

Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en droit aux Facultés
universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur

Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel

Hervé JACQUEMIN

(Défense publique)

Promoteur : Professeur Etienne MONTERO (FUNDP)

Membres du jury : Professeur Christine BIQUET-MATHIEU (ULg), Professeur Michel
COIPEL (FUNDP), Professeur Jules STUYCK (KULeuven), Professeur Patrick WÉRY
(UCL), sous la présidence du Professeur Bruno COLSON (FUNDP)

« Les opinions défendues dans la dissertation doctorale engagent exclusivement leur
auteur. L'autorisation de les défendre en séance publique ne permet pas de considérer
ces opinions comme partagées par certains membres du jury, ni par le jury, ni par la
faculté, ni par les Facultés » (art. 32 du Règlement du doctorat)

Le 28 avril 2009

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE.....	5
PARTIE 1 : IDENTIFICATION DES FORMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE... 11	
TITRE LIMINAIRE : DETERMINATION DES EXIGENCES REVELATRICES D'UNE RENAISSANCE DU FORMALISME CONTRACTUEL	13
Chapitre 1 : Notion de formalisme contractuel	13
Chapitre 2 : Evolution du formalisme	17
TITRE 1 : ANALYSE DES FINALITES DES REGLES DE FORME.....	29
Chapitre 1 : Faiblesse d'une partie au rapport contractuel.....	29
Chapitre 2 : Fonctions des règles de forme	56
Chapitre 3 : Détermination des formes visant à protéger la partie faible à la lumière de leurs objectifs intermédiaires	111
Conclusion du titre 1 ^{er}	156
TITRE 2 : LES FORMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE ET LES CATEGORIES USUELLES DU FORMALISME CONTRACTUEL	159
Chapitre liminaire : Analyse limitée aux formalismes solennel et probatoire	160
Chapitre 1 : Quel est l'élément distinctif que la division en formalismes solennel ou probatoire permet de souligner ?	173
Chapitre 2 : La division en formalisme solennel ou probatoire ne permet pas de souligner l'élément distinctif des formes de protection de la partie faible	194
Conclusion du Titre 2.....	221
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	225
PARTIE 2 : REGIME DU FORMALISME DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	227
TITRE 1 : APPLICATION DES REGLES DE FORME	227
Chapitre 1 : Articulation des exigences de forme dont les conditions d'application sont convergentes.....	227
Chapitre 2 : Accomplissement des règles de forme dans l'environnement numérique.....	252
Chapitre 3 : Propositions pour une meilleure utilisation du formalisme par le législateur	291
Conclusion du titre 1 ^{er}	326
TITRE 2 : SANCTION DE L'INOBSERVATION DES REGLES DE FORME.....	329
Chapitre 1 : Identification et régime des sanctions	329
Chapitre 2 : Propositions en vue de sanctionner plus efficacement l'observation des règles de forme	370
Conclusion du titre 2	400
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	403
CONCLUSION GENERALE.....	405
ANNEXE : ANALYSE SCHEMATIQUE DES FONCTIONS, DES OBJECTIFS INTERMEDIAIRES ET DE L'OBJECTIF FINAL DES FORMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	413
BIBLIOGRAPHIE	415

Introduction générale

1. Observation d'une renaissance du formalisme contractuel dans certaines législations contemporaines. L'analyse et les réflexions menées dans la présente dissertation doctorale partent du constat que, dans diverses législations contemporaines, adoptées pour la plupart à la fin du XX^e siècle, les exigences de forme se multiplient.

Parmi ces textes normatifs et sans prétendre, à ce stade, à l'exhaustivité¹, on peut citer la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (ci-après, loi sur le crédit à la consommation)², la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après, LPCC)³ ou la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage (ci-après, loi sur le contrat de voyage)⁴.

Les exigences de forme prescrites par ces textes sont nombreuses et variées. Des informations, portant notamment sur l'objet du contrat, l'identification des parties ou les droits et obligations dont elles disposent, doivent être transmises à l'un des cocontractants. Ces informations doivent être extériorisées par des mentions apposées sur un écrit, par ailleurs signé et établi en autant d'exemplaires qu'il y a de parties au contrat. On note que certaines dispositions légales sont extrêmement précises, en ce sens qu'elles déterminent également l'apparence des mentions (en gras), leur emplacement (au recto, avant la signature) ou leur mode de rédaction (à la main).

