

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel

Jacquemin, Hervé

Published in:
Annales de droit de Louvain

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2010, 'Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel', *Annales de droit de Louvain*, Numéro 1, p. 3-42.

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.

IDÉES ET PERSPECTIVES

Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel ¹

par Hervé JACQUEMIN

*Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Académie Louvain)
Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID)*

INTRODUCTION

Le constat de départ est le suivant : dans diverses législations contemporaines, adoptées pour la plupart à la fin du XX^e siècle et ressortissant principalement au droit du travail ou au droit de la consommation, les exigences de forme se multiplient. Parmi ces textes normatifs et sans prétendre à l'exhaustivité ², on peut citer la loi du 3 juillet 1978 relative

¹ Cette contribution est basée sur le texte présenté lors de la défense publique de ma thèse de doctorat, le 28 avril 2009, aux FUNDP. Pour les besoins de la publication, de nombreux passages ont été substantiellement amendés, par référence au texte original de la thèse. Pour une analyse complète et détaillée, voy. la version intégrale de la dissertation doctorale, publiée en 2010 aux éditions Larcier, sous le titre *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*.

² Dans cet article, nous analysons également la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971 (ci-après, loi Breyne); la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992 (ci-après, loi sur le contrat d'assurance) et, plus largement, les dispositions légales ou réglementaires applicables en matière d'assurance (la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.*, 29 juillet 1975 [ci-après, loi de contrôle]; la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 14 juin 1995 [ci-après, loi sur l'intermédiation en assurance]); la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992 (ci-après, loi sur le crédit hypothécaire); la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993 (ci-après, loi sur le courtage matrimonial); la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995 (ci-après, loi sur le contrat d'agence commerciale); la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 30 avril 1999 (ci-après, loi sur le time-sharing); la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002 (ci-après, loi sur les contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales); la loi du 11 juin 2004 réprimant la fraude relative au kilométrage des véhicules, *M.B.*, 5 juillet 2004 (ci-après, loi sur la fraude au kilométrage des

aux contrats de travail (ci-après, loi sur le contrat de travail)³, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (ci-après, loi sur le crédit à la consommation)⁴, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après, LPMC)⁵, 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)⁶, la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI)⁷ ou la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial (ci-après, loi sur les accords de partenariat commercial)⁸.

Les exigences de forme prescrites par ces textes sont nombreuses et variées. Des *mentions* visant à extérioriser des informations relatives l'objet du contrat, l'identification des parties ou les droits et obligations dont elles disposent, sont ainsi requises. Dans certains cas, elles doivent être apposées sur un *écrit*, le cas échéant *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. Ils soulignent à ce propos que l'objectif du législateur est de protéger l'une des parties au contrat supposée en position de faiblesse⁹.

véhicules); la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004 (ci-après, art. 1649bis-1649octies C. civ.), l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relative à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, *M.B.*, 19 janvier 2007 (ci-après, A.R. sur les contrats avec les agents immobiliers); l'arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers, *M.B.*, 18 juin 2007 (ci-après, A.R. marchés d'instruments financiers) et la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit, *M.B.*, 27 juin 2007 (ci-après, art. 2043bis-2043octies C. civ.). On peut également citer les modifications apportées en 2007 aux règles du Code civil portant sur les baux à loyer (spécialement ceux relatifs à la résidence principale du preneur).

³ *M.B.*, 22 août 1978.

⁴ *M.B.*, 9 juillet 1991.

⁵ *M.B.*, 12 avril 2010.

⁶ *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

⁷ *M.B.*, 17 mars 2003.

⁸ *M.B.*, 18 janvier 2006.

⁹ Voy. J.-L. BAUDOIN, «Rapport général», *La protection des consommateurs (Journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV (1973), Paris, Dalloz, 1975, pp. 8 et s.; L. AYNES, «Formalisme et prévention», *op. cit.*, p. 66, n° 3; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, «Le droit des contrats face à l'évolution économique», *Etudes offertes à Roger Houin*,

Les formes révélatrices de cette renaissance du formalisme contractuel posent des difficultés liées (1) à leur application, d'une part, (2) à la sanction susceptible d'être prononcée en cas de méconnaissance, d'autre part.

Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 11 et s.; P. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 366-367, n° 36; Ph. JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 128; J. MESTRE, «L'évolution du contrat en droit privé français», *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 48; Th. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 211-212, n° 96; J. GHESTIN, J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 336 et s., n^{os} 373 et s., spéc. pp. 341-342, n° 380; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 633, n° 718; M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19; F. DOMONT-NAERT, «Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 225, n° 13; J. GHESTIN et I. MARCHESSEAU-VAN MELLE, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 24-25, n° 30; P. VAN OMMESLAGHE, «Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo?», *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 533-537, n^{os} 13-17; J.-M. TRIGAUX, «L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats», *Ann. dr. Louvain*, 1997, pp. 203-213; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil — Obligations*, t. II, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 60 et s., n^{os} 67 et s.; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 69, n° 87; X. LAGARDE, «Observations critiques sur la renaissance du formalisme», *J.C.P.*, I 170, 1999, n° 40, pp. 1768-1769; J.-L. AUBERT, «Le formalisme (rapport de synthèse)», *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 934-935; B. DE NAYER et J. LAFFINEUR, «Le consentement électronique : le cadre législatif belge», *Le consentement électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 73; G. COUTURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *Rép. Defrénois*, 2000, p. 885; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 705-706, n° 18; P. BRASSEUR, «Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 604, n° 1 et pp. 631 et s., n^{os} 28 et s.; C. DELFORGE, «La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 398, n° 453; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 137-138; M. FONTAINE et P. WÉRY, «Libres propos sur le droit des obligations contractuelles au lendemain du bicentenaire du Code civil», *Ann. dr. Louvain*, 2003, p. 364, n° 10; E. MONTERO et M. DEMOULIN, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée», P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conven-*

(1) S'agissant de l'application des exigences de forme, on peut d'abord se demander quelle disposition légale ou réglementaire il convient d'observer dans certaines hypothèses données. En effet, si législateur est intervenu massivement, on peut regretter qu'à divers égards, il ait agi en ordre dispersé. Il en résulte qu'un même rapport contractuel peut être potentiellement soumis à de nombreuses dispositions légales qui peuvent se révéler incompatibles. Dans ce cas, il faut nécessairement les articuler. En outre, avec le développement des technologies de l'information et de la communication (en particulier l'internet) s'est posée la question de savoir comment accomplir valablement les formes prescrites, étroitement liées à la culture du papier (on songe à l'écrit, par exemple), par voie électronique. A peine d'empêcher le recours à ces technologies dans les rapports contractuels, des solutions devaient être trouvées.

(2) Si les formalités imposées par les textes normatifs n'ont pas été respectées, il convient d'identifier la sanction susceptible d'être prononcée ainsi que le régime auquel celle-ci est soumise. Outre les mesures expressément prévues par les législations de protection de la partie faible, qui sont de nature pénale, administrative ou civile, il convient d'ajouter les sanctions tirées de la théorie générale des contrats. Pour les sanctions civiles, qui retiennent plus particulièrement notre attention, il en résulte une grande diversité et un manque apparent de cohérence : on peut ainsi citer la nullité de l'acte juridique, la difficulté de le prouver, la réduction des obligations du consommateur, l'octroi d'un bénéfice financier à ce dernier, au préjudice de son cocontractant, etc. Quant au régime de la sanction, il mérite également une analyse approfondie, pour établir notamment qui peut l'invoquer ou si elle doit être appliquée lorsque, nonobstant la méconnaissance des formes, les objectifs poursuivis par le législateur ont été atteints.

Dans ces deux domaines — l'application des formes et leur sanction —, des critiques pourraient également être adressées au cadre normatif actuel. N'est-il pas excessif, par exemple, d'exiger plusieurs mentions en caractère gras dans un seul et même écrit? A l'opposé, ne doit-on pas juger qu'une loi qui impose des mentions sur un écrit, sans requérir que chacune des parties reçoive un exemplaire du contrat, est lacunaire? De même, la manière dont le législateur a levé les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, en consacrant de manière différenciée la théorie des

tionnelles et le bicentenaire du Code civil, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 104, n° 50; P. WÉRY, «Le droit commun des obligations contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations», *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 401-403, n° 8; M.-P. NOËL, «La vente aux consommateurs. Tour d'horizon d'un contrat hors du (droit) commun», *La vente, un contrat usuel très réglementé*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 151, n° 20; B. VANBRABANT, *Time-sharing*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 84, n° 62.

équivalents fonctionnels, ne nous convainc pas totalement. On peut encore s'interroger sur l'efficacité du régime auquel certaines sanctions sont soumises, sur leur manque de sévérité, ou leur caractère totalement inadapté, compte tenu des intérêts en jeu.

Pour apporter des solutions aux difficultés posées par l'application et la sanction des règles de forme et donner une base solide aux critiques qui pourraient être formulées à l'égard du cadre normatif, tout en avançant des propositions *de lege ferenda* pour y répondre de manière satisfaisante, nous défendons l'idée qu'il convient de procéder à une analyse finalisée des règles de forme. Plus précisément, nous sommes convaincu que si l'on identifie précisément les formes de protection de la partie faible, en déterminant l'origine de la faiblesse et en établissant comment certaines règles de forme, compte tenu de leurs fonctions et des objectifs qu'elles permettent d'atteindre, ont pour effet de protéger l'une des parties au contrat, en position d'infériorité¹⁰, les solutions aux problèmes rencontrés et les propositions *de lege ferenda* s'imposeront logiquement.

