

L'évolution du formalisme en droit des contrats

La formation du contrat implique que l'accord des volontés doit être d'une manière ou d'une autre extériorisé. En effet comment des volontés peuvent-elles se rencontrer sans que chacun ait pris connaissance de celle de l'autre ? Le consensualisme consacre la liberté quant à la manière d'exprimer le consentement ; à l'opposé le formalisme considère que le consentement ne sera effectif que s'il revêt une forme déterminée, par exemple la rédaction d'un contrat écrit comportant des mentions précisées par la loi.

Les avantages et les inconvénients de deux principes sont assez simples à concevoir. Pour ce qui est du consensualisme : aucune formalité n'est nécessaire à la formation du contrat, ainsi il suffit donc d'un écrit, d'un signe ou d'une parole qui manifeste une volonté certaine pour la formation du contrat. Les avantages du consensualisme sont avant tout moraux : ce ppe se base sur le respect de la parole donnée. Comme le dit Terré « le consensualisme apparaît comme la conquête de la bonne foi. » Le consensualisme est aussi synonyme de rapidité et d'économie ce qui facilite la conclusion des contrats et facilite les échanges nécessaires au bon fonctionnement et à l'efficacité économique de la société.

Le formalisme quant à lui présente aussi un certain nombre d'avantages repris par Malaurie. Il attire l'attention des parties et évite donc les engagements irréfléchis. Il donne la certitude que l'accord se réalisera et qu'il ne s'agit pas de simples pourparlers ou de purs projets. Il confère aussi la certitude au contenu de l'engagement et permet d'éviter les interprétations divinatoires auxquelles peut mener le consensualisme. Parfois enfin, il permet la publicité et par là la protection de tiers, nous y reviendrons. Philippe Malaurie attache la notion de sécurité à celle de formalisme. Il convient de signaler que la sécurité impliquée par le formalisme est à double tranchant dans la mesure où un contractant peut parfois se servir d'un petit vice de forme pour renier ses engagements.

Comment a évolué la place respective du consensualisme et du formalisme dans le droit français ? Qu'en est-il du droit actuel ?

Nous tenterons de montrer dans un premier temps que bien que le droit romain était formaliste, le consensualisme va peu à peu s'imposer comme la norme, le formalisme devenant exception. Dans un second temps, nous nous interrogerons sur la montée en puissance du formalisme au sein du droit contemporain et nous examinerons dans quelle mesure il est pertinent de parler de formalisme d'une manière moniste. Le formalisme semble au fond être devenu une affaire de degrés et son interprétation varie suivant que l'on a à faire au juge ou au législateur, le premier tentant d'en limiter l'intensité au contraire du second.

I. Historiquement, le consensualisme va s'imposer comme le principe général du droit des obligations français

a. Du droit romain au droit canonique

En droit romain primitif, le droit est avant tout une procédure. Le formalisme règne. Cela était sans doute dû à l'impossibilité pour de nombreux romains de conceptualiser en dehors de symboles. Ainsi l'échange des consentements s'accompagnait de rites et de paroles sacramentelles (il fallait interroger « jures-tu ? » et le cocontractant répondait « je jure », procédure solennelle formaliste). Beaucoup plus tard, le droit romain commença à admettre des pactes sans forme notamment pour la location, la vente, le mandat. Cela restait cependant assez limité et même sous Justinien, le principe restait celui de *ex nudo pacto, actio non nascitur* (d'un pacte nu, aucune action ne naît). Dans le très ancien droit français (avant le XI^e siècle) le formalisme reste encore essentiel dans l'échange des consentements. La remise du

bâton pour manifester l'accord ou encore la paumée (on se frappe dans les mains) sont très courantes. À partir des XI et XIII^e siècles, le formalisme commence à reculer. Le chaos du pouvoir temporel permet la montée en puissance du pouvoir spirituel, l'Église, de plus en plus en charge de faire respecter les engagements. L'engagement envers une autre partie se double alors d'un engagement principal devant Dieu. L'engagement devant Dieu donnait une force morale au contrat et le non-respect d'un contrat était puni de péché parfois mortel. Il est intéressant de noter que dans l'évaluation de la gravité du péché, le pouvoir ecclésiastique devait se pencher sur la conscience de l'individu qui avait violé son engagement.