A la lumière de l'évolution du droit des contrats et des tendances générales qui marquent celle-ci, de nombreux auteurs observent ainsi une renaissance du formalisme contractuel.

Ce phénomène mérite une analyse approfondie. Outre son ampleur, il apparaît en effet que la majorité des formes ont pour objectif commun de protéger l'une des parties supposée en position de faiblesse. Intuitivement, on peut penser que le régime auquel ces exigences sont soumises présente (ou devrait présenter) de nombreux points de convergence. Il paraît dès lors justifié de les analyser globalement, en retenant une approche horizontale.

Notre étude se divise en deux parties. Après avoir identifié les formes de protection de la partie faible (1^{ère} partie), nous examinerons leur régime (2^e partie).

2. Identification des formes de protection de la partie faible. Dans un premier temps, il convient d'identifier avec précision les formes de protection de la partie faible.

Pour caractériser les formes révélatrices du phénomène, la doctrine se réfère généralement à l'objectif de protection de la partie faible.

¹ Pour une énumération exhaustive des législations retenues dans le cadre de cette étude, voy. *infra*, n° 19.

² *M.B.*, 9 juillet 1991.

³ *M.B.*, 29 août 1991.

⁴ *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

Aussi rechercherons-nous les formes qui poursuivent cet objectif, en nous fondant sur les travaux préparatoires des textes normatifs ou à la lumière du régime qu'ils instaurent par ailleurs. Le formalisme constitue en effet une technique, parmi d'autres (interdiction des clauses abusives, octroi d'un droit de renonciation, renforcement des obligations d'information, etc.), pour protéger la partie faible.

Il importe de bien cerner la manière dont le législateur identifie le cocontractant en position d'infériorité ainsi que les origines de la faiblesse.

Pour comprendre comment une exigence de forme donnée permet de protéger une partie jugée plus faible au rapport contractuel, nous distinguons les fonctions et les objectifs des règles de forme.

A l'analyse, on constate que les exigences de forme poursuivent plusieurs « fonctions » ou plusieurs « objectifs », qui s'enchaînent logiquement, comme autant de moyens au service d'une fin. Eu égard au contexte dans lequel les termes « fonctions » et « objectifs » sont généralement utilisés, nous choisissons de leur donner deux acceptions sensiblement différentes.

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. Si elle doit être rédigée en caractères gras, la fonction de cette exigence complémentaire est d'attirer l'attention du destinataire sur l'information énoncée.

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. Pour identifier les objectifs d'une règle, il convient de procéder à une analyse téléologique. En l'occurrence, l'objectif principal des formes étudiées est de protéger la partie supposée faible au rapport contractuel.

Pour comprendre comment une exigence de forme donnée (moyen) permet d'atteindre cet objectif (fin), il faut distinguer des objectifs intermédiaires. Ainsi, dans sa fonction d'énonciation d'une information, la mention permet de protéger le consentement de la partie faible, en garantissant qu'il a été donné en pleine connaissance de cause. Le consentement informé (moyen) contribue à protéger la partie faible (fin). De même, une mention en gras sur l'existence et les modalités d'exercice du droit de renonciation dans les contrats à distance, par exemple, permet d'énoncer une information et d'attirer l'attention du consommateur (fonctions et moyen). Cette exigence permet de protéger ce dernier en lui fournissant les informations nécessaires pour exercer son droit de renonciation (objectif intermédiaire, fin et moyen). De cette manière, le consommateur – partie faible – est protégé puisqu'il peut exercer son droit de renonciation, qui lui permet, dans les contrats à distance, de renoncer par exemple à l'achat d'une paire de chaussures qui ne lui vont pas (objectif principal et fin).

Nous veillerons également à situer les formes de protection de la partie faible, au regard des autres règles de forme, que la doctrine s'est efforcée de catégoriser au fil du temps (les formes probatoires et les formes solennelles, essentiellement).

3. Régime du formalisme de protection de la partie faible. Après avoir isolé les formes de protection de la partie faible, nous étudierons le régime auquel elles sont soumises.

