque les règles légales n'ont pas été respectées. Certes, l'application des sanctions du formalisme informatif, lorsque la loi n'a pas été observée, obéit aussi à la fonction préventive du droit de la responsabilité civile.

« Plus précisément, le juge manifeste son adhésion aux objectifs de la législation lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de certaines catégories de contractants envisagés comme placés en situation d'infériorité »<sup>610</sup>. Dans ce sens, il est possible d'observer dans les attitudes, tant du législateur que du juge, la tendance préventive qui oriente le droit contemporain des contrats.

**579.** Dans cet ordre d'idées, et face à l'anarchie dans l'application des sanctions du formalisme informatif, les fonctions exercées par les sanctions du formalisme informatif peuvent servir de critères d'orientation dans l'application des règles du droit. Plus précisément il est possible d'affirmer que ces fonctions orientent les règles d'application dans la politique des sanctions du formalisme informatif.

**580.** Néanmoins, il faut chercher d'autres instruments pour trouver une unicité des critères qui orientent l'application des sanctions du formalisme informatif. Ainsi, étant donnée l'importance de l'information, il est pertinent de scruter le caractère essentiel de l'information et son influence dans le choix et l'application de la sanction.

---

<sup>609</sup> G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 887.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 888.

## §2. Le caractère essentiel de l'information omise et la protection de la volonté de la partie faible

**581.** Face à la multiplication des formes informatives en droit contemporain, plusieurs auteurs coïncident pour affirmer qu'il est difficile d'établir un critère général qui oriente les sanctions applicables en cas de méconnaissance des règles du formalisme informatif.

En effet, certains affirment que cette complexité réside dans la difficulté pour identifier les intérêts dont la règle de forme est destinée à assurer la sauvegarde<sup>611</sup>. D'autres affirment que c'est à partir des finalités reconnues au formalisme qu'il faut raisonner pour déterminer les sanctions attachées aux règles qui le mettent en œuvre<sup>612</sup>.

**582.** Toutefois, l'objet des formes informatives, plus précisément des mentions obligatoires, est l'information. Certes, les mentions obligatoires concernent les éléments essentiels du contrat et les protections accordées par la loi.

Ainsi, la finalité des règles de forme est la protection de la volonté des parties au contrat, et l'instrument utilisé est l'information<sup>613</sup>. Dès lors, le législateur exige l'inclusion dans les contrats des mentions obligatoires sur les informations du contrat qu'il considère importantes pour former le consentement de la partie réputée plus faible.

**583.** Cependant, toute l'information qui doit être consignée dans le contrat n'a pas la même importance par rapport à la nature du contrat ou ses éléments. Certes, quelques informations revêtent un caractère plus essentiel pour la formation du consentement.

Ainsi par exemple l'article L121-17 du Code de la consommation prévoit que l'offre, lorsqu'elle est adressée par un moyen de communication à distance doit comporter des informations détaillées sur la durée et la validité de l'offre et aussi sur le coût de la technique de communication à distance utilisée, entre autres. Dans ce cas on ne peut affirmer que ces deux types d'informations ont

---

<sup>611</sup> G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme informatif, *art. préc.*, p. 886.

<sup>612</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 376.

<sup>613</sup> Sur l'information comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* p. 154 et s.

la même importance pour déterminer la volonté du consommateur. Surtout car chaque contractant a des intérêts différents dans la conclusion du contrat, et une information qui est plus importante pour une personne peut être secondaire pour une autre.

**584.** Dans cet ordre d'idées, le caractère essentiel de l'information exigée par la règle de forme doit être déterminant pour définir la sanction applicable en cas de violation de la norme.

**585.** Dès lors, il faut tout d'abord se demander ce que signifie « essentiel » ? L'Académie Française définit « essentiel » ainsi : « Qui a trait à l'essence ». « Qui appartient à l'essence, indépendamment de l'accident. Absolument nécessaire, indispensable »<sup>614</sup>.

**586.** Alors, l'essentialité de l'information doit être définie par rapport aux éléments essentiels du contrat, ce qui ne peut pas être omis pour former le consentement. Ce qui est accidentel n'est pas essentiel.

En conséquence le caractère essentiel de l'information sera déterminé par rapport à ce qui est essentiel pour la formation d'un consentement contractuel sain. Ainsi, il sera possible d'établir des degrés afin d'organiser les informations exigées par rapport à son essentialité ou importance. Alors, lorsqu'une information vraiment essentielle est exigée, son omission devra être sanctionnée par une sanction sévère, par exemple la nullité du contrat.

**587.** Le caractère essentiel de l'information doit être le critère pour déterminer la sévérité de la sanction. En ce sens, dans toute la panoplie des dispositions législatives du formalisme informatif, le critère tenant au caractère essentiel de l'information peut être déterminant pour orienter la politique des sanctions du formalisme informatif.

Ainsi, il ne fait aucun doute que l'application de la sanction en cas d'inobservation des règles de forme est très importante pour déterminer la force du formalisme informatif.

**588.** Cependant, l'efficacité du formalisme informatif dépend de certains facteurs liés aux circonstances particulières dans l'application des règles du formalisme informatif. Voilà pourquoi nous aborderons à présent le sujet de l'efficacité du formalisme informatif et ses paradoxes.

**Section 3. Efficacité du formalisme informatif : Critiques à l'application des règles du formalisme informatif du droit de la consommation/Les paradoxes**

**589.** Le formalisme informatif est un instrument conçu, en principe, pour le bénéfice des consommateurs. En ce sens, il ne devrait être que « source de bienfaits et d'avantages à leur égard »<sup>615</sup>. Cependant, malheureusement, de l'application de ces règles, ne découlent pas toujours des effets avantageux pour les consommateurs. Par contre, on trouve divers paradoxes dans son application, parfois dus à l'insuffisance de la protection (A) et dans d'autres cas aux excès de la protection (B).

**A. L'inefficacité de l'information et l'insuffisance de la protection**

**590.** Le législateur établit l'obligation d'insérer dans le contrat l'information qu'il considère pertinente, mais elle est parfois inefficace pour informer effectivement le consommateur (§1) ou elle peut être insuffisante face au consommateur (§2).

§1. Sur l'inefficacité de l'information

**591.** Il n'est pas douteux que le but recherché par le formalisme informatif consiste à doter le consommateur de l'information pertinente du contrat pour le protéger et ainsi rétablir l'équilibre contractuel dans le rapport avec le professionnel.

Pour cela, l'information objet des règles du formalisme informatif doit être de contenu pertinent et appropriée pour informer effectivement le

---

<sup>614</sup> <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=2356389720>

<sup>615</sup> A. LEPAGE, *eod. loc.*, p. 603.

consommateur et aussi compréhensible<sup>616</sup> et maîtrisable pour lui, situation qui n'est pas évidente dans tous les cas, à cause de la condition de profane du cocontractant.

**592.** Cependant, l'efficacité de l'information objet des exigences du formalisme informatif n'est pas toujours claire. Parfois l'information fournie au consommateur ne l'informe pas effectivement, à cause de sa complexité ou parce que la condition même de profane du consommateur lui pose des difficultés pour maîtriser des clauses du contrat<sup>617</sup>.

Ainsi, « l'abondance et la complexité du formalisme en font un instrument difficilement maîtrisable par ceux-là mêmes auxquels il est destiné »<sup>618</sup>.

**593.** Le formalisme informatif sera donc inutile si le profane n'a pas la capacité de comprendre le contenu des clauses du contrat, ou si simplement il ne les lit pas, hypothèse où l'on est tenté de croire que « paradoxalement ce genre de mesure est pratiquement sans effet sur les consommateurs les plus défavorisés. Pour eux, l'amélioration du consentement relève en grande partie de l'utopie »<sup>619</sup>.

**594.** En fait, la question se pose de savoir si, par exemple les mentions obligatoires, forme très fréquente en droit de la consommation, ont l'effet recherché par la loi qui les impose. Pour certains auteurs, l'invasion informative du contrat, au lieu de protéger la partie faible, peut impliquer sa non-protection car, dans la plupart des cas, le contractant signe le contrat en ignorant son contenu, ce qui implique s'obliger à l'inconnu. Alors, les mentions obligatoires, et en général le formalisme informatif, impliquent-elles une protection effective de la volonté du contractant réputé faible ?

Autrement dit, « il est douteux qu'il se trouve effectivement informé du seul fait que des mentions explicatives figurent dans l'acte qu'il a signé ou sur le

---

<sup>616</sup> Importance de l'obligation de clarté, V. *supra* p. n°. 483.

<sup>617</sup> « Ainsi le formalisme informatif, dispositif de protection du consommateur, est plus efficace si le cocontractant auquel est destinée l'information est un professionnel ». V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, n°. 540.

<sup>618</sup> A. BATTEUR, La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : Réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de voyages, *D.* 1996, chron., p. 84.

<sup>619</sup> J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.* 1994 239, p. 244

produit qu'il a acheté ; les a-t-il même lues ? »<sup>620</sup>. Et on ajouterait la difficulté qui se présente lorsque le consommateur a l'intention de lire et comprendre le contenu du contrat et ainsi de s'informer, mais qu'il se trouve devant la difficulté de lire un contrat de contenu complexe et incompréhensible selon ses capacités et connaissances particulières.