On ne tient donc plus compte seulement des mots mais aussi de l'intention des parties. De plus, le mensonge étant un grave péché, l'expression du consentement ne nécessite aucune formalité particulière puisque la conscience est engagée par la promesse. Ainsi pour le droit canonique *ex nudo pacto actio oritur* (d'un pacte nu, naît l'action). Au XVI^e siècle, des grands jurisconsultes sont intervenus dans le débat qui opposait les tenants du formalisme romain (comme Cujas, Doneau) à ceux qui défendaient le droit canonique. Les jurisconsultes, théoriciens mais aussi praticiens, avaient pour méthode d'interpréter les textes de droit romain à la lumière des principes du droit canonique. C'est ce qu'on a appelé l'école des glossateurs. Tjs est-il qu'ils ont petit à petit imposé l'idée du consensualisme comme étant le principe premier lors de l'échange de volontés. Au XVI^e siècle le principe est passé dans les mœurs et Loysel écrit son fameux adage « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles. Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ». Le consensualisme a gagné ses lettres de noblesse et sera au cœur du droit français des contrats.

b. L'inscription du consensualisme comme principe général du droit des contrats en France ne supprime pas certaines formes de formalisme

Au XVII^e et XVIII^e siècles les grands jurisconsultes que furent Domat et Pothier vont définitivement consacrer le consensualisme. Ce principe semblait tellement évident aux rédacteurs du Code civil qu'il n'apparaît d'ailleurs pas de manière claire mais seulement de façon implicite. Ainsi l'article 1108 stipule que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. » On remarque qu'aucune exigence de forme n'est énoncée. De plus la doctrine de l'autonomie de la volonté renforce cette conception : si des formes sont imposées, la volonté ne serait plus à elle seule et *per se* indépendante et omnipotente.

Dans son projet de révision du Titre III du Livre III du Code civil (consacré à la théorie générale des obligations), Pierre Catala et plusieurs universitaires ont, au contraire, entendu exprimer ce principe de façon explicite. « Article 1130 nouveau, projet : En règle, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé. » Tel est donc le principe, le consensualisme, non le formalisme.

Si le consensualisme est la règle dans le code civil, le formalisme demeure l'exception. Traditionnellement, le formalisme concerne d'une part ce qu'on appelle les contrats réels c'est à dire principalement des contrats de restitution (prêt, dépôt ou gage) par lesquels la remise de la chose scelle l'accord des volontés. Certains auteurs ont certes assimilé ces contrats à des contrats synallagmatiques consensuels, mais les textes du code civil (art 1875, 1892, 1919 et 2071) les définissent plutôt comme des actes unilatéraux formels où la remise de la chose est un acte formel destiné à attirer l'attention de l'autre partie qui sera tenue en cas d'acceptation de restituer la chose plus tard.

Si on met de côté ces contrats réels discutés, d'autres situations donnent lieu à du formalisme. Celui-ci tient certes dans l'existence de solennités, mais aussi de règles de preuve qu'on ne doit surtout pas négliger (en droit, ce qui n'est pas prouvé n'existe pas).

Le formalisme concerne traditionnellement les contrats solennels aux conséquences jugées graves par les rédacteurs du Code civil. Certains contrats requièrent un acte authentique, cad rédigé par un professionnel du droit tel un notaire qui a un rôle de conseil vis-à-vis des deux parties. C'est le cas principalement de quatre contrats : contrat de mariage (1394), la donation (931), la constitution d'hypothèque (2127) et la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (1250). D'autres contrats ne requièrent seulement que la production d'un acte écrit dit sous seing privé requis *ad validitatem* (par ex pour tout ce qui concerne les contrats de bail, les contrats d'assurance encore les contrats d'apprentissage.). Un des meilleurs exemples reste cependant celui des articles L. 341-1 et 2 du code de la consommation en matière de cautionnement dans les rapports entre une personne physique et un créancier professionnel : voici un acte sous seing privé qui doit comporter certaines mentions protectrices de la caution, à peine de nullité de son engagement (donc *ad validatem*). Parfois, ces mentions sont exigées, mais il est difficile d'en déterminer la sanction. En bref, l'absence de formalisme risque donc d'entraîner la nullité du contrat.