En conséquence, après avoir identifié les formes de protection de la partie faible (I), nous analysons le régime auquel elles sont (ou devraient être) soumises (II).

I. — IDENTIFICATION DES FORMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

Pour montrer de quelle manière les formes révélatrices de la renaissance du formalisme contractuel permettent de protéger l'une des parties, une analyse en trois temps s'impose.

D'abord, il convient de s'attarder sur l'infériorité de ce cocontractant (A), de manière à cerner l'*objectif final* de protection de la partie faible. Plus précisément, nous déterminons quelles sont les parties jugées plus faibles, comment le législateur procède pour les identifier et quelles sont les causes de la faiblesse.

Ensuite, nous nous penchons sur les *fonctions* des règles de forme, entendues comme les finalités immédiates, les qualités intrinsèques de ces exigences (B).

Enfin, pour expliquer dans quelle mesure une règle de forme, compte tenu de ses fonctions, constitue un moyen pour atteindre un objectif donné,

¹⁰ L'analyse finalisée consiste à examiner les origines de la faiblesse (pour comprendre l'objectif final des exigences de forme, à savoir protéger l'une des parties au position d'infériorité), les fonctions des règles de forme et les objectifs intermédiaires de celles-ci.

en l'occurrence protéger la partie faible au rapport contractuel, il échet de compléter l'analyse par l'identification du maillon intermédiaire entre la fin (protéger la partie faible) et le moyen (imposer des règles de forme aux fonctions diverses). Compte tenu de leurs fonctions, les exigences de forme permettent en effet d'atteindre divers *objectifs* — que nous qualifions d'«*intermédiaires*» — qui expliquent qu'elles aient été retenues comme mécanisme pour protéger la partie faible (C).

Dans la thèse, nous nous sommes efforcé de classer les formes de protection de la partie faible au sein des catégories usuelles du formalisme contractuel, de façon à approfondir leur analyse. Dans le cadre de cette contribution, nous nous bornons aux considérations générales présentées dans les quelques lignes qui suivent ¹¹. Pour diverses raisons dûment expliquées, l'examen s'est limité à la distinction entre formalisme solennel et probatoire. Ainsi avons-nous exclu de prendre en considération les autres catégories du formalisme contractuel (formalisme de publicité, habilitant, administratif, fiscal, etc.). A l'instar de toute autre classification, la typologie bipartite a pour rôle de souligner un élément caractéristique des formes ressortissant à l'une ou l'autre de ces catégories, qui permet de les distinguer. Pour que cette division présente de l'intérêt dans le cadre de notre étude, encore fallait-il que cet élément caractérise également les formes de protection de la partie faible et permette de les différencier utilement d'autres règles de forme. Au terme de l'analyse, il est toutefois apparu que, telle qu'elle est conçue, la distinction entre le formalisme solennel et le formalisme probatoire ne convient pas aux formes de protection de la partie faible ¹². Cette analyse nous a permis de confirmer le bien-fondé de la thèse consistant à préférer une approche finalisée de ces règles de forme.

A. — Faiblesse d'une partie au rapport contractuel

Il ne paraît guère difficile d'identifier celui des cocontractants qui, de manière générale, peut être considéré comme étant en position de faiblesse :

¹¹ A ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n^{os} 160 et s.

¹² Par référence au critère de la sanction, on constate en effet que des formes ressortissent au formalisme solennel, au formalisme probatoire, ou ne peuvent être classées ni dans une catégorie, ni dans l'autre. La sanction de l'inobservation ne constitue donc pas l'élément distinctif des formes de protection de la partie faible. Par référence au critère des objectifs poursuivis, on peut noter des similitudes entre l'objectif intermédiaire des formes solennelles et celui des formes de protection de la partie faible. Cependant, il faut reconnaître que des formes traditionnellement qualifiées de solennelles (les formes du contrat de mariage) n'ont pas pour objectif de protéger l'un des cocontractants, supposé en position de faiblesse. Tel qu'il doit être conçu pour caractériser les formes solennelles, ce critère des objectifs poursuivi est également insuffisant pour souligner l'élément distinctif des formes de protection de la partie faible.

il s'agit par exemple de la personne engagée dans les liens d'un contrat de travail¹³, du client d'une entreprise de courtage matrimonial¹⁴, du voyageur¹⁵ ou de la personne qui se porte caution à titre gratuit¹⁶.

Nous nous penchons sur la manière dont le législateur a défini les conditions d'application des textes normatifs étudiés (1) et sur les origines de la faiblesse (2)¹⁷.

1. Identification de la partie faible dans les législations analysées

Pour cerner précisément les raisons qui expliquent qu'une partie au contrat soit jugée en position de faiblesse, il est intéressant d'analyser le domaine d'application des législations retenues. On constate à cet égard que trois critères, éventuellement cumulés, sont mobilisés : l'objet du rapport contractuel, les fins pour lesquelles les parties (ou l'une des parties) s'engage(nt) ainsi que le mode (ou le lieu) de conclusion du contrat.

A titre d'illustration, conformément à la loi sur le contrat d'assurance, le preneur d'assurance¹⁸ — la partie faible — est identifié uniquement par

¹³ B. MAINGAIN, «Les relations entre employeurs et salariés en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 101-102, n^{os} 1-2; P. VAN OMMESLAGHE, «Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo?», *op. cit.*, p. 511, n^o 2; M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, p. 22, n^o 29.

¹⁴ Sur la faiblesse du client d'une agence de courtage matrimonial, voy. les travaux préparatoires de la loi, qui relèvent que «les très nombreuses plaintes font notamment apparaître que le client se trouve souvent en position de faiblesse face à l'agence matrimoniale» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extraord. 1991-1992, n^o 81/6, p. 9). En ce sens, voy. aussi C.A., arrêt n^o 10/94 du 27 janvier 1994, B.6.2.; C.A., arrêt n^o 105/98 du 21 octobre 1998, B.3.1.; C.A., arrêt n^o 95/99 du 15 juillet 1999, B.2.1.

¹⁵ Considérant que le voyageur est une partie faible au rapport contractuel, voy. Bruxelles, 22 juin 2005, inédit, 2002AR2093, disponible sur www.juridat.be : à propos de la loi sur le contrat de voyage, la Cour d'appel décide que «la *ratio legis* est bien de protéger la partie faible au contrat, fût-elle une personne morale, face aux professionnels du secteur». Voy. aussi Comm. Anvers, 28 juillet 2005, *D.C.C.R.*, 2006/72, p. 61, note J. SPEYBROECK.

¹⁶ Nous visons l'hypothèse soumise aux art. 2043bis-2043octies C. civ. Sur la faiblesse de la caution, voy. M. GRÉGOIRE, «Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007», *J.T.*, 2007, p. 810; Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, «La protection des sûretés personnelles dites faibles — Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit», *Sûreté et procédures collectives*, Liège, Anthemis, 2008, p. 24 et p. 55, n^o 36.

¹⁷ A ce sujet, voy., de manière approfondie, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 21 et s.

¹⁸ Des auteurs désignent la partie faible en matière d'assurance par le terme «consommateur d'assurance» (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 46 et s., n^{os} 60 et s.; R.O. DALCQ et M.-A. CRIJNS, «Les relations entre assureurs et assurés en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 390 et s. Est visée «toute personne susceptible de bénéficier de la couverture d'assurance, c'est-à-dire le souscripteur, l'assuré, le bénéficiaire, mais aussi la personne lésée» (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 46, n^o 60).

référence à *l'objet du rapport contractuel* : le contrat d'assurance¹⁹. Peu importe que son engagement soit de nature civile ou commerciale²⁰⁻²¹.

La partie faible peut aussi être identifiée par la conjugaison de deux éléments : *l'objet de la relation contractuelle et les fins pour lesquelles les parties (ou l'une d'elles) s'engage(nt)*. La loi sur le crédit à la consommation²² ou l'A.R. sur les contrats avec les agents immobiliers²³ possèdent cette caractéristique.

Enfin, d'autres règles se réfèrent à un troisième élément pour identifier la partie faible et circonscrire leur domaine d'application : *le mode ou le lieu de conclusion du contrat*. On songe à la LSSI, qui exige également que le service soit fourni à distance, par voie électronique²⁴, ou aux dispositions de LPMC régissant les ventes aux consommateurs conclues en dehors des locaux de l'entreprise²⁵.

Cette analyse nous a permis de dégager des lignes de force récurrentes dans les conditions d'application et, par conséquent, dans l'origine de la faiblesse. Ainsi, la partie faible est, dans de nombreux textes normatifs, le cocontractant qui agit à des fins étrangères à ses activités professionnelles

¹⁹ Art. 1^{er}, A, de la loi sur le contrat d'assurance.

²⁰ A propos de l'application de l'art. 10 de la loi sur le contrat d'assurance lorsque l'engagement est de nature commerciale, voy. P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1944, pp. 82-83, n° 98; F. PONET, «De landverzekeringsovereenkomst in het algemeen : bepalingen betreffende alle verzekeringsovereenkomsten», *De landverzekeringsovereenkomst. Praktische commentaar bij de wet van 25 juni 1992*, Anvers, Kluwer, 1993, p. 63, n° 192; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 204-205, n° 378; E. VIEUJEAN, «Le contrat d'assurance aujourd'hui», *Questions de droit des assurances*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1996, p. 195; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 203, n° 263, Ph. COLLE, *Algemene beginselen van Belgisch verzekeringsrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 21, n° 35; K. TROCH et Ph. COLLE, «Verzekeringen & Internet : Living apart together?», *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 646, n° 17. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 20.