**595.** Alors il serait souhaitable d'exiger du professionnel l'obligation de donner des informations simples sur les conditions du contrat, et susceptibles d'être comprises par le consommateur. Et d'un autre côté, il est indispensable de demander au consommateur d'exercer son devoir de lecture<sup>621</sup>, accompagné surtout de la conscience de la responsabilité qui est la sienne, consistant à se prévaloir de l'information reposant dans le contrat en sa faveur.

**596.** Certes, malgré la multiplicité des formes exigées par le législateur contemporain, on peut douter de la réelle information du consommateur. Par exemple en matière de formalisme bancaire, la loi impose l'utilisation de formulaires types. A chaque opération de crédit la loi assigne un formulaire, que l'établissement de crédit doit utiliser.

Dans ce cas il semble que, malgré l'exigence de la forme, le consommateur n'arrive pas toujours à s'informer. En effet, le formulaire est donné par le professionnel au moment de la signature, mais peu de consommateurs prennent le temps de lire avant de signer le document proposé.

**597.** Par conséquent « il nous semble enfin que la forme, même respectée, si elle ne s'accompagne pas d'un véritable conseil, est insuffisante pour protéger efficacement le consommateur »<sup>622</sup>.

D'ailleurs, on peut douter aussi de l'efficacité du formalisme informatif lorsqu'on constate quelques « effets pervers » des lois qui imposent des formes informatives. Ainsi, « par exemple, le droit de la consommation, soucieux de sécurité, fait perdre au consommateur le sens du risque et le goût de l'aventure, perte qui est un des dangers mortels de notre époque ; de même, il tend peu à peu à transformer la personne humaine en un simple instrument de production et de consommation : la société devient, comme on dit, une société

---

<sup>620</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 540.

<sup>621</sup> V. *supra*, p. 198 et s.

<sup>622</sup> H. DAVO, *eod. loc.*, p. 332.

de consommation. C'est en outre un thème constant que toute protection, dès qu'elle dépasse un certain seuil, se retourne contre la personne protégée »<sup>623</sup>.

**598.** En outre, il est indispensable de s'interroger sur l'efficacité du formalisme informatif lorsque la protection peut être qualifiée d'insuffisante.

## §2. L'insuffisance de la protection

**599.** Un autre problème qui se présente dans l'application des règles du formalisme informatif est l'insuffisance de l'information fournie dans le contrat.

Ainsi, « le formalisme pèche parfois par défaut. Les prévisions du législateur ne sont pas infaillibles et une information utile pour le contractant peut avoir été omise par la loi au titre des exigences du formalisme informatif ».

**600.** C'est un problème du formalisme qui découle de la nature même du système juridique et par conséquent du formalisme d'origine légale. Ainsi l'impossibilité de notre système juridique à tout régler, devient le *talon d'Achille* du formalisme informatif. Certes, le professionnel n'est tenu d'insérer des informations dans le contrat que lorsque le législateur l'exige expressément. Alors, comme le droit ne peut pas prétendre tout régler, il y aura toujours des cas, où l'information précise requise par le consommateur dans un cas particulier ne sera pas littéralement exigée par la loi. En conséquence le formalisme informatif d'origine légale ne peut prétendre prévoir toutes les situations, ce qui implique qu'il est par nature exposé aux risques de l'insuffisance.

**601.** Le formalisme informatif du droit de la consommation souffre, en plus des risques d'inefficacité ou d'insuffisance, les conséquences des paradoxes présentes dans son application excessive.

### B. Les excès de la protection

**602.** Les cas est très différent lorsque le formalisme informatif consacre une protection excessive. Les excès de la protection peuvent être constatés dans la

---

<sup>623</sup> Ph. MALAURIE, L'effet prophylactique du droit civil, *art. préc.*, p. 670.

jurisprudence française (§1) et aussi dans l'excessive rigidité dans l'application des règles de forme et le non cumul des responsabilités du droit commun et du droit de la consommation (§2).

### §1. La portée démesurée du formalisme informatif donnée par la jurisprudence en France

**603.** La jurisprudence dans le but de protéger la partie réputée faible dans le rapport contractuel, a malheureusement interprété de manière excessive les règles du formalisme informatif.

On se trouve alors dans le cas où « le formalisme informatif a donc tendance à se retourner contre les intérêts pécuniaires du consommateur »<sup>624</sup>. C'est dans ce sens qu'il convient de comprendre l'affirmation qui a été formulée depuis plus de 50 ans par De La Marnière : « Tel système dont on espère, pour cette seule raison que c'est son but, qu'il assurera la protection d'intérêts déterminés, se retourne bien souvent contre ceux-là mêmes que l'on a voulu protéger et est source pour eux de dommages infiniment plus importants, plus graves et durables »<sup>625</sup>. Pour illustrer ces excès de la jurisprudence française, nous donnerons plusieurs exemples.

**604.** En effet, la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 15 septembre 1999, a fait une interprétation extrêmement rigide d'une formalité établie par le Code de la consommation. En particulier l'article L312-7 établit que l'offre doit être adressée par voie postale. La CA a considéré que l'envoi par télécopie constituait une irrégularité qui devait être sanctionnée par la déchéance du droits aux intérêts<sup>626</sup>, sanction considérée comme lourde « pour un péché de forme dont on peut se demander si les intérêts du consommateur en avaient réellement pâti »<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> A. LEPAGE, *eod. loc.*, p. 604.

<sup>625</sup> E. S. DE LA MARNIERE, Les législations de « protection », *D.* 1950, chron., p. 94 et s.

<sup>626</sup> CA Paris, 15 sept. 1999, *Contrats, conc., consom.*

<sup>627</sup> A. LEPAGE, *eod. loc.*, p. 610.

**605.** C'est aussi le cas de la célèbre affaire du bordereau de rétractation. En l'espèce l'article R311-7, alinéa 2 du Code de la consommation établit que le droit de rétractation en matière de crédit de la consommation doit s'exercer par un formulaire annexé à l'offre de crédit, qui « ne peut comporter aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur ».

Dans un premier temps, par un arrêt de 8 juillet 1997, la Cour de cassation a fait une interprétation excessive de la disposition du Code de la consommation car elle en a déduit que le formulaire « devait » comporter ces mentions<sup>628</sup>. Cette décision de la Cour de cassation a été considérée comme un cas de « dénaturation du formalisme informatif ».

Après, par un arrêt la Cour de cassation a effectué un revirement mesurant la portée de la disposition normative, en disant que l'article R. 311-7 n'imposait pas que le bordereau de rétractation mentionne le nom et l'adresse du prêteur<sup>629</sup>.

**606.** En outre, à propos des renégociations des prêts de logement, la Cour de cassation a suscité un débat sur la portée de l'alinéa 2 de l'article L312-8 du Code de la consommation qui disposait que : « toute modification des conditions d'obtention du prêt, notamment le montant ou le taux de crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable ».

L'application de cette disposition ne pose pas de problème lorsqu'une modification de l'offre préalable a lieu avant la signature du prêt. Mais, lorsque la modification a lieu au cours de l'exécution du contrat.

Certes, la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1998<sup>630</sup> a considéré qu'en cas de renégociation d'un prêt immobilier impliquant la modification des taux ou leur montant, les prêteurs devaient remettre une nouvelle offre préalable répondant aux conditions de forme déterminées à l'article L. 312-8 du Code de la consommation. Ici encore on trouve une interprétation excessive des règles de forme d'origine légale<sup>631</sup>.

---

<sup>628</sup> Cass. civ. 8 juill. 1997, *D. Affaires* 1997, p. 928.

<sup>629</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 juill. 2001, *D.* 2001, p. 2676.

<sup>630</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 janvier 1998, *D.* 1998, p. 503.

<sup>631</sup> En ce qui concerne les excès du formalisme informatif, il est pertinent de remarquer aussi : « les effets pervers induits par les dispositions en matière de surendettement sur l'octroi des crédits, les conséquences désastreuses de la protection

**607.** Par ces exemples il n'est pas difficile de se rendre compte que les excès dans l'application des règles du formalisme informatif conduisent à la non-protection du consommateur, en fait parce que « toute protection juridique tend, avec le temps, à se développer et à devenir excessive ; toute protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée »<sup>632</sup>.

## §2. Excessive rigidité dans l'application des règles de forme et le non cumul des responsabilités du droit commun et du droit de la consommation

**608.** La nécessité de protéger effectivement la volonté du consommateur appelle à l'urgence d'intégrer des mécanismes au-delà du formalisme informatif. Pourtant, la rigidité des juges en appliquant exclusivement la responsabilité du droit de la consommation, et en écartant la responsabilité du droit commun semble être une menace pour le consommateur.

**609.** La possibilité d'aller au-delà du droit de la consommation ne convainc pas les juges. En effet, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1989 la Cour de cassation a nié la possibilité de sanctionner par le biais du droit commun la protection du consommateur. La rigidité dans l'application restrictive de la responsabilité du droit de la consommation, excluant ainsi la possibilité d'appliquer la responsabilité du droit commun se retourne contre le consommateur. Ainsi il semble que « le piège du formalisme résulterait peut-être de son respect »<sup>633</sup>.