Un autre usage traditionnel du formalisme en sus du cas spécifique solennités concerne plus généralement les règles de preuve essentielles en droit. L'adage dit *idem est non esse aut non probari* (ne pas exister ou ne pas être prouvé, c'est la même chose). Le formalisme et en particulier la pré-constitution d'écrit lors de la conclusion d'un contrat peut s'avérer une garantie très précieuse. La force probatoire varie selon la nature de l'écrit : acte sous seing privé, il n'aura qu'une force probatoire limitée (quant à son origine, son contenu et sa date) ; acte authentique, sa force probatoire sera beaucoup plus forte (on ne pourra, en particulier, le contester que par la voie de l'inscription de faux). Dans le cas de solennités, l'écrit est exigé *ad validitatem* et son absence entraîne généralement la nullité du contrat. Dans le cas de la constitution d'un écrit non obligatoire par la loi, il est dit *ad probationem* et il en résulte que le contrat ne peut être prouvé par témoins mais seulement par aveu ou serment et qu'en général la sanction n'entraîne que la nullité partielle du contrat. On verra quelle interprétation donne la jurisprudence pour considérer des écrits *ad validitatem* ou *ad probationem* et où va sa préférence.

Au delà de ces usages traditionnels du formalisme, se sont développés assez récemment des types nouveaux de formalisme répondant à des besoins de la société de consommation et en particulier à la nécessité de protéger le faible « consommateur » pour qu'il puisse donner son consentement en toute connaissance de cause. Nous allons voir qu'un formalisme atténué (ou indirect) s'est développé avec des règles de publicité pour l'information des tiers et des obligations d'information afin de protéger le consommateur.

II. Le droit contemporain des contrats s'accompagne d'une résurgence du formalisme sous forme atténuée combattu par la jurisprudence

a. Le législateur renforce le formalisme sous une forme atténuée

Il convient d'abord de définir ce que nous entendons par formalisme atténué (ou souple ou indirect). François Terré écrit qu'« on entend par là des formes qui sont exigées non pour la validité du contrat mais pour sa preuve ou son opposabilité. » C'est à dire que nous sommes dans le cas d'un formalisme *ad probationem* et non *ad validitatem*. Planiol, Ripert et Flour voient dans ce formalisme atténué la renaissance du formalisme en droit des contrats.

Il faut déjà parler du cas quelque peu à part de l'explosion des formalités administratives et fiscales. De plus en plus de nombreux contrats sont soumis à la formalité de l'enregistrement pour être valides. On présente ainsi le contrat à l'administration concernée, on achète un

timbre fiscal apposé sur celui-ci afin de lui donner vie. Lorsque le contrat n'a pas été fait sous la forme authentique, l'enregistrement constitue pratiquement la seule manière de donner à ce document une date certaine opposable aux tiers. À défaut d'enregistrement, on n'encourt pas la nullité mais les effets peuvent ne pas pleinement s'exercer (un bail non enregistré pourra être méconnu d'un acheteur ultérieur de l'immeuble loué, art 1743). Dans certains cas exceptionnels (notamment la vente de fonds de commerce) l'enregistrement devient du formalisme *ad validitatem* entraînant la nullité. D'autres formalités administratives ont aussi connu un regain récent d'intensité. Il en est par exemple ainsi en droit de l'urbanisme qui pèse lourdement sur la formation des contrats en droit immobilier (droits de préemption, certificats d'urbanisme, autorisation de lotir, permis de construire, inspections de sécurité, attestation de conformité...)

Le nouveau formalisme se concentre cependant dans les règles de publicité et dans les mentions informatives.

Parmi les règles de publicité, les plus importantes sont sans conteste les règles de publicité foncière applicables aux actes translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers. Le domaine de ce formalisme est étroitement encadré par le code civil. Il a été élargi par la loi du 23 mars 1855 puis par le décret du 4 janvier 1955. Prenons schématiquement la vente d'un immeuble. Celle-ci s'opère *solo consensu*, cad que l'acheteur devient propriétaire du seul fait que l'accord s'est réalisé entre le vendeur et lui sur la chose et le prix. On voit que cela pose un certain nombre de problèmes et notamment celui du cas où un propriétaire malhonnête vendrait deux fois le même immeuble, le second acheteur ne pouvant deviner que l'immeuble a déjà été vendu. Un régime purement consensuel détruirait la notion de sécurité dans les transactions immobilières. Ainsi depuis 1855, la vente d'un immeuble devient opposable aux tiers que si elle a fait l'objet d'une publicité, effectuée au bureau de la Conservation des hypothèques. La conséquence en est qu'en cas de ventes successives, l'acquisition effective n'est pas forcément la première en date mais la première en publicité. Le second acheteur peut donc évincer le premier s'il a publié son titre avant lui. Certes le premier acheteur se verra sans doute attribuer des dommages et intérêts mais il ne deviendra pas propriétaire. Ainsi pour ne pas courir de risques un acheteur a intérêt à vérifier qu'aucune publicité n'a encore été faite. La sécurité contractuelle est ainsi rétablie. Il y a bien là une exigence de formalisme indirect. Ainsi un contrat solennel (formalisme direct) que l'on a conclu sans observer les formes légales ne produit aucun effet alors qu'un contrat soumis à des règles de publicité (formalisme indirect) et qui n'est pas publié ne produit pas tous les effets recherchés par les parties.