²¹ Si la compagnie d'assurance agit à des fins professionnelles, et généralement commerciales, c'est en raison de l'objet du contrat : la loi n'impose pas expressément une telle condition. L'assureur ne peut exercer son activité à des fins étrangères à son activité professionnelle. Il s'agit d'un acte de commerce (art. 2 C. comm.), à l'exclusion de l'assurance mutuelle (A. PUTTEMANS, «Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code de commerce et de la consommation», *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 53-54, n° 25). S'agissant du preneur, aucune restriction n'est apportée par la loi.

²² Le contrat de crédit est en effet conclu entre un prêteur et un consommateur. Le premier doit agir dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles (art. 1^{er}, 2°), le second doit, quant à lui, agir «dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales» (art. 1^{er}, 1°).

²³ Il s'applique aux contrats conclus entre un agent immobilier, tel que visé par un A.R. du 6 septembre 1993, qui énonce qu'il s'agit d'une activité professionnelle (art. 3), et un consommateur (art. 1^{er}).

²⁴ Voy. la définition du service de la société de l'information, à l'art. 2, 1°, de la LSSI.

²⁵ Voy. les hypothèses visées à l'art. 58, §1^{er}, LPMC.

(un consommateur); quant à son cocontractant, il doit agir à des fins professionnelles. L'analyse nous conduit également à considérer que le législateur n'exige pas la démonstration d'une faiblesse particulière dans le chef d'une partie, pour que les textes soient appliqués. Il suffit d'établir que les conditions relatives à l'objet du contrat, aux fins pour lesquelles les parties s'engagent ou au mode (ou au lieu) de conclusion du contrat sont réunies en l'espèce; dans ces circonstances, le législateur présume que l'une des parties est en position de faiblesse²⁶. Nous déterminons par la suite si cette présomption est réfragable ou irréfragable (*infra*, point II.B.).

2. Origines de la faiblesse

Pour comprendre la faiblesse d'une partie au contrat, il convient également d'examiner ses origines et le caractère réel ou supposé de cette particularité.

On distingue classiquement deux causes à la faiblesse, du reste étroitement liées l'une à l'autre²⁷.

La *première* est inhérente à la situation personnelle des parties et réside dans le manque de connaissance dont souffre l'un des cocontractants, relativement aux éléments de droit (à quelles règles de droit la relation contractuelle est-elle soumise?) ou de fait (quelles sont les coordonnées du

²⁶ A ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n° 27.

²⁷ Voy. M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», *op. cit.*, pp. 616-617, n° 2; Ch. BOURRIER, *op. cit.*, pp. 22 et s., n°s 9 et s.; E. MONTERO et M. DEMOULIN, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée», *op. cit.*, p. 93, n° 40. On peut également citer un arrêt de la C.J.C.E., relatif à la directive sur les clauses abusives, aux termes duquel «le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci» (C.J.C.E., arrêt C-168/05 du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, point 25; voy. aussi C.J.C.E., arrêt C-240/98 à C-244-98, du 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, point 25; C.J.C.E., arrêt C-243/08 du 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, point 22). D'autres causes (et d'autres distinctions) peuvent être imaginées : voy. P.-H. DELVAUX, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 78-79, n° 10, qui distingue la faiblesse liée à l'ignorance du fait ou du droit, la faiblesse résultant de l'infériorité économique relative d'une partie, la faiblesse procédant de l'incurie, l'insouciance ou la paresse de la partie faible et celle qui découle de la loi elle-même; J.-L. AUBERT, «Les relations entre bailleurs et locataires en droit français», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 168-170, n°s 6-9, qui distingue l'inégalité de connaissance, l'inégalité de besoins et l'inégalité économique ou F. LECLERC, *op. cit.*, pp. 1-4, n° 3, qui distingue la faiblesse résultant de l'âge ou de l'état physique, la faiblesse résultant de l'incompétence technique et celle trouvant son origine dans des facteurs économiques et sociaux.

cocontractant? quel est le prix du service? quelle est la contrepartie?) du rapport contractuel envisagé. Elle se rencontre dans la plupart des rapports contractuels régis par les législations retenues. Le déséquilibre entre les parties résulte en effet d'une asymétrie informationnelle, au préjudice de la partie faible.

Il s'explique par l'objet même du contrat, les fins pour lesquelles les parties s'engagent ou le mode (ou le lieu) de conclusion du contrat (à ce sujet, voy. aussi *supra*, point 1). La faiblesse résulte généralement d'un manque de connaissance lorsque le rapport contractuel met en présence une personne agissant à des fins professionnelles et une autre, qui intervient (principalement) à des fins privées²⁸, et qualifiée de «consommateur». On peut citer à titre d'exemples le contrat de crédit à la consommation²⁹, le contrat de crédit hypothécaire³⁰ ou le contrat de time-sharing³¹. Rien n'empêche néanmoins que le cocontractant dont la faiblesse résulte d'un manque de

²⁸ De manière générale, sur ce déséquilibre dans les législations consuméristes, voy. J.-P. BUYLE, «Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations», note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 693, n° 11; G. COUTURIER, «Les relations entre employeurs et salariés en droit français», *op. cit.*, p. 149, n° 6; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 30, n° 69.

²⁹ Le manque d'information du consommateur est clairement souligné dans les travaux préparatoires de la loi sur le crédit à la consommation : voy. not. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/2, pp. 28 et s. Voy. aussi D. BLOMMAERT, «La responsabilité du prêteur et de l'intermédiaire de crédit à la lumière de la loi du 24 mars 2003 sur le crédit à la consommation», F. DOMONT-NAERT et P. JADOUŁ (sous la dir. de), *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2004, pp. 101 et s.; F. DE PATOUL, «La loi sur le crédit à la consommation et le traitement du surendettement. Tendances et perspectives dégagées par la jurisprudence», *J.J.P.*, 2002, pp. 29-30, n° 19; B. DE CONINCK, «L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat», *Ann. dr. Louvain*, 1997, pp. 260 et s.

³⁰ Voy. l'exposé des motifs de la loi sur le crédit hypothécaire, *Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1742/1, pp. 1-2; B. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 273 et s.

³¹ Relevant l'importance de l'information de l'acquéreur en matière de time-sharing ou les abus dont il peut être victime en raison de son manque d'information, voy. B. VANBRABANT, *Time-sharing*, *op. cit.*, pp. 25-26, n° 7 ou p. 78, n° 59; C. GUYOT, *Le droit du tourisme*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2004, p. 173, n° 271; J. VAN DE VELDE, «De wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen : de lang verwachte *deus ex machina* of een doekje voor het bloeden?», *R.W.*, 1999-2000, pp. 1105-1106 et pp. 1114 et s.; ID, *Timesharing van onroerend goed. Een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 473 et s., nos 718 et s. Voy. aussi les travaux préparatoires de la loi, qui énoncent clairement l'objectif d'information de l'acquéreur (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, nos 1716/1 et 1717/1, pp. 2-3). Voy. aussi le considérant n° 7 de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *J.O.C.E.*, n° L 280 du 29 octobre 1994, pp. 83-87 ou le considérant n° 9 de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, *J.O.C.E.*, n° L 33 du 3 février 2009.

connaissance soit un professionnel³². Tel est le cas pour les accords de partenariat commercial³³. Quant à la faiblesse liée au mode de conclusion du contrat, elle peut se rencontrer lorsque, conformément à la LPMC, le contrat est conclu à distance³⁴.

Les techniques utilisées par le législateur dans les textes normatifs analysés, pour lutter contre la faiblesse, permettent de confirmer l'origine de celle-ci. On pense particulièrement au renforcement des obligations d'information qui pèsent sur le cocontractant de la partie faible, au bénéfice de celle-ci³⁵.

La *seconde origine de la faiblesse* est liée à la position des parties dans le contrat. Dans diverses législations retenues, on constate en effet que l'une des parties est spécialement puissante et que l'autre, au contraire, souffre d'une vulnérabilité particulière. Ainsi, en matière de courtage matrimonial, l'adoption d'une réglementation spécifique est motivée par les nombreux abus, les pratiques douteuses (faux candidats au mariage) ou «les 'pièges' contenus dans certaines clauses contractuelles acceptées par des clients dont on exploite parfois la naïveté ou la faiblesse psychologique»³⁶. De même,

³² De manière générale, voy. B. DUBUISSON et G. TOSSENS, «Les relations entre professionnels en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 430 et s., n^{os} 3 et s., qui analysent les disparités de compétences dans les relations entre professionnels.

³³ Voy. le résumé et le commentaire article par article de la loi sur les accords de partenariat commercial, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n^o 1687/001, pp. 3 et 8. Voy. aussi P. KILESTE et A. SOMERS, «L'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial», *J.T.*, 2006 p. 257, n^o 41; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, «La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial», *DAOR*, 2006, p. 104; A. DE SCHOUTHEETE et A. MEULDER, «Devoir d'information et responsabilité précontractuelle en matière de franchise : quelques réflexions», *R.D.C.*, 2007, p. 958, n^o 7.