**610.** En ce sens, « on peut préférer penser qu'il serait possible d'aller au-delà des exigences du formalisme en sollicitant le droit des obligations. La théorie des vices du consentement, sous l'angle de l'erreur ou bien du dol, pourrait être utilement invoquée dans les conditions qui sont les siennes ». « Sa mise en œuvre de façon non concurrente mais complémentaire du

du locataire sur le marché immobilier et les effets de seuil induits par les mécanismes d'aides à l'embauche de salariés de plus de cinquante ans à l'égard des demandeurs d'emplois légèrement moins âgés. Ces exemples démontrent que les législations de protection sont souvent sources d'effets pervers ». N. SAUPHANOR, *op. cit.*, p. 20.

<sup>632</sup> Ph. MALAURIE, L'effet pervers des lois, in *Droit Civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. Cornu*, n° 5, p. 310.

<sup>633</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 1989, *JCP* 1991, II, 21632, note G. Virassamy.

formalisme œuvrerait efficacement à la satisfaction d'intérêts que celui-ci offre précisément de servir »<sup>634</sup>.

---

<sup>634</sup> A. LEPAGE, *eod. loc.*, p. 607.

## Conclusion

---

**611.** L'exercice réalisé dans cette étude, consistant à étudier le rôle du formalisme en droit contemporain, nous a permis de constater que le formalisme contractuel était un outil essentiel du droit dans la protection du consentement contractuel.

**612.** En ce sens, le formalisme constitue un instrument fondamental au service du législateur afin de protéger la volonté des parties du contrat, en particulier face aux nouveaux défis du droit contemporain et aux déséquilibres contractuels qui situent l'une des parties dans une situation d'inégalité et de faiblesse. Cette « instrumentalisation » du formalisme est, dans une grande mesure, la cause et la raison de sa renaissance dans la législation contemporaine.

**613.** Il ne fait aucun doute que les manifestations du formalisme se sont multipliées dans la législation contemporaine. Cependant, le législateur n'est pas le seul acteur juridique en matière de création et d'application des formalités. Certes, dans la jurisprudence la tendance est totalement contraire : en effet, « elle a parfois détruit, souvent atténué les règles légales qui écartaient le consensualisme »<sup>635</sup>. De même, l'accord entre les parties, leur permet, avec certaines limitations, d'aménager les règles particulières de forme et de preuve qui régissent leur contrat.

Ces enjeux dans les manifestations et les applications du formalisme, permettent de constater, à côté du processus de renaissance, une évidente fluidité et flexibilité du formalisme contractuel contemporain. Ainsi, la possibilité pour les parties d'organiser et d'accommoder les règles de forme ou de preuve du contrat, surtout en matière de contrats électroniques, mettent en évidence cette accessibilité et fluidité nouvelle du formalisme.

**614.** De cette manière nous pouvons confirmer que le formalisme, de source légale ou conventionnelle, joue un rôle indéniable au service de la volonté contractuelle. En conséquence, la forme exigée pour la formation du contrat, dans le droit contemporain, ne peut être conçue comme une condition indépendante du consentement.

Lorsque l'article 1108 du Code civil français consacre le consentement libre de vices comme condition pour la validité d'une convention, cette exigence implique

---

<sup>635</sup> J. FLOUR, *op. cit.*, p. 105.

la nécessité de faire appel aux formes de protection de la volonté dans la conclusion du contrat, non seulement comme une exigence expresse et indépendante de la loi, comme elle fut traditionnellement conçue, mais plus exactement comme une obligation de caractère préventif à la charge des parties pour garantir le consentement. En effet, en droit contemporain l'exigence de la forme se justifie, dans la plupart des cas, comme instrument et garant de la protection de la volonté contractuelle.

Cela nous permet d'affirmer que le formalisme contemporain est un sujet qui appartient sans doute à l'étude du consentement, condition de fond de l'accord des volontés. Autrement dit, l'analyse du formalisme ne peut être séparée de l'étude du consentement, dans la mesure où sa protection est la raison et la finalité de l'exigence préventive des formes informatives du droit contemporain.

**615.** Ainsi, il est évident que le formalisme contemporain exerce une influence remarquable sur des éléments de fond du contrat. En effet, « les auteurs mettent en avant le rôle double que jouent en la matière les obligations légales. Destinées à éclairer le choix du consommateur, elles ont pour conséquence indirecte de déterminer, au moins en partie, le contenu de l'accord contractuel. Jusqu'alors neutre, le formalisme interviendrait désormais sur les questions de fond. La confusion opérée entre l'*instrumentum* et le *negotium* irait même jusqu'à entraîner une absorption complète du fond par la forme. Il n'y aurait en conséquence plus de place pour un débat sur le fond, du moins lorsque la forme a été respectée. En d'autres termes, la forme éclipserait le fond »<sup>636</sup>.

Au-delà, la forte influence du formalisme en droit contemporain des contrats « conforte l'idée selon laquelle la relation du consensualisme et du formalisme doit être repensée. L'ampleur du phénomène formaliste dans le système juridique conduit inévitablement à reconsidérer sa place dans la théorie générale du contrat et à dénoncer le mythe de son caractère exceptionnel »<sup>637</sup>.

Cela ne signifie pas que le formalisme se soit substitué au principe de liberté des formes. Ce constat sur la relation consensualisme-formalisme implique un changement dans la conception traditionnelle du principe du consensualisme parce

---

<sup>636</sup> N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses Universitaires D'Aix- Marseille- Puam, 2002, p. 417.

<sup>637</sup> V. FORRAY, *op. cit.*, p. 228.

que le formalisme n'est plus d'application exceptionnelle. Au contraire, il est devenu une règle d'application générale et en conséquence applicable de manière extensive aux cas analogues<sup>638</sup>.

**616.** Par conséquent, face aux paradoxes et aux difficultés déjà exposées dans l'application des règles du formalisme informatif en droit contemporain, nous constatons le besoin de combattre les déséquilibres contractuels et de protéger la partie réputée faible par des instruments additionnels et complémentaires.

Du côté du professionnel, une obligation de conseil et d'avertissement est indispensable au moment de la formation du contrat ; et du côté du consommateur l'obligation de lecture et de réflexion est essentielle pour construire un consentement éclairé et sain du véritable contenu du contrat et des obligations qu'il contient.

---

<sup>638</sup> A. GENTILI, *La forma, en Lezioni sul contratto, Raccolte da A. Orestano, Giappichelli, Torino, 2009.*

**BIBLIOGRAPHIE**

---

**I. Ouvrages généraux, traités et manuels**

**AUZERO (G.) ET DOCKES (E.)**, Droit du travail, Dalloz, 2015.

**BENABENT (A.)**, Droit civil, Les obligations, 12e éd., Montchrestien, 2010.

**CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**, Droit de la consommation, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010.

**BEUDANT (Ch.)**, Cours de droit civil français, t. VIII, 2<sup>ème</sup> éd. Par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE, Paris, 1936.

**CORNU (G.)**, Vocabulaire juridique, 8e, éd., PUF, 2008.

**DEMOGUE (R.)**, Traité des obligations en général, T.I, no. 92, Paris, éd. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1923.

**DEVIS ECHANDIA (H.)**, Teoría general de la prueba judicial, ed. Biblioteca Jurídica Dik, Bogotá, 1993.

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.)**, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 14e, éd., Sirey, 2010.

**GAUDEMET (J.)**, Droit Privé Romain, Paris, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2000.

**GENY (F.)**, Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. III, 1921, 95, no. 202, 1922.

**GHESTIN (J.)**, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993.

**HINESTROSA (F.)**, Tratado de las Obligaciones II, De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico, t. II, V. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

**JARAMILLO J. (C.I.)**, Derecho Privado, Derecho de Contratos, v. 2, ed. Ibáñez, Colombia, 2014.

**LAFONT PIANETTA (L.)**, Manual de derecho privado contemporáneo, Parte General, 2006.

**LAFONT PIANETTA (L.)**, Manual de derecho privado contemporáneo, t. II, 2009.

**LARROUMET (Ch.)**, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6e, éd., Economica, 2007.

**LEGAZ Y LACAMBRA (L.)**, Introducción a la Ciencia del Derecho. Barcelona, Bosch , 1943. .

**LÉVY (J.-P.) et CASTALDO (A.)**, Histoire du droit civil. Dalloz 1<sup>e</sup> édition, Paris, 2002.

**LOPEZ SANTA MARÍA (J.)**, Los contratos, Parte general, ed. Jurídica de Chile. 2005, t. 1, p. 251.

**MALAUERIE (Ph.), AYNES (L), STOFFEL-MUNCK (Ph)**, Droit civil, Les Obligations, Defrénois, 2004.

**MALAUERIE (Ph.) et AYNES (L.)**, Les contrats spéciaux, Défrenois, 5<sup>e</sup> éd., 2011.

**MAZEAUD (H.)**, Leçons de droit civil, t. 2, v. 1, 9<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Paris, 1998.

**PARRA QUIJANO (J.)**, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 18<sup>a</sup> ed., Bogotá-Colombia, 2011.

**PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),** Traité pratique de droit civil français, t. 5, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ., 1952.

**ROCHA ALVIRA (A.),** De la prueba en derecho, Actualizado con el código general del proceso y revisado por Alfonso Clavijo González, Grupo editorial Ibáñez, Colombia, 2013.

**SERIAUX (A.),** Droit des obligations, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1992.

**TARDE (G.),** Les transformations du droit : étude sociologique, Collection Histoire des idées, 1993.

**TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.),** Droit civil, Les obligations, 10e, éd., Dalloz, 2009.

## **II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies**

**ABDALLA FATHY (A.),** Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats : Etude comparative, Le Caire, Publications de l'Université du Caire, thèse. 1974.