Il est aussi important de traiter des mentions informatives destinées à la protection du consommateur. Il s'agit d'un formalisme de type nouveau destiné à l'information des contractants et en particulier aux plus faibles d'entre eux. Malaurie trouve que cette information souvent complexe est sociologiquement utile lorsque le cocontractant est un professionnel à même de la comprendre. Par exemple, il est souhaitable que le concessionnaire d'un fonds de commerce soit informé des éléments qui lui permettent de connaître la valeur effective du fonds. Ces mentions informatives doivent respecter des règles de présentation strictes, notamment ayant trait à la lisibilité de toutes les clauses. Restent cependant incertaines la nature juridique de ce formalisme et par suite les conséquences civiles de sa méconnaissance. Dans certains cas, la nullité de droit du contrat est explicitement prévue. Ainsi en est-il du démarchage, de la vente à domicile, des contrats d'enseignement à distance ou encore dans la vente d'immeuble à construire. Dans d'autres cas, la nullité est facultative comme dans la cession du fonds de commerce. Dans ce cas, la partie lésée doit démontrer que le défaut d'information a vicié le consentement. D'autres cas encore prévoient une sanction particulière de plein droit ou facultative. Dans des contrats de crédit dépourvus

des mentions obligatoires, le créancier est déchu de son droit aux intérêts. Enfin dans certains cas, la loi est muette rendant l'interprétation difficile. Ainsi en est-il par exemple de la loi de 1966 sur le prêt d'argent. La cour de cassation a conclu dans deux arrêts respectivement du 24 juin 81 et du 26 mai 82 que la non-spécification du taux d'intérêt pratiqué entraînait l'application du taux d'intérêt légal.

On voit donc que la jurisprudence jusqu'à présent laissée de côté à dessein joue un rôle essentiel pour interpréter les exigences de formalisme dans la formation et la validité des contrats.

b. Le juge face au formalisme

Jacques Flour observait déjà en 1950 dans les mélanges dédiés à Ripert que si le législateur tentait de renforcer le formalisme dans un souci de sécurité juridique, les juges eux préféraient s'en tenir au principe du consensualisme en adoucissant les exigences de forme.

La jurisprudence a déjà une réaction antiformaliste à l'encontre du formalisme direct. En ce qui concerne les contrats solennels, nous avons vu que le non respect de la forme prescrite entraîne généralement la nullité du contrat. La jurisprudence a parfois atténué voire supprimé cette sanction. On peut par exemple mentionner les promesses de contrat solennel. Les parties se mettent préalablement d'accord sur les conditions d'un contrat formaliste et conviennent par acte de seing privé de faire dresser plus tard l'acte authentique qui régularisera la situation. Lors que l'exigence formaliste a pour but la protection des tiers, une telle promesse n'est pas dénuée de valeur et les juges estiment que le refus de l'honorer entraînera le versement de dommages et intérêts (arrêt de la 3eme chambre Civile du 7 avril 93 en matière de promesse d'hypothèque).

De même la donation fait partie des solennités par excellence (art 931). Or la jurisprudence a reconnu le don manuel (par exemple d'un chèque), le don indirect et le don déguisé comme acte de donation sans nécessité de forme. La justification avancée ici est que la protection du donateur serait assurée par une sorte de « formalisme de substitution » (Terré) constitué par les contraintes de mettre en place des mécanismes/simulacres échappatoires aux règles de l'article 931 qui est d'ailleurs devenu pour une large part lettre morte.

Au-delà des solennités, la jurisprudence assouplit aussi de façon notable les exigences de l'écrit. Ainsi que nous l'avons vu la cour de cassation a jugé que la non-spécification du taux d'intérêt pratiqué entraînait l'application du taux d'intérêt légal mais pas une remise en cause de la validité du prêt. Le défaut d'écrit n'entraîne donc pas la nullité totale du contrat. De même, la jurisprudence tend à considérer de plus en plus de choses comme étant un commencement de preuve par écrit (art 1347). Il s'agit d'un écrit émanant de celui auquel on l'oppose mais qui pour faire office de preuve doit être complété, par un témoignage par exemple. La jurisprudence est allée très loin dans le recul de formalisme ayant trait à l'exigence d'un écrit. Elle a par exemple vu des commencements de preuve par écrit dans les réponses, les silences ou encore les absences de l'intéressé lors d'une comparution personnelle devant le juge. Le greffier rédigera un écrit lors de la comparution qui fera office de commencement de preuve. De même les enregistrements sonores sur bande magnétique sont complaisamment estimés comme un document écrit dicté... On est loin de l'interprétation des rédacteurs du code civil !