³⁴ Voy. le considérant n^o 14 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n^o L 144 du 4 juin 1997, aux termes duquel, en cas de vente à distance, le «consommateur n'a pas la possibilité *in concreto* de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat». Sur ce point, voy. aussi C.J.C.E., arrêt C-205/07 du 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*, point 48; C.J.C.E., arrêt C-489/07 du 3 septembre 2009, *Messner*, point 20.

³⁵ A ce stade, nous ne faisons référence qu'aux obligations d'information qui ne sont pas directement liées, dans le texte légal, à l'accomplissement de règles de forme. Voy. par ex. les art. 10 et 11 de la loi sur le crédit à la consommation ou l'art. 4de la LPMC.

³⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extraord. 1991-1992, n^o 81/6, p. 4. On peut également lire dans les travaux préparatoires qu'«il s'agit d'une dérogation aux principes applicables en matière de pratiques du commerce ce qui se justifie par le risque non négligeable qu'un contrat soit conclu par une personne psychologiquement fragile et donc susceptible d'agir de manière inconsidérée sous l'influence d'un commerçant persuasif» (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n^o 466/2, p. 3). Relevant des abus, voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi sur le courtage matrimonial (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n^{os} 1815/1 et 1816/1, p. 2); C.A., arrêt n^o 10/94 du 27 janvier 1994, B.6.2.; C.A., arrêt n^o 105/98 du 21 octobre

le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à accepter n'importe quel type de crédit (et pas forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement ³⁷. Il convient d'ajouter que, pour l'essentiel, les contrats régis par les législations envisagées sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé.

Une nouvelle fois, les mesures adoptées dans les législations concernées sont révélatrices du type de faiblesse examiné. Entre particuliers, on constate que la plupart des dispositions prescrites par les législations de protection de la partie faible sont impératives, voire d'ordre public. Cette caractéristique implique notamment que les parties ne peuvent y déroger conventionnellement ³⁸. Cette mesure est indispensable pour que les autres règles établies par la loi et visant à protéger la partie faible atteignent effectivement leur objectif de protection.

B. — Fonctions des règles de forme

Pour identifier précisément les formes de protection de la partie faible, il convient d'examiner dans un deuxième temps les fonctions assignées aux règles de forme ³⁹.

1998, B.3.1.; C.A., arrêt n° 95/99 du 15 juillet 1999, B.2.1. En doctrine, voy. R. ANDERSEN, «Agences matrimoniales et courtage matrimonial», note sous Prés. Comm. Bruxelles, 28 février 1989, *Ann. prat. comm.*, 1989, pp. 326-327, n° 3; E. TERRY, *Bedenkrijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 188, n° 354.

³⁷ Les travaux préparatoire de la loi sur le crédit à la consommation (et des lois modificatives ultérieures) énoncent clairement que l'objectif du texte est notamment de combattre le surendettement (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/2, p. 6; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1730/1, pp. 3 et s.). Sur les risques de surendettement, voy. aussi A. PUTTEMANS, «La publicité pour le crédit», F. DOMONT-NAERT et P. JADOU (sous la dir. de), *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2004, pp. 11-13, n° 1. On note que les dispositions du Code civil relatives au cautionnement à titre gratuit visent également à prévenir le surendettement (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2730/001, pp. 5-6).

³⁸ On note que le caractère impératif est étroitement lié au régime des clauses abusives. Déroger conventionnellement à une disposition impérative conduit en effet à introduire une clause abusive. Cela explique que les dispositions sur lesquelles on se fonde généralement pour établir le caractère impératif d'une loi n'énoncent pas *expressis verbis* que les règles sont impératives. En général, elles interdisent que les parties y dérogent conventionnellement. On déduit donc le caractère impératif d'une disposition de l'effet principal qui lui est attaché.

³⁹ Pour une analyse approfondie, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., n°s 41 et s.

Les nombreuses *mentions* requises dans les publicités et les écrits rédigés pour constater le contrat ont pour fonction d'énoncer une information. Celle-ci porte notamment sur l'identification des parties⁴⁰, le prix⁴¹, la durée du contrat⁴², le droit de renonciation dont dispose, le cas échéant, la partie faible⁴³, les possibilités de mettre fin au contrat⁴⁴, etc. Dans certains cas, il est également requis que la mention soit rédigée en caractères gras⁴⁵ (parfois d'un type différent⁴⁶), ou de la main du débiteur⁴⁷, voire qu'elle figure à un endroit spécifique de l'*instrumentum* (au recto⁴⁸, sur la première page⁴⁹, à l'endroit de la signature⁵⁰, etc.). Ces formalités complémentaires peuvent avoir pour fonction d'attirer l'attention du destinataire de l'information — la partie faible —, de préserver l'intégrité de cette information, voire d'authentifier son exactitude (s'agissant de la date ou du lieu de conclusion du contrat) ou son origine (pour établir que le débiteur, et lui seul, a rédigé la mention).

⁴⁰ Art. 7, a), de la loi Breyne; art. 45, al. 1^{er}, 1^o, art. 50, §1^{er}, 1^o, LPMC; art. 14, §2, 1^o et 2^o, de la loi sur le crédit à la consommation; art. 10, §2, 3^o, 4^o et 5^o, de la loi sur le contrat d'assurance; art. 6, §1^{er}, 1^o et 2^o, de la loi sur le courtage matrimonial; art. 10, §1^{er}, 2^o et 4^o, art. 23, §2, 2^o et 4^o, de la loi sur le contrat de voyage; art. 5, 1^o, de la loi sur le time-sharing; art. 7, §1^{er}, de la LSSI; art. 12*bis*, §1^{er}, 1^o et 2^o, de la loi sur l'intermédiation en assurances; art. 4, §1^{er}, 2^o, a), de la loi sur les accords de partenariat commercial; art. 4, §1^{er}, 7^o, de la loi réprimant la fraude au kilométrage des véhicules; art. 1^{er}*bis* de la section du Code civil consacrée au bail de résidence principale.

⁴¹ Art. 7, e), de la loi Breyne; art. 5, art. 45, al. 1^{er}, 3^o et 4^o, art. 50, §1^{er}, 2^o, b), de la LPMC; art. 6, §1^{er}, 5^o, de la loi sur le courtage matrimonial; art. 5, art. 10, §1^{er}, 7^o, art. 23, §2, 7^o, de la loi sur le contrat de voyage; art. 5, 8^o, de la loi sur le time-sharing; art. 7, §2, de la LSSI; art. 4, §1^{er}, 5^o, de la loi réprimant la fraude au kilométrage des véhicules; art. 2, 2^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers; art. 1^{er}*bis* de la section du Code civil consacrée au bail de résidence principale.

⁴² Art. 45, al. 1^{er}, 10^o, art. 50, §1^{er}, 3^o, b), LPMC; art. 6, §1^{er}, 3^o, de la loi sur le courtage matrimonial; art. 5, 2^o, de la loi sur le time-sharing; art. 2, 3^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers; art. 10, §2, 2^o, de la loi sur le contrat d'assurance; art. 4, §1^{er}, 1^o, f), de la loi sur les accords de partenariat commercial; art. 2043*quinquies*, §2, C. civ.

⁴³ Art. 45, al. 1^{er}, 6^o, art. 46, §1^{er}, 2^o, art. 50, §1^{er}, 3^o, a) et d), LPMC; art. 12, §2, 13^o, de la loi sur le crédit à la consommation; art. 6, §1^{er}, 6^o, de la loi sur le courtage matrimonial; art. 5, 11^o, art. 7, §1^{er}, al. 3, de la loi sur le time-sharing; art. 2, 11^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers.

⁴⁴ Art. 46, §1^{er}, 6^o, art. 50, §1^{er}, 3^o, c), LPMC; art. 6, §1^{er}, 7^o, de la loi sur le courtage matrimonial; art. 10, §1^{er}, 12^o, art. 23, §2, 12^o, de la loi sur le contrat de voyage; art. 2, 9^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers.

⁴⁵ Art. 46, §1^{er}, 2^o et 3^o, art. 60, al. 2, 6^e tiret, LPMC; art. 3, 13^o, de l'A.R. sur la vente de véhicules automobiles neufs; art. 7, §1^{er}, al. 3, de la loi sur le time-sharing; art. 6, §1^{er}, 6^o, de la loi sur le courtage matrimonial.

⁴⁶ Art. 14, §3, de la loi sur le crédit à la consommation.

⁴⁷ Art. 14, §1^{er}, al. 3, de la loi sur le crédit à la consommation; art. 2, 10^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers; art. 7, §2, de la loi sur le time-sharing.

⁴⁸ Art. 3 de l'A.R. sur la vente de véhicules automobiles neufs.

⁴⁹ Art. 46, §1^{er}, 2^o et 3^o, LPMC.

⁵⁰ Art. 14, §3, 1^o, de la loi sur le crédit à la consommation.

On considère généralement que la *signature* a pour fonction d'identifier le signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte. A l'analyse, nous sommes d'avis que l'identification du signataire doit se comprendre comme l'authentification de son identité. Autrement dit, la signature doit prouver, avec une efficacité plus ou moins grande, que le signataire est celui qu'il prétend être.