**ARRUBLA PAUCAR (J.),** Evolución del Derecho Comercial, ed. Jurídica Diké. Medellín, Colombia, 1997.

**BART (J.),** Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle, éd. Montchrestien, Paris, 1998.

**BAUDOIN, J.-L.,** La protection des consommateurs, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV, Dalloz, spéc., p. 8.

**BECQUÉ- ICKOWICZ (S.),** Le parallélisme des formes en droit privé, thèse, éditions Panthéon- Assas, Paris, 2004.

**BERLIOZ (G.),** Le contrat d'adhésion, LGDJ, Paris. 2<sup>ème</sup> éd., 1976.

**BORIES (A.),** Le formalisme dans les contrats d’auteur, contribution à l’édification d’un droit d’auteur économique, Montpellier, 2007.

**BOURRIER (Ch.),** La faiblesse d’une partie au contrat, éd. Brulant Academia S.A. 2003.

**BOUTONNET (M.),** Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, thèse, LGDJ, 2005.

**CALAIS- AULOY (J.),** Essai sur la notion d’apparence en droit commercial, LGDJ. 1959.

**CALVET (L.-J.),** Historia de la escritura: De Mesopotamia hasta nuestros días, Trad. J. PALACIO TAUSTE, éd., Paidós, 2001.

**CHABAS (J.),** De la Déclaration de volonté en droit civil français, thèse, Paris, 1931.

**CHARDIN (N.),** Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté, thèse, éd., LGDJ, Strasbourg, 1988.

**CORBINO (A.),** Il formalismo negóciabile nell’esperienza romana, 2ème éd., 2006.

**COUTURIER (G.),** Les relations entre employeurs et salariés professionnels en droit français, *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-Belges, Paris LGDJ, 1996, p. 143.

**CUNHA (V.),** Le formalisme en droit des contrats, thèse, Nice, 2002.

**DE BOUARD (F.),** La dépendance économique née d’un contrat d’intégration en droit des obligations, LGDJ, Paris, 2007.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)**, Le tiers à l'acte juridique, thèse. LGDJ, Paris 2000.

**DEROUSSIN (D.)**, Histoire du droit des obligations, éd. Economica. Paris, 2007.

**DEVEZE (J.)**, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, thèse, Toulouse, 1980.

**DUGUIT (L.)**, Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils, thèse Bordeaux, 1882.

**DUGUIT (L.)**, Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, 1912.

**DURIAC (I.)**, Fonction de la validation de la signature, Université Panthéon Assas Paris II, 1997.

**ESPITIA GARZÓN (F.)**, Historia del Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia, 4<sup>a</sup> ed., Bogotá, 2012.

**FABRE- MAGNAN (M.)**, De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie, LGDJ, Paris, 1992.

**FIN-LAUGER (L.)**, L'équilibre contractuel, thèse, LGDJ, Orléans, 2002.

**FIORI-KHAYAT (C.)**, Essai sur le formalisme cambiaire: la forme, condition de l'engagement dans la lettre de change, Versailles Saint-Quentin, 2004.

**FORRAY (V.)**, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, thèse, éd., LGDJ, 2007.

**GAUDEMET (J.)**, Droit Privé Romain, 2ème éd., Montchrestien, 2000.

**GROCIO (H.),** Del derecho de presa, Del derecho de la guerra y de la paz, Trad., P.- M. GOMEZ, Madrid, 1987.

**GUASP (J.),** Derecho Procesal Civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

**GUERRIERO (M.-A.),** L'acte juridique solennel, thèse, Toulouse, 1975.

**HALPÉRIN (J.-L.),** L'histoire du droit privé français depuis 1804, P.U.F., Paris, 1996.n

**HOUTCIEFF (D.),** Le principe de cohérence en droit privé, thèse, PUAM 2001.

**HUET (J.) et MAISL (H.),** Droit de l'informatique et des télécommunications, éd. Litec, 1989.

**IHERING (R.-V.),** El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, España, éd. Comares, 1998.

**ITEANU (O.),** Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique, éd., Eyrolles, 1996.

**JACQUEMIN (H.),** Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible, éd., Larcier, 2010.

**JHERING (B.),** L'esprit du droit romain dans les diverses phrases de son développement, éd., 3<sup>e</sup> éd., t. III, Paris, Chevalier- Marescq, 1887.

**JOLY- PASSANT (E.),** L'écrit confronté aux nouvelles technologies, LGDJ, Paris, 2006.

**JOSSERAND (L.),** Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, éd. Dalloz, 2006.

**KARIMI (A.),** Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, thèse, 2001.

**LABARTHE (F.),** La notion de document contractuel, thèse Paris I, LGDJ, éd. 1994.

**LAFONT (S.),** La soumission des personnes publiques au droit de la consommation, thèse, Litec, 2009.

**LARGUIER (J.),** La notion de titre en droit privé, éd., Dalloz, Paris, 1951.

**LAUDE (A.),** La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, P.U. Aix Marseille, 1992.

**LE GAC- PECH (S.),** La proportionnalité en droit privé des contrats, thèse, LGDJ, Paris, 2000.

**LEAUTE (J.),** Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, thèse, Paris, 1946.

**LESAGE (A.),** Droit romain: le Formalisme dans la législation romaine, thèse, 1895.

**LIMBACH (F.),** Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté, thèse, éd., LGDJ, 2004.

**LLOBET I. AGUADO (J.),** El deber de información en la formación de los contratos, ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 1996.

**LOZANO LÓPEZ (R.),** El formalismo y su consideración en el código mercantil colombiano, tesis, Universidad Javeriana, Colombia, 1982.

**MAS (F.),** La conclusion des contrats du commerce électronique, thèse, LGDJ, 2005, p. 330.

**MILL (J.-S.),** El utilitarismo: un sistema de la lógica (Libro VI, capítulo XII), ed. Alianza, Trad. Esperanza Guisán, Madrid, 2007.

**MOENECLAYE (P.),** De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, thèse, Lille, 1914.

**MONTERO (E.),** Les contrats de l'informatique et de l'internet, éd., Larcier, Bruxelles, 2006.

**MONTREDON (J.-F.),** La désolennisation des libéralités, thèse, LGDJ, Paris, 1989.

**NAVIA REVOLLO (J.-F.),** La reticencia como forma de dolo-vicio de la voluntad, tesis, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

**NICOD (M.),** Le formalisme en droit des libéralités, thèse multigr., Paris XII, 2000.

**NGUYEN (T.-D.),** Le formalisme en matière contractuelle, thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, Paris, 2001.

**NOBLOT (C.),** La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative, éd., LGDJ. 2002.

**PIEDELIEVRE (A.),** Les transformations du formalisme dans les obligations civiles, thèse, Paris, 1959.

**PORTALIS (J.-E.-M.),** Discours préliminaire sur le projet du Code Civil, publié par la bibliothèque de la philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989.

**RENGIFO GARCÍA (E.),** Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante, Universidad Externado de Colombia, 2<sup>a</sup> éd., Bogotá, 2004.

**RIEG (A.),** Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse, éd., LGDJ, 1961.

**RIPERT (G.),** La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949.

**ROPPO (V.),** El contrato del dos mil, Universidad Externado de Colombia, trad: Milagros Koteich, Bogotá, 2005. .

**ROSENBERG (L.),** La carga de la prueba, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956.

**ROUSSEAU (J.-J.),** Ensayo sobre el origen de las lenguas, Fondo de Cultura Económica de México, 1982.

**ROUSSIER (J.),** Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église, thèse. éd. F. Loviton, Domat-Montchrestien, 1933.

**ROUXEL (R.),** Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques, thèse, Caen, 1934.

**RZEPECKI (N.),** Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses Universitaires D'Aix- Marseille- Puam. 2002.

**SALEILLES (R.),** La déclaration de volonté, Paris, 1901.

**SAUPHANOR (N.),** L'influence de la consommation sur le système juridique, thèse, LGDJ, Paris, 2000.

**SERLOOTEN (P.),** Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français, Annales Université Toulouse. T. 27, 1979, p. 133.

**STIGLITZ (R.),** Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

**TERRE (F.)**, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, 1955.

**VIRASSAMY (G.)**, Les contrats de dépendance, LGDJ, Paris, 1986.

**VITTORIO (F.)**, Teoría de la interpretación jurídica, éd. Temis, Bogotá, 1991.

**VON IHERING (R.)**, El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, trad., Enrique Principe Y Satorres Granada, 1998.

**ZAGREBELSKY (G.)**, El derecho dúctil, ley, derechos, justicia, 5<sup>a</sup> éd., trad. M. Gascon, madrid, trota, 2003.

**ZAMBRANO (P.)**, La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

### **III. Articles**

**AMMAR (D.)**, Preuve et vraisemblance, RTD Civ. 1993, p. 499.

**ARIAS BARRERA (L.-C.)**, Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero, Revista emercatoria, v. 7, no. 1, Bogotá, 2008.

**AUBERT, J.-L.**, Le formalisme (rapport de synthèse), *in* Rép. Défrenois, 2000, p. 931.

**AYNES (L.)**, Formalisme et prévention, *in* Le droit du crédit au consommateur, éd., Litec, 1982, p. 63.

**BACACHE (M.) ET LEROYER (A.-M.)**, Acte d'avocat : Acte sous seing privé contresigné par l'avocat - Acte authentique, RTD Civ. 2011, p. 403.

