

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Préface

Montero, Etienne

*Published in:*  
Le formalisme contractuel

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Montero, E 2010, Préface. dans *Le formalisme contractuel: Mécanisme de protection de la partie faible*. Larcier , Bruxelles, pp. 7-11.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# PRÉFACE

Le législateur contemporain n'a cessé de multiplier les règles de forme dans une diversité de lois de protection d'une partie supposée « faible », en particulier dans le champ du droit du travail et du droit de la consommation. Les exemples sont légion : on songe aux lois relatives au crédit à la consommation, aux contrats de travail, au contrat de voyage, au contrat de *time-sharing*, au courtaage matrimonial, aux accords de partenariat commercial et un long *et cetera*. Cette mobilisation du formalisme contractuel comme instrument de protection de la partie faible s'est faite au coup par coup, sans vision d'ensemble. Il s'en dégage une forte impression d'anarchie.

Les manifestations du formalisme sont disparates et la terminologie fluctuante. À un identique souci de remédier à la vulnérabilité d'une partie contractante peuvent répondre des règles de forme aussi variées que l'exigence d'un écrit – sinon d'un bon de commande, d'un prospectus, d'un support durable, d'un support papier, d'un document, d'un acte... –, d'une signature, de mentions manuscrites, de documents à remettre ou à tenir à disposition de l'autre partie... Parfois, le législateur se fait vétilleux au point de réglementer dans le détail l'apparence des mentions et leur emplacement, voire d'imposer une formulation déterminée.

La diversité est également de mise sur le terrain des sanctions. Celles-ci peuvent être pénales, administratives, civiles... À s'en tenir aux seules sanctions civiles, le foisonnement est encore au rendez-vous. Il arrive qu'une exigence de forme ne soit assortie d'aucune sanction spécifique, auquel cas on est renvoyé à celles que procure le droit commun. Dans le meilleur des cas, une sanction est expressément prévue... mais on ne sait pas toujours pourquoi telle sanction a été privilégiée ici et telle autre là-bas : selon les textes, l'inobservation de la règle de forme est sanctionnée par la nullité de l'acte juridique, ou par sa disqualification<sup>1</sup>, ou par un handicap sur le plan probatoire, ou encore par la conversion de l'acte juri-

---

<sup>1</sup> Ainsi, en cas de non-respect de règles de forme, le contrat d'intermédiaire de voyages est disqualifié en contrat d'organisateur de voyages, avec les obligations qui en découlent (art. 23, § 4, de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages).

dique<sup>2</sup>, etc. Dans ce dernier cas, les modalités peuvent encore varier : le juge peut réduire des obligations de la partie faible et ainsi lui octroyer un avantage financier, ou lui accorder des conditions plus favorables, autres que financières...<sup>3</sup>.

Tout cela fait désordre. Et ce n'est pas tout.

Les formes protectrices de la partie faible rentrent difficilement dans les catégories traditionnelles du formalisme contractuel. Certains auteurs estiment que ces exigences de forme 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. Bien entendu, ces typologies ne répondent pas seulement à un irrépressible besoin de classification des juristes. Leur intérêt est évidemment de fournir des critères aptes à résoudre une diversité de questions relatives au régime juridique des règles de forme.

Or, précisément, l'injection massive, sans ordre ni méthode, d'exigences de forme dans une multitude de législations n'est pas sans poser une série de difficultés. Ainsi, il n'est pas rare qu'une même relation contractuelle soit soumise à plusieurs dispositions légales prescrivant des exigences de forme qui peuvent s'avérer incompatibles. Ainsi encore, en cas d'inobservation d'une même règle de forme, prévue par plusieurs textes mais assortie de sanctions différentes, l'hésitation est possible sur celle qui doit être privilégiée.

Dans un autre ordre d'idées, force est de constater que la plupart des règles de forme figurant dans les lois de protection d'une partie faible ont été pensées dans une culture du papier. Aussi ont-elles été généralement façonnées en référence au papier comme support des actes juridiques. Entre-temps, les chiffres du commerce électronique ne cessent de croître : de plus en plus de contrats sont désormais conclus – sans papier – par voie électronique. On peut dès lors se demander comment restituer dans l'univers dématérialisé des réseaux numériques les garanties offertes par ces règles de forme associées au papier. Cette question complexe a trouvé quelque réponse dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Pour autant, tout n'a pas été réglé ; par ailleurs, le recul de cinq années permet déjà de jeter un regard critique sur l'œuvre du législateur.