Le rôle de l'*écrit* doit également être précisé. Les auteurs s'accordent généralement sur les fonctions de lisibilité et de pérennité. Si le langage utilisé, les signes choisis pour exprimer celui-ci ou le support sur lequel ces derniers sont fixés sont généralement conçus de manière large, il faut toutefois que la lisibilité — ou l'intelligibilité⁵¹ — de l'information soit garantie. L'expression du langage ne peut se matérialiser par n'importe quels signes : le destinataire de l'information doit pouvoir prendre connaissance de l'information, directement ou indirectement. En outre, l'écrit doit assurer la pérennité de l'information, en ce sens que celle-ci doit pouvoir être lue ultérieurement, dans un certain délai, après avoir été fixée sur un support. Cette fonction de pérennité, plus généralement qualifiée exigence de «durabilité»⁵² ou de «stabilité»⁵³, se retrouve dans les analyses doctri-

⁵¹ Voy. toutefois E. JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 455, n° 1019, qui distingue la lisibilité de l'intelligibilité.

⁵² 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., pp. 8-9; J. LARRIEU, «Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature», *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 12-13, n° 17 (l'auteur considère que la durabilité de l'inscription de l'information est une condition nécessaire du mécanisme de la preuve préconstituée; on peut noter qu'en affirmant que ce moyen permet de préconstituer une preuve, l'auteur énonce l'un des objectifs intermédiaires de l'écrit); D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 143, n° 83-1.

⁵³ Y. POULLET, «Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve», *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 55, n° 12; E. DAVIO, «Preuve et certification sur Internet», *R.D.C.*, 1997, pp. 663-664; R. STEENNOT, «Juridische problemen in het kader van de elektronische handel», *R.D.C.*, 1999, p. 671, n° 39; B. FRANCOQ et C. FRANCOQ, «Nouveautés en matière de pratiques du commerce», *Le point sur le droit commercial*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 174; D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littéraire aux écrits sous forme électronique», *J.T.*, 2001, p. 124; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, p. 72, n° 27; B. DE GROOTE, «Het bewijs in de elektronische handel — Enkele bedenkingen», *A.J.T.*, 2000-2001, p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001», *J.T.*, 2002, p. 555; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 141, n° 83-1. Voy. aussi le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 26. A nos yeux, le terme stabilité n'est pas le plus approprié pour désigner uniquement le caractère durable de l'information.

nales⁵⁴. La troisième fonction de l'écrit — la fonction d'intégrité — fait l'objet de controverses. Ces dernières résultent principalement des termes utilisés pour désigner la fonction. Si nous sommes d'accord avec les auteurs qui considèrent que l'écrit a pour fonction de préserver l'*intégrité* de l'information⁵⁵, il nous paraît excessif d'exiger que cette information soit *inaltérable*⁵⁶. Cette différence de terminologie peut d'ailleurs expliquer que la fonction ne soit pas mentionnée par certains auteurs⁵⁷ ou que des réserves soient émises à son propos⁵⁸. A nos yeux, l'écrit doit préserver l'intégrité de l'information. Cette fonction signifie que l'écrit devrait prévenir, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information, par les parties ou des tiers. Plus précisément, ces modifications sont empêchées dans la mesure où, eu égard aux caractéristiques matérielles de l'écrit, elles pourront être détectées, les parties ou les tiers étant ainsi dissuadés de les commettre.

On note par ailleurs que les terminologies utilisées par le législateur pour désigner les formalités à accomplir sont très diverses. Les textes légaux ou réglementaires requièrent en effet un bon de commande⁵⁹, un contrat (au sens d'*instrumentum*)⁶⁰, un document⁶¹, parfois qualifié de justificatif⁶², un

⁵⁴ Voy. les réf. citées *supra*, notes 52 et 53.

⁵⁵ Y. POULLET, «Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 54, n° 12; E. DAVIO, *op. cit.*, pp. 663-664; R. STEENNOT, «Juridische problemen in het kader van de elektronische handel», *op. cit.*, p. 671, n° 39; B. FRANCOQ et C. FRANCOQ, *op. cit.*, p. 174; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 72, n° 27; B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 555 (l'auteur émet toutefois une réserve en indiquant, note 18, que «cette fonction appartient peut-être plus au concept de 'signature' qu'à celui 'd'écrit'»). Comp. J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 13, n° 18, qui estime que l'écrit ne possède cette qualité que s'il est original (à tort, selon nous).

⁵⁶ Y. POULLET, «Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 54, n° 12; E. DAVIO, *op. cit.*, pp. 663-664; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *op. cit.*, p. 72, n° 27; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 26.

⁵⁷ Cette exigence n'est pas mentionnée par M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», *op. cit.*, pp. 8-9.

⁵⁸ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1999, p. 38, n° 49; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 124-125; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 144-145, n° 83-1; ID., «Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies», note sous Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 473, n° 12.

⁵⁹ Art. 79 LPMC; art. 9, al. 1^{er}, et 10, §1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

⁶⁰ Art. 10, §§1^{er} et 2, art. 23, §1^{er}, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

⁶¹ Art. 12^{ter}, al. 1^{er}, de la loi sur l'intermédiation en assurance; art. 3 de la loi sur les accords de partenariat commercial; art 4, §1^{er}, al. 1^{er}, de la loi réprimant la fraude au kilométrage des véhicules.

⁶² Art. 80, §1^{er}, LPMC.

acte⁶³, parfois qualifié de constitutif⁶⁴, un accusé de réception⁶⁵, une brochure⁶⁶, un prospectus⁶⁷, un support papier⁶⁸ ou durable⁶⁹ ou du papier à lettre⁷⁰. Il convient d'établir si ces termes désignent des formalités qui sont équivalentes à l'écrit ou qui possèdent plus (ou moins) de fonctions que celui-ci. A l'analyse, il apparaît que ces termes sont utilisés comme des synonymes de l'écrit (acte, document), sont spécifiquement adaptés au contexte dans lequel la forme est requise (brochure, prospectus, formulaire, etc.) ou désignent une combinaison de formalités parmi lesquelles figure l'écrit (par exemple, le «contrat» est un «écrit», revêtu de la «signature» de celui qui s'oblige).

Enfin, suivant le cas, il est apparu que le *mode de transmission de l'information* prescrit par la loi a pour fonction de mettre une information donnée à disposition de la partie faible⁷¹, de lui communiquer cette information⁷² ou de garantir qu'elle a bien reçu ladite information⁷³. Eu égard au procédé utilisé, des fonctions complémentaires peuvent également être atteintes : renforcer la pérennité ou l'intégrité⁷⁴ de l'information, voire établir le moment de sa transmission⁷⁵.

⁶³ Art. 19, 3^o, du Code des droits d'enregistrement.

⁶⁴ Art. 15, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit hypothécaire.

⁶⁵ Art. 10 LSSI.

⁶⁶ Art. 5 de la loi sur le contrat de voyage.

⁶⁷ Art. 5 de la loi sur le time-sharing; art. 5, §3, de la loi sur le crédit à la consommation (voy. aussi l'A.R. du 11 janvier 2006 fixant les données financières à mentionner dans le prospectus, visé à l'article 5, §3, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 22 février 2006); art. 47, §2, de la loi sur le crédit hypothécaire (voy. aussi l'art. 12 de l'A.R. du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 24 février 1993).

⁶⁸ Art. 52, LPMC; art. 12^{quater}, al. 1^{er}, a), de la loi sur l'intermédiation en assurance.

⁶⁹ Art. 79, §1^{er}, art. 52, §1^{er}, LPMC; art. 1649^{septies}, §3, al. 1^{er}, C. civ.; art. 12^{quater}, al. 1^{er}, a), de la loi sur l'intermédiation en assurance; art. 13 de la loi sur les contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales; art. 3, al. 1^{er}, de la loi sur les accords de partenariat commercial.

⁷⁰ Art. 12^{ter}, al. 1^{er}, de la loi sur l'intermédiation en assurance.

⁷¹ Par exemple, au stade précontractuel, la loi sur le crédit à la consommation exige que des informations soient *mises à la disposition* de la partie faible sous la forme de prospectus (art. 5, §3).

⁷² De nombreuses informations doivent être *communiquées* à la partie faible par écrit (art. 7, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage), voire sur (un support) papier ou sur un autre support durable (art. 52, §1^{er}, LPMC; art. 12^{quater} de la loi sur l'intermédiation en assurance).

⁷³ Par exemple, au moment de la *formation du contrat*, plusieurs législations de protection de la partie faible exigent que l'écrit, requis à ce stade, soit établi ou rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes (art. 14, §1^{er}, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation; art. 7, §1^{er}, al. 1^{er}, *in fine*, de la loi sur le time-sharing). De même, directement après la formation du contrat, divers éléments d'information doivent être *reçus* par la partie faible, par écrit ou sur un autre support durable (art. 46, §1^{er}, LPMC).

⁷⁴ La pérennité et l'intégrité de l'information, qui constituent des fonctions de l'écrit, peuvent être renforcées lorsque celui-ci est établi en exemplaires multiples. En effet, la perte ou la destruction de l'un des exemplaires peut être compensée par la production d'un autre original (pérennité renforcée). De même, en comparant les exemplaires, il est possible de déceler les modifications qui auraient pu leur être appliquées (intégrité renforcée).

⁷⁵ Lorsque l'on recourt à une lettre recommandée à La Poste, par exemple.