**BATTEUR (A.),** La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : Réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de voyages, D. 1996, chron., p. 81.

**BEAUCHARD (J.),** Les principes européens du droit de la consommation, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 55.

**BEHAR-TOUCHAIS (M.),** La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, *Revue des Contrats*, no. 1, 2009, p. 202.

**BENABOU (V.-L.),** La confiance dans l'économie numérique, *in* La confiance en droit privé des contrats, sous la direction de Valerie- Laure Benabou et Muriel Chagny, D. 2008. p. 65.

**BERLIOZ- HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.),** Le droit des contrats face à l'évolution économique, *in* Etudes offerts à Roger Houin, Dalloz- Sirey, Paris, 1985, p. 4.

**BERNAL FANDINO (M.),** Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor, *in Universitas*, no. 124, Bogotá-Colombia, 2012, p. 43.

**BINET (P.),** A propos de la formalité du bon pour, *RTD Civ.*, 1918, 41.

**BRASSEUR (P.),** Le formalisme dans la formation des contrats, *Approches de droit comparé*, *in* Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Bruylant, LGDJ., 2002, p. 605.

**BROUSSEAU (E.),** L'économiste, le juriste et le contrat, *in* Mélanges Jacques Ghestin, 2001, p. 153.

**CADIET (L.),** Une justice contractuelle, l'autre, *in* Le contrat au début du XXIe siècle, études Offerts à Jacques Ghestin, LGDG, 2001.

**CALAIS AULOY (J.)**, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.* 1994, p. 239.

**CANIVET (G.) et CHAMPALAUNE (C.)**, Le comportement du consommateur dans la définition du marché *in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 227.

**CATALÁ (P.)**, Le formalisme et les nouvelles technologies, *Defrénois*, 15 août 2000, n°. 15- 16, p. 897

**CATALÁ (P.)**, Les lois du marché *in Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, p. 201.

**COUTURIER (G.)**, Les finalités et les sanctions du formalisme, n°. Spécial, Jacques Flour, *Le formalisme*, *Defrénois*, 15- 30 août 2000.

**CROZE (H.)**, Informatique, preuve et sécurité, *D.* 1987, *chron.*, p. 165.

**CHARFEDDINE (M.-K.)**, L'écrit: une preuve à l'épreuve, *in Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, p. 217.

**CHARPENTIER (E.)**, Un paradoxe de la théorie du contrat: L'opposition formalisme/consensualisme, *in Les cahiers du droit*, 2002, vol. 43, no. 2, p. 275.

**CHINCHILLA IMBETT (C.-A.)**, El deber de información contractual y sus límites, *in Revista Derecho Privado*, no. 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p.327.

**DAVO (H.)**, Formalisme bancaire et protection du consommateur, *in Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Dalloz 2004. P. 329.

**DE RAVEL ESCLAPON (T.)**, La loi Consommation décryptée, *Dalloz Actualité*, 1 avril 2014, p. 3.

**DEMOUILIN (M.) et MONTERO (E.),** Le formalisme à l'aune des contrats dématérialisés *in* Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen. Bruxelles, Bruylant, Paris. LGDJ., 2002, p. 705.

**DELPECH (X.),** Information et droit de rétractation des consommateurs : Le décret est paru, Actualité Dalloz, 23 septembre 2014, p. 1.

**DEPADT- SEBAG (V.),** Les conventions sur la preuve, *in* La preuve, sous la direction de C. DUIGLIER , Economica, éd. 2004, p. 18.

**DEVÈZE (J.),** La forme du contrat électronique, *in* Le contrat électronique, travaux de l'Association H. Capitant (2000), éd. Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 59.

**DREIFUSS-NETTER (F.),** Droit de la concurrence et droit commun des obligations, RTD civ. 1990, p. 369.

**FERRIER (D.),** L'obligation d'informer le futur franchisé *in* Revue des Contrats. 2012, p. 1068.

**FERRIER (D.),** La preuve et le contrat, *in* Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 105.

**FERRIER (D.),** La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?), Recueil Dalloz, 2015, p. 1906.

**FLOUR (J.),** Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Mélanges de RIPERT, t. 1, éd, LGDJ, 1955.

**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. 911-928.

**FONTAINE (M.),** La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, *in* La preuve, Actes du Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 8 et 9.

**FONTAINE (M.),** La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapports de Synthèse), *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-Belges, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, Paris, 1996, p. 615.

**FROGER (D.),** Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité, Defrénois, 15 février 2004 n° 3, p. 173.

**GRIMALDI (C.),** Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie en juillet 2008, *in* Jornadas Colombianas Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française : Las transformaciones del derecho civil francés, éd. Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 123.

**GRYNBAUM (L.),** Loi économie numérique: Le sacre des égalités formelles *in* RDC, avril 2005.

**GUELFUCCI- THIBIERGE (C.),** Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997.357.

**GUYON (Y.),** Droit du marché et droit commun des obligations, Rapport de synthèse, RTD com. 1998, p. 121.

**HUET (J.),** Formalisme et preuve, informatique et télématique, JCP G, 1989.I.3406.

**HUET (J.),** Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, Petites Affiches, 8 nov., 2001, p. 4 et s., n° 6.

**HUET (J.),** Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 507.

**IDOT (L.),** La protection par le droit de la concurrence, *in* Les clauses abusives entre professionnels, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, éd. Economica, 1998. p. 55.

**JACOPIN (S.),** Les mentions contractuelles « coutumières » : Un droit imaginaire ?, A propos des mentions manuscrites « hors- la- loi », JCP, 2001, I, 288.

**JACQUEMIN (H.),** Les formes applicables à certains contrats conclus par voie électronique, *in* Les pratiques du commerce électronique, Cahier du CRID n<sup>o</sup>. 30 Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 139.

**JAMIN (Ch.),** L'acte d'avocat, Recueil Dalloz 2011, p. 960.

**JEANCLOS (Y.),** Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats, *in* hommage à G. Boulvert, Université de Nice, éd., La centre d'histoire du droit du LARJEJEPTAE, 1987, p. 333.

**JOSSERAND (L.),** Aperçu général des tendances actuelles de la théorie générale des contrats. RTD., civ. 1937, p. 21.

**JOSSERAND (L.),** La désolennisation des testaments, D.H. 1932, chr., p. 73.

**JOSSERAND (L.),** Libéralisme et verbalisme, D. H. 1933, chr., p. 65.

**KOTEICH (M.), NEME (M.-L.) et CORTÉS (E.),** Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? *in* Revista Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, no. 9, 2005.

**LAGARDE (X.),** Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP. I 170, 1990, p. 1767.

**LE TOURNEAU (Ph.),** Contre le « bon pour », D. 1975, Chron., p. 186.

**LE TOURNEAU (P.),** Quelques aspects de l'évolution des contrats, *in* Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349.

**LAGARDE (X.),** Réflexions sur le fondement de l'art. 931 c. civ., RTD civ. 1997.25 et 1, sp. P. 35.

**LEPAGE (A.),** Les paradoxes du formalisme informatif, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 597- 620.

**LOPEZ SANTA MARÍA (J.),** Auge y deterioro de la libertad contractual, *in* Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos, Homenaje a Fernando Hinestrosa, t. II., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 317.

**LUCET (F.),** Le consensualisme et formalisme, RJ com. 1995, n°. Spécial : L'échange des consentements, p. 42.

**MAGNIER (V.),** Les sanctions du formalisme informatif, JCP. 2004, I. 106. p. 177.

**MALAURIE (Ph.),** L'effet prophylactique du droit civil, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 669.

**MATHEY (N.),** Le commerce électronique dans la loi n°. 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *in* Contrats-conc-conso, oct. 2004.

**MAZEAUD (D.),** Le juge face aux clauses abusives, *in* Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA, Aix en Provence, pac. Droit et sc. Po., 1993, p. 23.

**MAZEAUD (D.),** Une idéologie de l'information qui énerve le droit de la consommation, Defrénois, 1995.

**MAZEAUD (D.),** La protection par le droit commun, *in* Les clauses abusives entre professionnels, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, éd. Economica, 1998, p. 33.

**MAZEAUD (D.),** L'attraction du droit de la consommation, *RTD com.* 1998, 95, spéc. p. 114, n<sup>o</sup>. 32.

**MAZEAUD (D.),** Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ?, *in* L'avenir du droit, Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, 1999, p. 605.

**MAZEAUD (D.),** Droit commun du contrat et droit de la consommation : Nouvelles frontières?, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 697.

**MAZEAUD (D.),** Contrats : L'acte sous seing privé contresigné par avocat, *Revue des contrats*, 1 juillet 2011 n<sup>o</sup> 3, p. 873.

**MESTRÉ (J.),** Un panorama de décisions relatives au formalisme, *RTD civ.* 1988, no. 328.

**MOUSSERONIN (J.-M.),** La gestion des risques par le contrat, *RTD civ.* 1988, n<sup>o</sup>. 2, p. 481.

**MYOUNG (S.-K.),** La formalité « délai supplémentaire » dans la résolution du contrat, *in* Mélanges Jacques Ghestin, 2001, p. 703,

**NEME VILLAREAL (M.-L.),** El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, *in* Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. no. 11, p. 79.

**NERSON (R.),** La solennisation de la vente d'immueble, *in* Mélanges Julliot de la Morandière, 1966, p. 401.

**NOGUERO (D.),** L'acceptation dans le contrat électronique, in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, dir. J.- C. HALLOUIN et H. CAUSSE, Collection de la faculté de droit et sciences sociales, LGDJ. 2005. p. 55.