Nous examinerons les difficultés posées, *de lege lata*, par l'application et la sanction de la méconnaissance des formes de protection de la partie faible. Nous procéderons également à l'évaluation législative des formes de protection de la partie faible, pour formuler, *de lege ferenda*, des propositions de modification en vue d'atteindre plus efficacement l'objectif poursuivi.

Ces deux aspects seront analysés à l'occasion de l'application et de la sanction des règles de forme.

4. Application des formes de protection de la partie faible. Au moment d'appliquer certaines formes de protection de la partie faible, des difficultés d'articulation sont rencontrées. Avec l'avènement de la société de l'information se pose également la question de savoir comment les accomplir valablement dans l'environnement numérique.

Les textes légaux ou réglementaires imposant l'accomplissement de règles de forme aux différentes étapes du processus contractuel se sont multipliés au cours des dernières décennies. Cette inflation législative est source de difficulté dans la mesure où, dans certaines hypothèses, leurs conditions d'application se recouvrent. *A priori*, il faudrait donc accomplir les formes prescrites de manière cumulative. Cette solution peut cependant être source de complexité ou de contradictions. Si, au moment de la formation du contrat, la loi A impose un écrit, la loi B un support durable et la loi C une police, on peut se demander s'il faut établir trois documents distincts ou si on peut se contenter d'un seul *instrumentum*, qui pourrait être qualifié d'écrit, de support durable et de police. De même, lorsque la loi A et la loi B exigent un écrit signé, pour conclure le contrat, l'application cumulative des normes en concurrence pose problème si la sanction susceptible d'être prononcée en cas de méconnaissance de la formalité diffère selon la loi considérée. Par exemple, aux termes de la loi A, le contrat doit être annulé alors que conformément à la loi B, il doit être maintenu moyennant un accroissement des obligations (financières notamment) à charge du cocontractant de la partie faible. Il convient donc d'articuler les normes prescrites par les législations de protection de la partie faible.

Dans l'environnement que nous qualifions de « traditionnel », les formalités requises au cours du processus contractuel sont étroitement liées au support papier. Le mode de fixation de l'écriture peut être manuel ou mécanique (machine à écrire, imprimerie, etc.). Rien n'empêche, d'ailleurs, que les contrats soient noués à distance : on peut en effet transmettre les courriers par La Poste ou échanger des informations par télégraphe ou par télégramme. Avec le développement de l'informatique et des moyens de communication électroniques, depuis la fin des années quatre-vingt, il devient possible d'échanger des informations et de conclure des contrats par voie électronique, sans utiliser le support papier traditionnel. Dans un premier temps, les rapports contractuels se nouent dans des réseaux fermés (EDI par exemple) dans lesquels les parties se connaissent, ce qui limite les difficultés. Pendant les années nonante, l'internet et ses applications principales (le web et le courrier électronique) se développent rapidement. Désormais, les technologies de l'information sont présentes dans tous les secteurs de la

société : dans les relations de travail (télétravail), dans le domaine de la santé (*e-health* ou télématique médicale) ou de la justice (e-justice), en matière d'enseignement (*e-learning*) ou dans le secteur public (e-gouvernement ou marchés publics dématérialisés). Les relations contractuelles n'échappent pas au phénomène : on peut recourir aux technologies de l'information pour diffuser ou obtenir des informations lors de la phase précontractuelle, pour conclure le contrat, voire pour le résilier. Les contrats susceptibles d'être conclus par ce biais sont nombreux : parmi les plus fréquents, on peut citer l'achat de livres ou de CD, la réservation de voyages (en particulier les billets d'avion), le téléchargement de musique, etc. Il reste à savoir comment nouer valablement des relations contractuelles par voie électronique, en respectant les formalités prescrites sachant que, pour la plupart, celles-ci ont été imposées à une époque où ces technologies n'existaient pas (ou, à tout le moins, n'étaient pas aussi répandues). Ainsi, on conçoit sans peine que le support papier généralement utilisé n'a plus de sens dans l'environnement numérique ou qu'une signature manuscrite, tracée au stylo à encre, peut difficilement être reproduite avec un clavier et un écran d'ordinateur.