C. — Détermination des formes visant à protéger la partie faible, à la lumière de leurs fonctions intermédiaires

Après avoir analysé la faiblesse dont souffre l'une des parties au contrat (*supra*, A) et déterminé les fonctions des exigences de forme (*supra*, B), il reste à identifier avec précision les formes dont l'objectif principal est de protéger la partie faible au rapport contractuel⁷⁶. Ce faisant, le chaînon manquant entre les fonctions des règles de forme (moyen) et l'objectif de protection de la partie faible (fin) apparaît clairement. Pour le désigner, nous utilisons l'expression «objectif intermédiaire». Dans ce cadre, il importe de prendre conscience que le formalisme n'est pas une fin en soi. Il s'agit en effet d'une technique, parmi d'autres, à laquelle le législateur recourt pour atteindre son objectif. Autrement dit, le formalisme soutient le respect d'une règle de fond.

Des formes ont pour objectif intermédiaire de garantir un consentement informé et réfléchi de la partie faible (1); d'autres peuvent avoir pour unique objectif (ou pour objectif additionnel, en plus de la protection du consentement) d'informer la partie faible sur des éléments de droit ou de fait utiles en cours d'exécution du contrat (2).

Dans la thèse, cette analyse nous a également permis de montrer que de nombreuses exigences de forme n'avaient pas pour objectif de protéger l'une des parties, jugée en position d'infériorité⁷⁷. Dans certains cas, des hésitations étaient cependant permises. Un écrit, revêtu de plusieurs mentions et établi en exemplaires multiples peut contribuer à protéger l'une des parties jugée plus faible⁷⁸. Lorsque les parties sont sur pied d'égalité, les mêmes formalités peuvent toutefois avoir pour unique objectif de garantir la sécurité des relations contractuelles en offrant à chacune des parties un moyen de preuve efficace⁷⁹. De même, on constate que certaines dispositions particulières, pourtant prescrites par les législations de protection de la partie faible ont pour seul objectif de garantir la sécurité des relations contractuelles, en offrant un moyen de preuve efficace (la lettre recommandée à La Poste pour exercer son droit de renonciation⁸⁰ ou les formes de résiliation du contrat d'assurance⁸¹, par exemple).

⁷⁶ A ce propos, voy. de manière détaillée, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 107 et s.

⁷⁷ *Ibid.*, n^{os} 140 et s.

⁷⁸ Tel est le cas en matière de crédit à la consommation : voy. l'art. 14, §1^{er}, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

⁷⁹ Voy. les art. 1341 et 1325 C. civ.

⁸⁰ Cf. art. 60, al. 2 et 61, al. 2, LPMC, pour les ventes aux consommateurs conclues en dehors des locaux de l'entreprise.

⁸¹ Art. 29, §1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance.

1. Garantir un consentement informé et réfléchi

Des formes ont pour objectif intermédiaire de garantir un consentement informé et réfléchi de la partie faible ⁸², (a) en *informant celle-ci* ou (b) en *prévenant les fraudes ou les abus de son cocontractant*.

(a) S'agissant de l'*information de la partie faible*, on peut illustrer l'analyse en se fondant sur l'article 2043^{quinquies}, §3, du Code civil, qui exige de la caution qu'elle écrive la mention suivante à la main : «en me portant caution de... dans la limite de la somme de... (en chiffres) couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de..., je m'engage à rembourser au créancier de... les sommes dues sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où,... n'y satisfait pas lui-même». La rédaction à la main permet à la caution d'avoir son attention attirée par l'engagement et l'ampleur de celui-ci (avec l'indication de la somme). En conséquence, son consentement est en principe donné en pleine connaissance de cause. La faiblesse de la caution consistant en un manque d'information est ainsi compensée.

Généralement, les mentions doivent être apposées sur un écrit, requis au stade précontractuel ou au moment de la formation du contrat. On ne s'en étonne guère : l'objectif d'information — et, par voie de conséquence, la protection du consentement de la partie faible — est atteint avec une efficacité renforcée si les renseignements sont extériorisés de la sorte au lieu d'être communiqués oralement. S'agissant parfois de données techniques, d'ordre économique ou juridique, il peut être utile que leur destinataire soit en mesure de les relire plusieurs fois, le cas échéant en demandant conseil à un tiers pour faciliter leur compréhension. Les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'écrit permettent de procéder à la relecture des

⁸² De manière générale, sur l'obligation d'information, extériorisée par des exigences de forme, et son lien avec le consentement, voy. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 345-349; L. AYNES, «Formalisme et prévention», I. FADLALLAH, (sous la dir. de), *Le droit du crédit à la consommation*, Paris, Litec, 1982, p. 74, n° 19; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, *op. cit.*, pp. 11-12; J. MESTRE, *op. cit.*, pp. 47-48; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, pp. 341-342, n° 380; M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse)», *op. cit.*, pp. 627-628, n° 19; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», *op. cit.*, pp. 24-25, n° 30; F. DOMONT-NAERT, «Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge», *op. cit.*, pp. 225-227, n°s 13-17; X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 1773; E. CHARPENTIER, «Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme», *Les Cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, pp. 290-292; D. BLOMMAERT, *op. cit.*, p. 102, n° 3; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 148; E. MONTERO et M. DEMOULIN, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée», *op. cit.*, pp. 104-105, n° 50; Ch. BOURRIER, *op. cit.*, pp. 99 et s., n°s 89 et s.

données et, ainsi, garantissent une meilleure information de la partie faible. Ces fonctions sont également importantes lorsque, pour protéger le consentement des parties en veillant à ce qu'il soit éclairé, le législateur rythme le processus de formation du contrat, en exigeant qu'un laps de temps déterminé s'écoule entre la délivrance de l'écrit et la conclusion de la convention ⁸³.

Pour que la partie faible puisse donner un consentement informé, il faut nécessairement qu'elle prenne connaissance de l'information. L'objectif peut être atteint avec une efficacité accrue lorsque le mode de transmission de l'information remplit une fonction de réception. En matière de time-sharing par exemple, un prospectus doit être *remis* à l'acquéreur potentiel ⁸⁴, ce qui augmente les chances que son manque de connaissance soit comblé grâce aux informations figurant dans le document. En matière de crédit à la consommation, par contre, le prospectus doit seulement être *mis à la disposition* du consommateur ⁸⁵. L'objectif peut également être atteint, mais avec une efficacité moindre : une démarche active est en effet requise dans le chef de la partie faible, pour prendre possession du prospectus et il faut envisager qu'elle ne fasse pas la démarche ⁸⁶.

(b) Le formalisme permet aussi de *prévenir les fraudes ou les abus que le cocontractant de la partie faible pourrait commettre*, ce qui, par voie de conséquence, garantit un consentement informé et réfléchi et permet de lutter contre l'infériorité dont souffre celle-ci. La mention «ne signez jamais un contrat non rempli», prescrite par l'article 14, §3, 1^o, a), de la loi sur le crédit à la consommation a pour but de prévenir les abus de blanc seing en soulignant la nécessité, pour le consommateur, de vérifier si les éléments essentiels du contrat (le montant emprunté, le taux, la durée du crédit, etc.),

⁸³ Par exemple, conformément à la loi Breyne, les parties doivent avoir connaissance des données et documents mentionnés à l'art. 7 quinze jours avant la signature de la convention. On peut également citer le régime établi par la loi sur les accords de partenariat commercial, qui exige que le projet d'accord et un document particulier soient remis un mois au moins avant la conclusion de l'accord. A ce sujet, les travaux préparatoires énoncent que «la partie qui souhaite obtenir le droit d'utilisation d'une formule commerciale, est souvent une partie plus faible lors de la négociation. C'est pourquoi un délai minimal est prévu entre le moment de l'obtention de l'information et celui de la conclusion de l'accord. Ce délai est d'un mois. La personne qui reçoit le droit, obtient donc au préalable le projet d'accord ainsi que des données complémentaires, ce qui lui permet d'examiner à fond l'accord proposé et de se faire conseiller» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n^o 1687/001, p. 7). Ces considérations sont intéressantes dans la mesure où elles établissent clairement le lien entre la formalité et l'objectif de protection de la partie faible (sur ce lien, voy. aussi A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *op. cit.*, p. 111; A. DE SCHOUTHEETE et A. MEULDERS, *op. cit.*, pp. 957-958, n^o 7).

⁸⁴ Art. 5 de la loi sur le time-sharing.

⁸⁵ Art. 5, §3, de la loi sur le crédit à la consommation.

⁸⁶ En pratique, rien n'interdit au vendeur de prendre l'initiative de le lui remettre directement.

sur lesquels porte son engagement, sont indiqués⁸⁷. Cette mention est soumise à des formalités complémentaires pour attirer l'attention de l'emprunteur. L'objectif consistant à éviter les fraudes et à protéger le consentement de la partie faible apparaît clairement : on peut difficilement prétendre que le consentement est donné en pleine connaissance de cause lorsque le contrat qu'elle signe ne comporte pas les éléments essentiels de l'accord. On note que l'écrit ou le mode de transmission de l'information, compte tenu de leurs fonctions, contribuent également à prévenir les fraudes ou les abus.

2. Informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat

De manière générale, la faiblesse dont souffre le cocontractant protégé peut être liée à sa situation personnelle et résider dans son manque de connaissance des éléments de fait ou de droit de la relation contractuelle qui peuvent se révéler pertinents en cours d'exécution du contrat. Parallèlement, la faiblesse peut également trouver son origine dans la position des parties dans le contrat : tirant avantage de la vulnérabilité particulière de la partie faible ou de sa propre position de puissance, le cocontractant pourrait commettre des fraudes, rendues possibles par le manque de connaissance de la partie jugée plus faible.