**NUYTEN (B.) et LESAGE (L.),** Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, Defrénois, 1998.

**OPPETIT (B.),** Les tendances régressives dans d'évolution du droit contemporain, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, éd., Litec, 1990, p. 317.

**ORDOQUI CASTILLA (G.),** Las funciones del Derecho de danos de cara al siglo XXI, in *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana, ed. Temis 2010, T. 4 V. 2. P. 11.

**PAISANT (G.),** À la recherche du consommateur, JCP G, 2003.I.121.

**PASSA (J.),** Commerce électronique et protection du consommateur, in Dalloz, 2002, p. 555.

**PASSA (J.),** Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs, *Petites affiches*, 6 février 2004, n°. 27- 35.

**PELLET (S.),** Les clauses de prévention des risques, JCP N, Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 21, 22, 2015, p. 35.

**PENA VALENZUELA (D.),** La protección del consumidor en el comercio electrónico, in *Perspectivas del Derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 481.

**PIEDELIEVRE (S.),** Le cautionnement excessif, Rep. Defrénois, 1998, p. 849.

**PIEDELIEVRE (S.),** Le consommateur et le regroupement de crédit, *Gazette du Palais*, 2012, p. 5.

**PINILLA COGOLLO (R.-D.),** Las funciones preventivas y disuasivas de la pena, *in Facetas Penales*, no. 54, Bogotá, 2006, p. 79.

**PIZZIO (J.-P.),** La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, 53, no. 3, p. 57.

**PIZZIO (J.-P.),** Le droit de la consommation à l'aube du XXe siècle. Bilan et perspectives, *in Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Dalloz 2004, p. 877.

**REMOLINA ANGARITA (N.),** Cláusulas contractuales y transferencia internacional de datos personales, *in Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo*, Universidad de la Sabana, Colombia, 2010.

**RINCÓN CÁRDENAS (E.),** Nuevo retos para el derecho privado, Las nuevas tecnologías de la información, *in Revista Estudios Socio Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

**ROPPO (V.),** Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo, *Revista de Derecho Privado*, no. 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 177.

**SAINT-ESTEBEN (R.),** L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation, *in Revue des Contrats*, no. 3, 2009, p. 1275.

**SALGADO RAMÍREZ (C.),** Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo, *in Perspectivas del Derecho del Consumo*, dirección de C.-L. Valderrama, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 305.

**SINAY-CYTERMANN (A.)**, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, Rapport français, *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996.

**SOUPHANOR- BROUILLAUD (N.)**, La confiance dans les contrats de consommation, *in* La confiance en droit privé des contrats, sous la direction de Valerie- Laure Benabou et Muriel Chagny, D. 2008, p. 51.

**STEINMETZ (S.)**, Le droit de la consommation... peut mieux faire, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004.

**STOFFEL MUNCK (Ph.)**, La autonomía del Derecho contractual del consumo. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 57.

**TRÉBULLE (F.-G.)**, La réforme du droit de la preuve et du formalisme, *in* Petites Affiches, 20 avril 2000, n<sup>o</sup>. 79, p. 10.

**TRONCOSO (M.-I.)**, El principio de precaución y la responsabilidad civil, *in* Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 18, 2010, p. 205.

**VASSILI (Ch.)**, Délai de réflexion : théorie et efficacité de la protection des consommateurs, Dalloz, 1993, p. 28.

**VIVANT (M.)**, La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations, *in* Liber Amicorum Jean Calais- Auloy, Dalloz 2004, p. 1151.

#### **IV. Jurisprudence et notes de jurisprudence**

##### **A. Jurisprudence**

**CASS. 1<sup>re</sup> CIV.** 24 nov. 1965, Bull. civ. 1965 I, n<sup>o</sup>. 652, p. 496.

**CASS. 3<sup>e</sup> CIV.** 28 nov. 1968, n<sup>o</sup>. 67- 10.935, Bull. civ. III, n<sup>o</sup>. 507, p. 389.

*CSJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL*, arrêt du 15 de diciembre 1970, Magistrat rapporteur M. Guillermo OSPINA FERNANDEZ.

*CSJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL*, arrêt du 13 juin 1983, Magistrat rapporteur M. Humberto MURCIA BALLEEN.

*CSJ, SALA DE CASACION CIVIL*, arrêt du 19 mayo de 1999, Magistrat rapporteur M. Carlos Esteban JARAMILLO SCHLOSS.

*CSJ, SALA DE CASACION CIVIL*, arrêt du 12 de janvier 2007, Magistrat rapporteur C.-J. Valencia Copete, Exp. 0145.

CASS. 1<sup>ère</sup> CIV. 3 mars 1970, Bull. civ. I, n<sup>o</sup>. 80, p. 66.

CASS. 1<sup>ère</sup> CIV. 15 juin 1973, Bull. civ. I. n<sup>o</sup>. 205.

CASS. 3<sup>ème</sup> CIV. 26 juin 1973, Bull. civ. III, n<sup>o</sup>. 444.

CASS. 3<sup>ème</sup> CIV. 5 janvier 1983, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup>. 7.

CASS. 1<sup>ère</sup> civ. 2 juill. 1991, Bull. civ. I, n<sup>o</sup>. 225.

CASS. COMM. 27 nov. 1991, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup>. 364.

## **B. Notes de jurisprudence**

AUBERT (J.-L.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 1989, D. 1989 somm., p. 338.

AUBERT (J.-L.), obs. sous Cass. Com. 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup>. 74; D. 1991, somm. 317.

AUBERT (J.-L.), obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 mars 1997, Bull. civ. I. n<sup>o</sup>. 80, Defrénois, 1997, art. 36591, n<sup>o</sup>. 77.

**AYNES (L.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 mars 1970, D. 1970. 403.

**AYNES (L.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 juin 1987, D. 1987, somm. comm., p 441.

**AYNES (L.)**, obs. sous Cass. com. 20 mars 1990, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup>. 83, D. 1990, somm. 383.

**AYNES, (L.)**, note sous Cass. com. 10 janvier 1995: D. 1995. 201.

**BANDRAC (M.)**, obs. sous Cass. com. 22 nov. 1996, RTD civ. 1997, 183.

**BERNARDEAU (L.)**, Etiquetage et langue française : Les enseignements de l'arrêt Casino, Contrats, conc. consom, 2001, chron., n<sup>o</sup>. 10, 2001.

**BERR (C.-J.) et GROUTEL (H.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 décembre 1993, D. 1994.434.

**BROUSSOLLE (Y.)**, note sous Cons. const. 3 août 1994, JCP 1995.II.22404.

**CABRILLAC (M.)**, obs. sous Cass. com. 2 décembre 1997, RTD, Com. 1998,187.

**CLARET (H.)**, La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ?, contrats, conc. consom, 2001, chron., n<sup>o</sup>. 5, 2001.

**FABRE MAGNAN (M.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 janv. 1992, Bull. Civ. I, n<sup>o</sup>. 22, arrêt no. 1; JCP G, 1992.I.3591. n<sup>o</sup>. 5.

**FABRE MAGNAN (M.)**, obs. sous Cons. const., 20 mars 1997, JCP 1997.I.4039, n<sup>o</sup>. 1.

**GAUTIER (P.-Y.)**, obs. sous Cass. civ. 4 juin 1991, RTD civ. 1992, 403.

**GAVALDA (Ch.)**, note sous Cass 1<sup>ère</sup> civ. 1re, 8 nov. 1989, Bull. civ. I. n<sup>o</sup>. 342, p. 230, D. 1990. 369.

**GERVAIS (S.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 oct. 1998, Bull. Civ. I, n<sup>o</sup>. 290; JCP G, 1998. II.10039.

**GHESTIN (J.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 mai 1979, Bull. Civ. I, n<sup>o</sup>. 128; D. 1980, IR, 262.

**GONON (Cl.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 mars 1997, Bull. civ. I, n<sup>o</sup>. 80, JCP G, 1997.II.2954.

**LARROUMET (Ch)** note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 20 déc. 1994 : Bull. civ. 1994, III, n<sup>o</sup>. 229; JCP G 1995.II, 22491.

**LEVENEUR (L.)**, obs. sous Cass. civ. 4 juin 1991 : *Contrats, concurr, consom.*, août- septembre 1991, n<sup>o</sup>. 182.

**LEVENEUR (L.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 janv. 1993, JCP 1993, p. 256.

**MARTINE (E.-N.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 janvier 1995, Bull. Civ. I, n<sup>o</sup>. 18; D. 1996, som. 123.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous, Cass. com. 15 nov. 1994, R.J.D.A. 1995, n<sup>o</sup>. 264, Rep. Not. 1995.1045.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 juillet 1994, Défrénois 1995, 36024, p. 350.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous Cass. com. 15 nov. 1994, Defrénois 1995, p. 1045.

**MAZEAUD (D.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 juin 1995, Defrénois, 30 novembre 1995, n<sup>o</sup> 22, p. 1420.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 janvier 1998, p. 503, Défrénois 1998, art. 36815, p. 886.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous Paris, 29 janv. 1999, Defrénois, 1996, art. 36434, n°. 144.

**MAZEAUD (D.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 juillet 2001 : Bull civ. I, no. 233, Defrénois art 36690, p. 1534.