Pour protéger l'un des cocontractants jugé en position de faiblesse, les textes normatifs se sont multipliés et, parmi les techniques privilégiées par le législateur, figure le formalisme contractuel. En admettant que, dans l'absolu, il s'agit d'un moyen efficace pour atteindre les objectifs poursuivis, encore faut-il établir si, en l'occurrence, la manière dont le législateur a défini le domaine d'application des formes et leurs manifestations est la plus appropriée. On peut se demander dans quelles hypothèses des formes doivent être imposées dans des législations particulières et comment les choisir. Tenant compte de la théorie générale des contrats, qui prescrit également l'accomplissement de diverses formalités, et des autres mesures de protection établies par les législations considérées, on peut estimer que le formalisme est sous- ou, au contraire, sur-exploité. Ainsi, on pourrait considérer que la multiplication excessive de certaines exigences, consistant par exemple à rédiger des mentions en caractère gras, nuit à l'efficacité du mécanisme. Parallèlement, il pourrait être utile d'imposer des formes dans des rapports contractuels qui ne sont pas visés par une législation de protection de la partie faible. Sous peine de compromettre les progrès technologiques et de perdre les avantages qu'ils procurent (simplicité, rapidité, caractère international, etc.), il faut lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique. Le législateur est intervenu, en consacrant la théorie des équivalents fonctionnels. On pourrait toutefois juger que cette méthode n'est pas adaptée ou qu'elle n'a pas été correctement mise en œuvre.

Des propositions *de lege ferenda* seront formulées pour améliorer le recours au formalisme comme technique de protection de la partie faible et veiller à lever, de manière cohérente et complète, les obstacles formels aux échanges noués par voie électronique.

5. Sanction de l'inobservation des formes de protection de la partie faible. Lorsque les formes de protection de la partie faible sont méconnues, il convient d'examiner le régime établi par les législations considérées pour identifier la sanction susceptible d'être prononcée et les règles auxquelles elle est soumise. La sanction peut être de nature pénale, administrative ou civile. Seule la sanction civile sera analysée en détail. Lorsqu'aucune sanction civile spécifique n'est prévue par le texte légal ou réglementaire, on pourra se demander comment sanctionner civilement la méconnaissance des formes, le cas échéant en se fondant sur des règles tirées de la

théorie générale des contrats. Même si une sanction civile spécifique est expressément prévue par la législation de protection de la partie faible, des incertitudes existent, au moment de définir son régime (qui peut l'invoquer ? dans quel délai ? quels sont les moyens de défense ? etc.).

De manière générale, on pourra aussi s'interroger sur la manière de sanctionner efficacement le non-respect des formes de protection de la partie faible. L'absence de sanction civile expressément prévue peut être critiquée. Certaines sanctions pourraient être jugées peu dissuasives ou trop sévères. La partie faible ou son cocontractant pourraient en tirer profit. Une réflexion sur la nullité, qui sanctionne l'inobservation de nombreuses formes, devra être menée : compte tenu de ses effets, il n'est pas certain qu'il soit dans l'intérêt de la partie faible de l'invoquer.

De lege ferenda, des propositions pourront être faites pour accroître l'efficacité des règles actuellement en vigueur et atteindre plus sûrement les objectifs poursuivis. Dans diverses hypothèses, elles paraissent d'autant plus utiles que le cadre normatif crée des différences de traitement contraires au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 Const.).

6. Référence aux fonctions et aux objectifs des règles de forme. Nous aurons l'occasion de montrer dans quelle mesure il est indispensable de connaître les fonctions ou les objectifs des règles de forme pour articuler les normes concurrentes, pour savoir comment les accomplir valablement dans l'environnement numérique ou pour identifier la sanction susceptible d'être prononcée en cas d'inobservation et son régime. Il faut également se référer aux fonctions et objectifs des règles de forme pour évaluer correctement le formalisme comme technique de protection de la partie faible, en réfléchissant sur les hypothèses dans lesquelles des formes doivent être imposées et le choix de celles-ci, et en déterminant la sanction la plus efficace. Ce n'est qu'au terme de cet examen que des propositions *de lege ferenda* sont envisageables.