Dans les deux hypothèses, pour rééquilibrer la relation contractuelle, la solution consiste logiquement à transmettre diverses informations à la partie faible. Outre des mentions, un écrit est généralement requis. Le mode de transmission de l'information peut également être précisé.

On peut prendre l'exemple des mentions requises par l'article 46, §1^{er}, de la LPMC, en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers. Sont notamment visées «les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants» (5°). S'il s'agit de biens, ces informations doivent être reçues au plus tard lors de la livraison au consommateur, soit après la conclusion du contrat. L'incidence de cette information sur le consentement est donc *a priori* limitée. Son rôle est de donner au consommateur les informations lui permettant de réagir adéquatement en cas de problème avec le produit livré. Et dans la mesure où ce problème peut apparaître plusieurs mois après la conclusion du contrat, l'exigence de la *réception* de ces informations, par le consommateur, par

⁸⁷ Les éléments relatifs aux aspects financiers semblent principalement visés : voy. Civ. Gand, 21 janvier 2000, *J.J.P.*, 2002, p. 93 («Het is duidelijk dat de wetgever door deze strikte bepalingen de aandacht van de consument heeft willen vestigen en dat hij heeft willen duidelijk maken dat alle kosten moeten 'bedongen' zijn»); Civ. Gand, 12 avril 2002, *NjW*, 2002, p. 284.

écrit ou sur un autre support durable, se justifie clairement (eu égard à la fonction de pérennité de la formalité) ⁸⁸.

En définitive, en veillant à garantir un consentement informé et réfléchi de la partie faible ou en lui donnant des informations utiles sur les éléments de fait ou de droit dont elle pourrait avoir besoin en cours d'exécution du contrat, le législateur lutte contre la faiblesse inhérente à la situation personnelle des parties ou liée à leur position dans le contrat.

II. — RÉGIME DU FORMALISME DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

L'analyse finalisée des règles de forme, réalisée dans le point I, constitue un outil efficace pour répondre aux questions posées par l'application des formes de protection de la partie faible (A) et la sanction susceptible d'être prononcée en cas d'inobservation (B). Dans ces deux domaines, des propositions de *lege ferenda* peuvent également être formulées (C).

A. — Application des règles de forme

L'application des formes de protection de la partie faible pose deux questions importantes. Tout d'abord, on peut se demander comment articuler les formes dont les conditions d'application sont convergentes (1). Ensuite, eu égard au développement des technologies de l'information, il convient de s'interroger sur la manière d'accomplir valablement ces exigences dans l'environnement numérique (2).

1. Articulation des règles de forme dont les conditions d'application sont convergentes

Dans un rapport contractuel donné, il n'est pas rare que les conditions d'application de *plusieurs* textes légaux ou réglementaires (ou de certaines

⁸⁸ Voy. ég. l'art. 1649*septies*, C. civ., relatif à la garantie des biens de consommation : le §2 de cette disposition énonce que «la garantie doit :

— indiquer que le consommateur a des droits légaux au titre de la législation nationale applicable régissant la vente des biens de consommation et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie;
— établir, en termes simples et compréhensibles, le contenu de la garantie et les éléments essentiels nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale, ainsi que le nom et l'adresse du garant».

Conformément au §3, «A la demande du consommateur, la garantie lui est remise par écrit ou lui est présentée sous un autre support durable, mis à sa disposition et auquel il a accès.

En tout cas, lorsque le contrat de vente est écrit, il contient les informations visées au §2».

dispositions particulières prescrites par ceux-ci) soient réunies. La question qui se pose est la suivante : faut-il appliquer cumulativement ces différents textes, et les exigences qu'ils prescrivent ou, au contraire, une application exclusive (l'un à défaut de l'autre) doit-elle prévaloir? ⁸⁹ La réponse est loin d'être univoque et dépend de divers facteurs. L'application exclusive ne s'impose que lorsque les normes dont les conditions d'application sont convergentes sont incompatibles entre elles. Tel est le cas lorsque les manifestations des formes sont différentes sans être complémentaires ou quand les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas d'inobservations sont incompatibles entre elles. Dans les autres hypothèses, rien ne s'oppose *a priori* à ce que les exigences soient accomplies de manière cumulative.

Imaginons qu'un particulier réserve ses vacances (transport et logement), d'une valeur de 1000 EUR, sur le site web d'un tour opérateur ou d'une agence de voyage, à la suite d'une sollicitation de ce dernier par courrier électronique, et paie un acompte de 30 %. Les formalités à respecter à cette étape du processus contractuel sont nombreuses. Nous nous limitons toutefois aux exigences relatives au support. Ce rapport contractuel est ainsi soumis au droit commun de la preuve, qui exige un *acte* sous seing privé ou un *acte* authentique ⁹⁰; à la loi sur le contrat de voyage ⁹¹, qui impose un *bon de commande*, une confirmation écrite et un *contrat* ⁹²; à la LSSI ⁹³, qui requiert un *accusé de réception*; enfin, aux dispositions de la LPMC consacrées aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers ⁹⁴, en vertu desquelles les informations doivent être reçues par *écrit* ou sur un autre *support durable* ⁹⁵.

L'articulation des formes prescrites par ces dispositions légales exige d'abord de s'intéresser à leurs manifestations. Il faut en effet déterminer si ces dernières sont identiques, nonobstant le manque d'unité dans la terminologie utilisée par le législateur. A l'analyse, il apparaît que lorsque le

⁸⁹ A ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 220 et s.

⁹⁰ Art. 1341 C. civ.

⁹¹ Au sens de la loi, le tour opérateur est un organisateur de voyage, l'agence de voyage un intermédiaire de voyage et le particulier un voyageur.

⁹² Voy. les art. 9, al. 1^{er}, 10, §1^{er}, et 23, §1^{er}, al. 1^{er}.

⁹³ Au sens de la loi, le tour opérateur et l'agence de voyage sont des prestataires de services de la société de l'information et le particulier est un destinataire de ce service.

⁹⁴ Au sens de cette loi, le tour opérateur et l'agence de voyage sont des entreprises et le particulier un consommateur. En l'occurrence, l'A.R. du 18 novembre 2002 excluant certains contrats à distance de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration et de loisirs, du champ d'application des articles 79 et 80 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 3 décembre 2002, ne doit pas être invoqué.

⁹⁵ Art. 46, §1^{er}.

législateur exige un «acte», un «bon de commande» ou un «support durable», il souhaite que la formalité accomplie remplisse les trois fonctions de l'écrit : garantir la lisibilité, l'intégrité et la pérennité de l'information. Le terme «contrat» implique selon nous un «écrit» «signé»; quant à l'«accusé de réception», il suppose la communication d'informations, par écrit, au destinataire.

On pourrait dès lors imaginer qu'à tout le moins un écrit — et un seul — soit établi. Il n'est pas nécessaire de multiplier les documents. On ne peut toutefois considérer que les diverses dispositions légales dont les conditions d'application sont convergentes s'appliquent de manière cumulative. Sur le plan civil, leurs sanctions sont en effet différentes et, pour certaines d'entre elles, incompatibles. En cas de méconnaissance des formes, on ne peut à la fois considérer que l'acte juridique sera plus difficile à prouver en cas de contestation⁹⁶ (à moins, par exemple, de disposer d'un commencement de preuve par écrit) et l'annuler⁹⁷. On pourrait aussi estimer que l'opération constitue une vente forcée⁹⁸. Se pose alors la question de savoir en vertu de quel texte la forme aurait dû être accomplie, pour connaître la sanction ainsi que les moyens de défense susceptibles d'être invoqués. Peut-on choisir librement la sanction qui convient le mieux? Faut-il, au contraire, décider qu'en réalité, un seul texte a été appliqué?

Si l'on souhaite appliquer l'adage *specialia generalibus derogant*, l'analyse finalisée des règles de forme peut également se révéler utile. On peut, en effet, considérer que les formes probatoires (l'écrit requis conformément à l'article 1341 du Code civil) ont uniquement pour objectif de fournir à toutes les parties un moyen de preuve efficace de manière à garantir la sécurité des transactions. Par contre, l'écrit imposé par la loi sur le contrat de voyage ou la LPMC ne poursuit pas seulement cet objectif. Il vise aussi — et surtout — à protéger l'une des parties jugée en position de faiblesse. On peut donc considérer que le droit commun de la preuve est la loi générale, qui doit s'effacer devant les lois spéciales (LPMC ou loi sur le contrat de voyage, par ex.).

Il convient également de départager la loi sur le contrat de voyage, la LPMC et la LSSI. L'exercice est délicat dans la mesure où il est impossible

⁹⁶ Suite à la méconnaissance de l'art. 1341 C. civ. (droit commun de la preuve).

⁹⁷ Sur le plan civil, le voyageur pourrait demander la nullité prétorienne du contrat, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la violation des formes de la loi sur le contrat de voyage (Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1216, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY; voy. aussi Anvers, 21 février 2007, *D.C.C.R.*, 2008, p. 49, note H. DE CONINCK).