**MESTRE (J.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 1989, RTD civ. 1989. 742.

**MESTRE (J.)** obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 27 mai 1990. Bull. Civ. III n°. 225, RTD civ. 1991.314.

**MESTRE (J.)**, obs. sous Versailles, 8 juill. 1994, RTD civ. 1995, 97.

**MESTRE (J.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 déc. 1995, Bull. civ. I, n°. 467, RTD civ. 1996.620.

**PIEDELIEVRE (S.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 mars 2000, D. 2000, n°. 22.

**PIEDELIEVRE (S.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 octobre 2002, Defrénois 2003, art. 37675, p. 229.

**PIEDELIEVRE (S.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 octobre 2002.

**RAYMOND (G.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 nov. 2002.

**RONDEY (C.)**, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 juin 2000, D. 2000, p. 341.

**SCHMIDT (J.)**, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 janvier 1987, G.P. 1987, panorama, p. 64, D. 1988, juris., p. 80.

**VIRASSAMY (G.)**, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 1989, JCP 1991, II, 21632.

**WINTGEN (R.)**, note sous Cass. com. 3 oct. 2006, no. 05-13.052.

## INDEX ALPHABETIQUE

---

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

### A

**Abus du droit**, 334, 395, 398, 416  
**Acceptation**, 135, 140, 144, 145, 451  
**Accord de principe**, 499, 500  
**Acte sous seing privé**, 99, 100, 101, 160  
 -Contresigné par avocat, 110 et s.  
**Acte Authentique**, 91, 113, 116, 182, 225, 226  
**Acte notarié**, 227, 241  
**Acte Unilatéral**, 31, 196  
**Accusé de réception**, 148, 149, 154  
**Asymétrie**, 307  
 -Informationnelle, 336, 337, 338  
**Autonomie de la volonté**, *V. Volonté*  
**Avocat**, 110 et s.

### B

**Bonne foi**, 323, 379, 390, 500

### C

**Canonistes**, 41, 43  
**Cautionnement**, 469, 524, 553, 567  
**Cession de fonds de commerce**, 549, 568  
**Clause**  
 -Abusive, 278, 349, 353, 354, 355, 378, 418  
 -De réserve de propriété, 255  
 -Pénale, 254  
**Cession de créance**, 178  
**Clic**, 505, 508  
 -Double, *V. double clic*  
**Cohérence**, *V. Devoir de cohérence*

### Commande, 508

Passation de la, 151

**Commerce électronique**, 134, 137, 471, 534

**Consensualisme**, 28, 51, 53, 56, 57, 58, 60, 173, 187, 188, 195, 208

-Naissance du principe, 38 et s.,

**Consommateur**, 153, 278, 297, 331, 332

### Contrat,

-A distance, 141

-Consensuel, 173, 188

-D'apprentissage, 543

-D'assurance, 257, 391, 474, 520

-De distribution, 550, 551, 552

-De mariage, 210, 257

-De travail, 538 et s., 570

-De voyage, 519

-Définitif, 182, 190, 195

-Electronique, 126, 141, 272, 505, 529

-Formation du, 133, 147

-Interprétation du, 194

-Préparatoire, 190

-Solennel, 188

-Synallagmatique, 104

-Type, 462

-Unilatéraux, 105

### Crédit

-à la consommation, 326, 454, 458, 470, 525

-immobilier, 490, 503, 522, 569

## **D**

### **Démarchage**

-À domicile, 455

-Financier, 491

**Délai de réflexion**, 430, 454, 484, 485, 492

**Délai de rétractation**, 430, 456, 493

**Devoir de cohérence**, 320

**Devoir de lecture**, 480, 482, 483, 595

**Donation**, 210, 224, 225, 227

**Double clic**, 142, 143, 144, 147

### **Droit**

-Bancaire, 274, 522

-De la concurrence, 355, 546

-De la consommation, 278, 316 et s.

-De la famille, 160

-Des successions, 160

-Naturel, 47

-Objectif, 72

-Romain, 30 et s., 89

## **E**

**Ecrit**, 84, 89, 93, 131, 239, 449, 533

-Electronique, 127, 156, 449, 419

-Fonctions, 93

-Naissance, 86

**Electronique**, 125

-Réseaux, 128, 139, 157

-Support, 128

**Engagement unilatéral**, 32

**Equilibre contractuel**, 297, 298, 306, 316, 323, 325, 345, 351, 393, 591

## **F**

**Faiblesse**, 299, 308, 333, 335, 537

## **Formalisme**

-Alternatif, 212

-Atténué, 230

-Conventionnel, 169, 170, 171, 172

-Du double, 103, 104

-Electronique, 125, 126

-Fluidité du, 206, 214, 217

-Fonctions du, 220, 221

-Primitif, 30, 31, 32

-Renaissance, 72

-Utilitaire, 52, 73, 464

**Formalisme informatif**, 301, 302, 319, -

Fonctions, 359, 444

-Force du, 511

### **Forme**

-Alternative, 212

-*Ad probationnem*, 193, 195

-*Ad solemnitatem*, 193, 195

-Convenue, 175, 188

-De validité, 171

-Egalité de, 128

-Electronique, 125, 471

-Impérative, 207

-Substituée, 206, 213, 218, 220

**Formulaire type**, 523, 596

**Franchise**, 368, 548

## **G**

### **Garantie**

-Abusive, 326

-excessive, 326

**Glossateurs**, 40

**Grecs**, 30

## **H**

**Hypothèque**, 227

## I

**Ignorance légitime**, 380, 383, 396  
**Individualisme**, 45, 57, 58, 70  
**Information**, 93, 138, 299, 319, 362, 383, 452, 484, 526  
 -Compleète, 367  
 -De l'acceptant, 151  
 -Essentialité de, 581 et s., 584  
 -Intégrité de, 93, 370, 371  
 -Pérennité de, 93  
**Internet**, 137,

## J

**Juge**, 289, 292, 578  
**Justice contractuelle**, 296 et s., 309, 345

## L

**Langue française**, 389, 390, 473  
**Lettre recommandé**, 177, 201  
**Liberté contractuelle**, 27, 51, 56, 70, 74, 183, 187, 215, 224, 253, 268, 294, 296, 320, 365, 448, 463 et s., 547  
**Lisibilité**, 93  
**Louage**, 35  
**Loyauté**, 323, 351, 379

## M

**Mandat**, 35  
**Mention**  
 -Obligatoire, 120, 452, 455, 463 et s., 469, 472, 473  
 -Manuscrite, 101, 103, 106, 107, 108, 112, 159, 469 et s., 470 et s., 525, 567, 568  
**Modernité**, 46 et s.  
**Moyen âge**, 39

## N

**Notaire**, 112, 113, 116 et s., 123, 181, 227, 241  
**Nullité**, 108, 146, 202, 203, 219, 291, 428, 437, 439, 440, 471, 560, 561, 563, 565, 568, 586

## O

### Obligation

-d'information, 110, 319, 374 et s., 383, 456, 519, 521  
 -de résultat, 256  
**Offre**, 135, 138, 451, 454  
 -Caducité, 488  
 -Interactivité de, 138  
**Ordre public**, 248, 250, 287, 389, 428, 561

## P

**Pratique restrictive**, 356  
*Pacta sunt servanda*, 44  
**Postglossateurs**, 40  
**Preteur**, 35, 36  
**Preuve**, 104, 231  
 -Charge de la, 257, 277, 389  
 -Commencement de, 108  
 -Convention sur la, 230 et s.  
 -Ecriture, 108, 238, 249  
 -Equivalence probatoire, 128  
 -Littérale, 235, 238, 241, 243  
 -Préconstituée, 243  
 -Testimoniale, 241, 245, 250, 269  
**Prévention**, 316, 321, 401 et s., 577  
**Procès**, 264, 497  
**Producteur**, 355  
**Professionnel**, 145, 297, 342, 344, 353

**Promesse de vente**, 177, 201, 221  
**Proportionnalité contractuelle**, 323

## **R**

**Rapport direct**, 349, 350  
**Risques**, 419, 421 et s., 440  
**Rites**, 31  
**Ritualisme**, 31

## **S**

**Sanction**, 107, 199, 353, 556 et s.  
**Sécurité juridique**, 111, 431  
**Signature**, 101, 105, 120  
-Électronique, 163, 165, 267  
**Simulation**, 226  
**Solidarité**, 396