Ces sommaires considérations suffisent sans doute pour se faire une idée du paysage que dessine l'omniprésence des règles de forme dans quantité de législations contemporaines. Autant dire – pour prolonger la métaphore naturaliste – que l'on a moins affaire à un jardin à la française

<sup>2</sup> Celle-ci consiste à modifier le contenu obligatoire du contrat au profit de la partie faible.

<sup>3</sup> L'article 11*bis* sur la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail en fournit une illustration.

qu'à un véritable jardin à l'anglaise. Il était pleinement justifié de chercher à offrir une vue globale, décrochée, du phénomène, si interpellant que maints auteurs n'ont pas manqué de constater une « renaissance » du formalisme contractuel. Telle était l'ambition d'Hervé Jacquemin.

La démarche est courageuse. Elle a le mérite d'aborder le sujet de manière transversale, ce qui a supposé un travail de recherche considérable – comme en témoigne l'ampleur de la bibliographie consultée et savamment exploitée –, et une remarquable aptitude à maîtriser des matières très diverses. L'auteur évolue avec une égale aisance dans les arcanes de nombreuses lois : celles sur le contrat d'assurance, sur le contrat de *time-sharing*, sur le contrat de crédit à la consommation, sur le crédit hypothécaire, sur le mariage matrimonial, sur le contrat de voyage, etc. Non content de maîtriser ces divers régimes particuliers, il démontre aussi une excellente connaissance des nombreuses notions de droit commun qui défilent tour à tour : règles de preuve, régime de la formation du contrat, théorie des nullités, sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles... Hervé Jacquemin conjugue avec bonheur des qualités d'analyse et de synthèse. Précis dans ses développements techniques, il garde toujours cette vue en surplomb qui fait l'originalité de sa recherche sur le formalisme contractuel.

Nous sommes en présence d'un véritable thème de recherche. Au demeurant, l'auteur soutient une thèse *proprio sensu*, qu'il étaye et illustre au fil des pages. En substance, pour relever les défis évoqués plus hauts, il défend l'idée d'une approche fondée sur les finalités assignées aux règles de forme.

Tout son propos s'organise autour de cette intuition centrale. Il s'articule classiquement en deux parties.

Dans la première, l'auteur élabore son modèle théorique. Il relève que les exigences de forme remplissent plusieurs « fonctions », lesquelles apparaissent au service d'objectifs intermédiaires, parfois hiérarchisés, et qui, eux-mêmes, sont ordonnés à un objectif final : la protection de la partie faible. Suivant Hervé Jacquemin, les fonctions renvoient aux qualités intrinsèques d'une règle de forme. Ainsi, telle mention obligatoire a pour fonction d'énoncer une information ou la signature a pour fonction d'authentifier l'identité de son auteur et d'attester son adhésion au contenu signé. L'objectif, lui, fait référence au but assigné à une règle de forme eu égard aux fonctions qu'elle remplit. Ainsi, une mention « en gras » sur l'existence du droit de renonciation est requise dans les contrats à distance en vue d'énoncer une information (fonction principale) et d'attirer l'attention du consommateur (fonction complémentaire). Ce faisant, le législateur entend faciliter l'exercice effectif du droit de renonciation, pour garantir un consentement informé et réfléchi du consommateur (objectif intermédiaire) et, *in fine*, le protéger (objectif final).

Logiquement, d'importants développements sont consacrés à cerner les origines de la faiblesse, à identifier les objectifs intermédiaires et à

dégager les fonctions des règles de forme plus couramment rencontrées : les mentions obligatoires, l'écrit, la signature... (titre 1).

L'auteur s'attache ensuite à montrer l'insuffisance des catégories usuelles du formalisme contractuel pour rendre compte des formes de protection de la partie faible. Il est d'avis que la distinction entre formalisme solennel et formalisme probatoire ne fournit ni critère distinctif des formes modernes ni clé de lecture permettant de déterminer leur régime juridique et de résoudre les difficultés qu'elles suscitent. Il se confirme ainsi que seule une approche fondée sur les objectifs assignés aux règles de forme permet de caractériser et de classer utilement celles-ci (titre 2).

La seconde partie vise à tester les outils conceptuels mis au point dans la première. L'auteur s'évertue à démontrer que l'approche finalisée qu'il prône permet d'apporter des éléments de solution aux divers problèmes soulevés.