La cour de cassation a aussi estimé que dans certains cas (relations familiales, usages professionnels, etc.) la rédaction d'un écrit n'était pas toujours possible et ce pour des raisons morales différentes des raisons matérielles invoquées initialement dans le code civil. La loi du 12 juillet 1980 a donné force de droit à ce principe. En outre, la jurisprudence a estimé que les règles de preuve en matière d'actes judiciaires n'étaient pas d'ordre public et pouvaient être

dérogées par conventions. Ainsi les parties peuvent-elles écarter les exigences de l'article 1341 (notamment dans le cas du commerce électronique). La jurisprudence a aussi reconnu la photocopie comme preuve complète du contrat et le recours si besoin à l'expertise pour l'authentification.

Sur les exigences de publicité, la jurisprudence s'est là aussi montrée plus souple. C'est le cas très particulier de la publicité frauduleuse. On suppose dans le cas de la vente d'immeuble évoqué plus haut que le second acheteur a connaissance de la première vente après quoi il publie son titre. Dans ce cas, la cour de cassation a estimé que le premier acquéreur l'emportait sur le second ce qui est un renversement total des exigences du formalisme de publicité (arrêt de la 3ème chambre civile le 22 mars 1968). Il y a un retour complet au consensualisme avec la volonté de sanctionner la mauvaise foi du second acquéreur.

Enfin sur le formalisme informatif, il est vrai que la jurisprudence fait plutôt preuve de fermeté en faisant respecter à la lettre les exigences d'information. Le juge s'arroge cependant le droit de juger de la qualité et la quantité de l'information fournie notamment en vue de punir la surinformation ou la désinformation.

On le voit donc, à l'exception du formalisme informatif, les juges ont eu tendance à assouplir parfois complaisamment les exigences de formes mises en place par les législateurs.

Conclusion

Depuis le droit romain, le formalisme a évolué de façon discontinue dans le corpus du droit français des contrats. La consécration par le code civil du consensualisme comme principe directeur a relayé le formalisme au rang des exceptions mais depuis une cinquantaine d'années, il est remarquable de noter que le formalisme renaît notamment sous sa forme indirecte. Cette renaissance est cependant contrariée par les juges qui restent attachés aux principes du consensualisme et tentent de limiter la fougue du législateur. Il est en effet tentant de conclure que le législateur voit surtout les avantages du formalisme en termes de sécurité juridique et de prévention alors que le juge est naturellement confronté aux inconvénients des exigences de forme en ayant à trancher des débats où une personne tente d'échapper à ses engagements par une irrégularité purement formelle. Le juge serait en effet porté à privilégier la parole donnée sur la forme de l'engagement.

Cette généralisation n'est pas toujours vérifiée. Le formalisme informatif se voit ainsi respecté à la lettre, et même renforcé dans certains cas, par la jurisprudence. Est-ce là un signe d'un changement de mentalité de la part des juges ? Certains auteurs avancent que le juge a une sensibilité accrue aux besoins d'une morale collective qui appelle à la moralisation des transactions.

Il est enfin intéressant d'observer le succès du notariat de type français en Chine, en Russie, au Vietnam et en Iran, dans des pays complètement étrangers à l'influence romaine et à l'esprit rationaliste. Ce n'est certes pas à cause de la loi de l'an XI et du droit de présentation des notaires, de la responsabilité notariale, ni même de l'obligation de conseil et d'information que la jurisprudence fait peser maintenant sur le notariat. La raison en tient au coeur du notariat, une notion très simple, qu'ignore la Common law : l'authenticité - c'est-à-dire la forme la plus accomplie du formalisme -, la force probante, la sécurité de l'acte et sa conservation. La Chine, la Russie sont devenues d'énormes puissances économiques conscientes qu'elles ne seront de grands pouvoirs commerciaux que si elles font des affaires en toute sécurité juridique, surtout s'il s'agit d'actes électroniques : l'authenticité conférée par un notaire leur donne cette sécurité, en même temps qu'elle assure la conservation des actes. Assurément le formalisme a un bel avenir devant lui.