***Solus consensus obligat***, 42, 43

**Substitution de forme**, *V. Forme substituée*

**Suretés**, 553

## **T**

**Transformation du droit**, 312, 313, 314  
**Tiers**, 286

## **V**

**Vices du consentement**, 57, 378, 427, 432, 434 et s., 562

**Volontarisme**, 47, 50, 59, 63

### **Volonté**

-Autonomie de la volonté, 48, 367, 379  
-Rencontre des, 126, 133

## TABLE DES MATIERES

Thèse de Doctorat / février 2016	1
<b>Introduction</b>	<b>9</b>
<b>PREMIERE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE</b>	<b>20</b>
<b>TITRE I LE FORMALISME DE SOURCE LEGALE</b>	<b>22</b>
<b>CHAPITRE 1. L'EVOLUTION DU FORMALISME ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE</b>	<b>23</b>
Section 1. De la construction du lien classique : Liberté et consensualisme	23
A. Formalisme originel : forme vs. consentement au sein des législations primitives	23
§1. Ritualisme et force créatrice dans l'ancien droit romain	24
§2. Une place pour l'accord des volontés et l'apparition du consensualisme dans le droit romain classique	25
B. Antécédents du principe du consensualisme - Les mobiles de la naissance du principe du consensualisme	27
§1. Au Moyen Âge	27
§2. Aux Temps Modernes	29
Section 2. De l'essor du consensualisme au formalisme utilitaire	32
A. La percée du consensualisme et la consécration du principe	32
§1. La percée du consensualisme	32
§2. La consécration du principe	34
B. Le déclin du volontarisme contractuel et la renaissance d'un formalisme utilitaire contemporain	36
§1. L'esprit social et le contrat comme situation juridique objective	36
§2. Le formalisme utilitaire	38
<b>CHAPITRE 2. LES FORMES CLASSIQUES DE PROTECTION DE LA VOLONTE ET LEURS MANIFESTATIONS MODERNES</b>	<b>42</b>
Section 1. L'écrit comme forme classique par excellence	42
A. L'écrit en soi	43
§1. La naissance de l'écriture	43
§2. L'écrit comme forme du contrat	44
B. Le formalisme de l'écrit contractuel	47
§1. L'acte sous seing privé simple et l'acte sous seing privé d'avocat	47
§2. L'acte authentique	52
Section 2. Les manifestations modernes des formes classiques : Le formalisme électronique	58
A. La conclusion du contrat électronique	58

§1. L'écrit électronique _____	58
§2. La rencontre de volontés par voie électronique _____	60
B. Formalisme électronique de protection _____	67
§1. Les degrés du formalisme électronique _____	68
§2. La signature électronique _____	69
<b>TITRE II LE FORMALISME DE SOURCE CONVENTIONNELLE _____</b>	<b>73</b>
<b>CHAPITRE 1. LA CONVENTION SUR LES FORMES DE VALIDITE _____</b>	<b>74</b>
Section 1. La volonté contractuelle constitutive des formes de validité (contrat consensuel) _____	74
A. La conformité des conventions sur les formes de validité (L'exposé) _____	74
§1. La liberté des parties de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité _____	75
§2. Les conditions pour la validité de la convention sur la forme _____	77
B. Les difficultés des conventions sur les formes de validité (la discussion) _____	80
§1. Formes conventionnelles et étendue du principe du consensualisme _____	81
§2. La portée de la convention sur la forme _____	83
§3. Le problème de la sanction en cas de non-respect des formes conventionnelles _____	85
Section 2. Le formalisme conventionnel de substitution (contrat formel) _____	88
A. Le principe : Forme impérative _____	88
§1. La nature impérative des formes légales _____	88
§2. Le formalisme alternatif _____	90
B. Les tempéraments : La forme substituée _____	91
§1. Notion et portée des conventions de substitution des formes contractuelles _____	91
§2. Formalisme de substitution et qualification du contrat _____	94
<b>CHAPITRE 2. LA CONVENTION SUR LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES _____</b>	<b>97</b>
Section 1. La liberté des parties d'aménager les règles de preuve _____	98
A. L'exigence d'une preuve littérale _____	98
§1. La valeur de la preuve écrite _____	99
§2. Contenu de la règle de l'article 1341 du Code civil et validité des conventions sur la preuve _____	100
B. Les conventions sur la preuve selon ses finalités _____	106
§1. Atténuer ou éliminer la rigueur probatoire de la règle de preuve _____	106
§2. Créer une exigence probatoire ou augmenter la rigueur probatoire établie par la règle légale de preuve _____	110
Section 2. La portée et les limites des conventions sur la preuve _____	111
A. La portée des conventions sur la preuve _____	111
§1. Notion de la convention sur la preuve _____	111
§2. Champs d'application des conventions sur la preuve : L'essor des conventions sur la preuve en matière de preuve technologique _____	115
B. Les limites des conventions sur la preuve _____	119

§1. Les principes généraux du droit civil et du système probatoire _____	119
§2. La libre appréciation du juge _____	121
<b>SECONDE PARTIE : LE FORMALISME CONTEMPORAIN ET JUSTICE</b>	
<b>CONTRACTUELLE _____</b>	<b>124</b>
<b>TITRE I LA NOTION DU FORMALISME INFORMATIF _____</b>	<b>127</b>
<b>CHAPITRE 1 LES RAISONS DU FORMALISME INFORMATIF DU DROIT DE LA</b>	
<b>CONSUMMATION _____</b>	<b>128</b>
Section 1. Les raisons objectives : Le besoin de combattre les déséquilibres contractuels	129
A. Les défis du droit de la consommation _____	129
§1. La recherche de l'équilibre contractuel _____	129
§2. La transformation du droit des contrats _____	132
B. L'apparition de concepts innovants _____	133
§1. La confiance dans les contrats de la consommation _____	134
§2. La proportionnalité contractuelle _____	136
Section 2. Les raisons subjectives : Le besoin de protéger le consommateur face à sa position de faiblesse _____	138
A. L'inclusion du consommateur _____	139
§1. Les fondements de la protection du consommateur _____	139
§2. L'identification des causes de la faiblesse du consommateur _____	141
B. L'exclusion du professionnel _____	143
§1. La rigueur de l'exclusion _____	143
§2. Une exclusion nuancée ? _____	145
<b>CHAPITRE 2. LES FONCTIONS DU FORMALISME INFORMATIF DU DROIT DE</b>	
<b>LA CONSUMMATION _____</b>	<b>151</b>
Section 1. L'information : La protection du consentement des consommateurs par le formalisme informatif _____	151
A. L'information, pièce maîtresse du formalisme informatif _____	151
§1. L'information en droit de la consommation _____	152
§2. La préservation de l'intégrité de l'information _____	154
B. Le développement de l'obligation générale d'information _____	155
§1. La notion de l'obligation générale d'information _____	155
§2. La portée et les limites de l'obligation générale d'information _____	160
Section 2. La prévention : Le formalisme de prévention en droit des contrats _____	165
A. La prévention en droit de la consommation _____	165
§1. La notion de prévention _____	166
§2. Les risques du consentement dans les rapports de la consommation _____	169
B. La prévention des vices du consentement _____	173

§1. Analyse critique de la théorie classique des vices de la volonté (comme mesure curative) _____	174
§2. Les vices du consentement : fondement de la prévention des risques de la consommation _____	177
<b>TITRE II LA PORTEE DU FORMALISME INFORMATIF _____</b>	<b>182</b>
<b>CHAPITRE 1. LES FORMES LEGALES DU DROIT DE LA CONSOMMATION _____</b>	<b>183</b>
Section 1. Des mentions obligatoires _____	183
A. La notion des mentions obligatoires _____	184
§1. Une approche du concept des mentions obligatoires _____	184
§2. Mentions obligatoires et liberté contractuelle _____	190
B. Les exigences particulières des mentions obligatoires _____	192
§1. La mention manuscrite _____	193
§2. L'apparence et la calligraphie des mentions _____	195
Section 2. Des mécanismes complémentaires de protection de la volonté _____	197
A. Le devoir de lecture et de réflexion _____	197
§1. L'obligation de lecture du contenu du contrat _____	198
§2. Le délai de réflexion _____	199
B. Formation successive du contrat _____	203
§1. Le mécanisme de protection de la volonté _____	203
§2. Les étapes du processus de formation du contrat électronique. _____	206
<b>CHAPITRE 2. LA FORCE DU FORMALISME INFORMATIF _____</b>	<b>209</b>
Section 1. Champs d'application _____	209
A. Les manifestations du formalisme informatif dans des contrats conclus avec des consommateurs _____	210
§1. Les législations de protection de la volonté du consommateur : En matière de contrat de voyage, droit bancaire et droit des assurances _____	210
§2. Le formalisme informatif en matière de commerce électronique _____	215
B. Les manifestations du formalisme informatif dans des contrats conclus avec un non-consommateur _____	216
§1. Le formalisme informatif en matière du contrat de travail _____	216
§2. Le formalisme informatif dans les rapports entre commerçants : En matière du droit de la concurrence, du commerce et de la distribution _____	219
Section 2. Sanctions du formalisme informatif _____	223
A. La diversité des sanctions du formalisme informatif _____	224
§1. Les sanctions de la théorie générale des contrats _____	224
§2. Les sanctions des législations de protection de la partie faible _____	227
B. Le besoin d'une unicité des critères qui oriente la politique des sanctions du formalisme informatif _____	229

§1. Les fonctions des sanctions du formalisme informatif _____	229
§2. Le caractère essentiel de l'information omise et la protection de la volonté de la partie faible _____	232
Section 3. Efficacité du formalisme informatif : Critiques à l'application des règles du formalisme informatif du droit de la consommation/Les paradoxes _____	234
A. L'inefficacité de l'information et l'insuffisance de la protection _____	234
§1. Sur l'inefficacité de l'information _____	234
§2. L'insuffisance de la protection _____	237
B. Les excès de la protection _____	237
§1. La portée démesurée du formalisme informatif donnée par la jurisprudence en France _____	238
§2. Excessive rigidité dans l'application des règles de forme et le non cumul des responsabilités du droit commun et du droit de la consommation _____	240
<b><i>Conclusion</i></b> _____	<b>242</b>
<b><i>BIBLIOGRAPHIE</i></b> _____	<b>245</b>
<b><i>INDEX ALPHABETIQUE</i></b> _____	<b>270</b>