Il se concentre, en un premier temps, sur l'application des règles de forme, suivant un triple axe (titre 1). Il se demande, tout d'abord, quel sort réserver aux règles de forme prescrites par plusieurs législations applicables à un même contrat. Faut-il y satisfaire de façon cumulative même si plusieurs formes remplissent les mêmes fonctions et objectifs ? *Quid* en cas de règles incompatibles ? Dans les nombreux scénarios et hypothèses envisagés, la solution procède d'un recours aux finalités des formes. Par exemple, là où il s'impose de mobiliser l'adage *specialia generalibus derogant*, c'est par référence aux objectifs intermédiaires et finaux des normes à articuler qu'il est possible de distinguer les règles spéciales des règles générales. Le test se poursuit sur le terrain des enjeux et défis liés à l'accomplissement des règles de forme dans l'environnement numérique. La théorie des équivalents fonctionnels, telle que mise en œuvre par le législateur belge à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003, est exposée et appréciée. L'analyse est menée en dialogue critique avec les auteurs qui se sont exprimés sur ces questions. Le titre s'achève sur d'intéressantes considérations critiques et propositions *de lege ferenda*, notamment sur le choix et le domaine d'application des règles de forme. Guidées par le souci d'optimiser le recours au formalisme comme technique de protection de la partie faible, ces propositions sont naturellement fondées sur l'interprétation finaliste défendue. Celle-ci permet également d'analyser les règles de forme à travers le prisme du principe d'égalité et de non-discrimination, tel que défendu par la Cour constitutionnelle.

Le dernier titre porte sur l'identification et le régime des sanctions applicables en cas de non-respect des règles de forme. Sans doute y trouve-t-on les développements les plus inspirés et originaux. Sont analysées non seulement les sanctions spécifiques prévues par les législations retenues, mais aussi celles tirées de la théorie générale des contrats. L'auteur procède à un examen particulièrement approfondi du régime de certaines sanctions peu étudiées, notamment la nullité « prétorienne » ou la « conversion » de l'acte juridique. L'analyse est conduite de *lege lata* et

émaillée de justes critiques que l'auteur entend rencontrer en formulant diverses propositions de *lege ferenda*. À l'instar des formes, les sanctions doivent être choisies et mises en œuvre à l'aune des finalités poursuivies. L'idée peut paraître simple. Elle est pourtant à rebours de la doctrine dominante sur le formalisme contractuel. Selon cette dernière, le formalisme commande le respect littéral de la règle de forme. Comme l'a écrit un illustre civiliste, « formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible (...) »<sup>4</sup>. La jurisprudence, elle aussi, considère généralement que la règle de forme ne souffre pas le procédé équipollent. On trouve toutefois des décisions en sens contraire, habilement exploitées par l'auteur. Il s'en inspire pour arrêter les critères auxquels doivent satisfaire les sanctions de manière à protéger efficacement la partie faible, sans lui permettre de les instrumentaliser abusivement.

La thèse d'Hervé Jacquemin bouscule des habitudes de pensée solidement enracinées. Iconoclaste, son approche finalisée des règles de forme ne manquera pas d'interpeller. On peut se demander, par exemple, comment l'approche fonctionnelle préconisée prendra en considération le fait que certaines législations étudiées poursuivent des objectifs autres que la protection de la partie faible (garantir une saine concurrence, faciliter un contrôle, assurer une protection sociale...). Plus radicalement, l'optique fonctionnelle proposée peut susciter l'étonnement. Car, en définitive, c'est à une lecture non formaliste... du formalisme contractuel que l'on est convié. Simple paradoxe ou réelle contradiction ? Puisse cette question fondamentale attiser la curiosité du lecteur et le maintenir en haleine tout au long des pages...

On le sait, la valeur d'une œuvre scientifique est moins de clore le débat que de l'ouvrir et le relancer sur de nouvelles hypothèses. Elle n'est pas tant d'apporter des réponses péremptoires que de susciter des questions stimulantes et d'alimenter de nouvelles controverses. C'est ce que l'on souhaite au solide et bel ouvrage d'Hervé Jacquemin. Son mérite est non seulement de renouveler la réflexion théorique sur le formalisme contractuel, grâce à la perspective horizontale adoptée, mais aussi d'apporter des réponses précises aux nombreuses questions que le praticien se pose à propos des règles de forme figurant dans les lois de protection d'une partie faible.

Etienne MONTERO  
Professeur ordinaire aux FUNDP  
Doyen de la Faculté de droit

<sup>4</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9.