⁹⁸ Voy. l'art. 46, §1^{er}, 2^o, de la LPMC : *a fortiori*, s'il n'y a pas d'écrit ou de support durable, la clause relative au droit de rétractation fait défaut.

de déterminer le genre et l'espèce. Chaque norme est en effet spéciale. A nos yeux, une autre règle de priorité pourrait être invoquée. Elle peut être formulée comme suit. *Lorsqu'en raison d'une incompatibilité portant sur la sanction, des normes doivent faire l'objet d'une application exclusive, la priorité doit être donnée à la règle qui sert le plus efficacement les objectifs poursuivis par le législateur; en l'occurrence, seule la règle la plus protectrice, eu égard à la faiblesse dont souffre, en principe, l'une des parties, doit être observée*⁹⁹. En l'espèce, si le voyageur ne reçoit aucune confirmation de réservation de son voyage et qu'il n'a pas été en mesure d'imprimer les pages intermédiaires constatant sa commande, à partir du site web du prestataire, on pourrait considérer que l'opération est un achat forcé (dans la mesure où la clause de rétractation fait défaut). Cette dernière solution est clairement plus favorable que la nullité prétorienne, qui aurait également pu se justifier compte tenu de la jurisprudence relative à la loi sur le contrat de voyage. Si les effets de la nullité et de l'assimilation à une vente forcée sont comparables, cette dernière mesure présente l'avantage de dispenser le consommateur de toute action en justice.

2. Accomplissement des règles de forme dans l'environnement numérique

Avec le développement croissant des technologies de l'information et de la communication, la question de savoir comment accomplir les formes prescrites — pour la plupart étroitement liées à l'environnement papier — par voie électronique s'est posée¹⁰⁰.

Le législateur est intervenu en consacrant, de manière plus ou moins aboutie, la théorie des équivalents fonctionnels. Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique ou, à tout le moins, une grande insécurité juridique est susceptible d'en résulter. Si l'on souhaite que

⁹⁹ Cette règle de priorité est comparable à l'une des règles d'interprétation des contrats, généralement en vigueur dans les relations contractuelles avec une partie faible : ainsi, conformément à l'art. 40, §2, de la LPMC, «en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut [...]» (sur cette règle, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 229 et s., n^{os} 305 et s.; P. WÉRY et G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», *La protection des consommateurs*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2006, pp. 26-27, n^o 24. De manière générale, sur les techniques d'interprétation des contrats dans lesquels l'une des parties est en position de faiblesse, voy. M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», *op. cit.*, pp. 638-639, n^o 33).

¹⁰⁰ A ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 242 et s.

des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier mais à la lumière des *fonctions* qu'elle permet de remplir. Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité.

À l'analyse, quatre méthodes ont été suivies par le législateur pour consacrer la théorie des équivalents fonctionnels. Elles peuvent se cumuler.

La *première méthode* consiste à énoncer la théorie des équivalents fonctionnels, au moyen d'une disposition légale, sans l'appliquer à une formalité particulière. L'article 16, §1^{er}, de la LSSI illustre cette approche (clause transversale générale) : conformément à cette disposition, «toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées». Il s'agit d'une approche très générale, en ce sens qu'elle est susceptible de s'appliquer à de nombreuses formalités (pour autant que les règles adoptées par ailleurs et relevant des autres méthodes, ne doivent pas être observées). On peut ainsi s'y référer pour identifier le procédé susceptible d'être mis en œuvre par voie électronique lorsque la loi prescrit l'établissement d'exemplaires multiples ou l'emplacement de certaines mentions (avant la signature ou au recto du document).

La *deuxième approche* est plus aboutie. En adoptant celle-ci, le législateur applique la théorie des équivalents fonctionnels à une formalité donnée : il identifie lui-même, dans une disposition légale, les fonctions que le procédé choisi pour l'accomplir dans l'environnement numérique doit nécessairement préserver. Ainsi, l'article 16, §2, de la LSSI énonce les qualités fonctionnelles respectives de l'écrit et de la mention écrite de la main de celui qui s'oblige (on parle de clauses transversales particulières). S'agissant de la signature, cette disposition fait référence à l'article 4, §4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ¹⁰¹ et à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Conformément à l'article 4, §4, de la loi du 9 juillet 2001, en présence d'une «signature électronique avancée» ¹⁰², «réalisée sur la base d'un certificat qualifié» ¹⁰³ et «conçue au moyen d'un dispositif

¹⁰¹ M.B., 29 septembre 2001.

¹⁰² Celle-ci est définie à l'article 2, 2°, de la loi du 9 juillet 2001.

¹⁰³ Voy. l'art. 2, 4°, de la loi du 9 juillet 2001.

sécurisé de création de signature électronique»¹⁰⁴, le juge doit assimiler le procédé — on parle dans ce cas de *signature électronique qualifiée* — à une signature manuscrite (principe d'assimilation). Si l'une de ces exigences fait défaut, la signature ne doit pas forcément être écartée (principe de non-discrimination¹⁰⁵). On peut s'en remettre à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Aux termes de cette disposition, «peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte». Les travaux préparatoires de la loi et les commentaires doctrinaux sont unanimes pour dire que la notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite : l'identification du signataire — à comprendre comme l'authentification de son identité — et son adhésion au contenu de l'acte¹⁰⁶.

La *troisième méthode* se situe dans le prolongement des deux précédentes. Suivant celle-ci, le législateur ne se borne pas à énoncer la théorie, ni même à identifier les fonctions d'une formalité donnée, il désigne expressément un procédé particulier, qui doit être mis en œuvre dans l'environnement numérique pour que la formalité requise soit valablement accomplie. A titre d'exemple, on peut citer l'article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail, qui fait référence à la signature électronique créée au moyen de la carte d'identité électronique.

Enfin, la *dernière méthode* diffère sensiblement des approches exposées précédemment et qui procédaient de la même logique. Dans la mesure où les difficultés rencontrées au moment d'accomplir certaines formes dans l'environnement numérique tiennent au fait que les termes utilisés désignent des procédés étroitement liés à l'environnement papier (le support papier, par exemple) ou, à tout le moins, créent de l'insécurité juridique à l'heure de savoir quels procédés peuvent être mis en œuvre dans l'environnement numérique (l'écrit par exemple), le législateur introduit de nouveaux termes, qui n'engendrent pas de telles difficultés. Le concept de «support durable», qui figure dans certaines législations de protection de la partie faible¹⁰⁷,

¹⁰⁴ Voy. l'art. 2, 7°, de la loi du 9 juillet 2001.

¹⁰⁵ Voy. l'art. 4, §5, de la loi du 9 juillet 2001.

¹⁰⁶ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30. En doctrine, voy. E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique», *DAOR*, 2002/61-62, p. 16; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 114; L. GUI-NOTTE, *op. cit.*, p. 558.

¹⁰⁷ Voy. les réf. citées *supra*, note 69.

sous l'impulsion du législateur européen¹⁰⁸, peut s'expliquer de cette manière. *A priori*, l'objectif du législateur n'est pas de créer une nouvelle exigence de forme. Tout au plus cherche-t-il à désigner *autrement* la formalité du «support papier».

B. — Sanction de l'inobservation des règles de forme

Des sanctions civiles, pénales¹⁰⁹ ou administratives¹¹⁰, expressément prévues par les législations analysées, sont susceptibles de s'appliquer en cas de méconnaissance des formes de protection de la partie faible. Seules les premières font l'objet d'une analyse approfondie dans notre étude (1). Des sanctions civiles tirées de la théorie générale des contrats peuvent également être mises en œuvre, en particulier lorsqu'aucune sanction civile spécifique n'est expressément prévue (2).

1. Sanctions civiles expressément prévues par les législations de protection de la partie faible

Des sanctions civiles expressément prévues par les législations retenues permettent de *poursuivre l'exécution du rapport contractuel*.

Tel est le cas lorsque la sanction consiste à convertir l'acte juridique. A titre de sanction, la conversion légale consiste à modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce¹¹¹. Deux

¹⁰⁸ Utilisant le concept de support durable, voy. l'art. 6, §3, de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, pp. 12-16. Utilisant les concepts de support durable et de support papier, voy. l'art. 5, §1^{er}, de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.* n° L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24 ou l'art. 13, §1^{er}, a), de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.* n° L 9 du 15 janvier 2003, pp. 3-10.

¹⁰⁹ Voy. par ex. les art. 124 et s. de la LPMC; l'art. 26, §§2 et 4, de la LSSI; l'art. 33 de la loi sur le contrat de voyage; l'art. 25 de la loi sur les contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales; l'art. 10 de la loi sur le courtage matrimonial; l'art. 34, §2 et 49, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit hypothécaire; l'art. 15, §1^{er}, de la loi sur l'intermédiation en assurance.

¹¹⁰ Voy. par ex. l'art. 106, §1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation; l'art. 43, §1^{er}, 1°, b), de la loi de contrôle.

¹¹¹ La conversion légale doit d'ailleurs être distinguée de la conversion judiciaire. À propos de la conversion, et principalement de la conversion judiciaire, voy. J. RONSE, «Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen», *T.P.R.*, 1965, pp. 199-224; S. STUNS, «Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming», *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 251-254; I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 326-327, n° 82). On parle aussi de requalification (G. COUTURIER, «Les finalités et les sanc-

hypothèses sont envisageables selon qu'il y a ou non disqualification. Sans disqualification, l'acte juridique conserve sa qualification initiale mais les obligations qui en résultent sont modifiées en faveur de la partie faible au rapport contractuel. Dans la seconde hypothèse, la modification des obligations est telle que l'acte juridique perd sa qualification initiale, pour être disqualifié (ou requalifié) en un autre acte juridique. Il faut dès lors se soumettre au nouveau régime qui lui est applicable.

En général, l'acte juridique n'est pas disqualifié¹¹² mais les obligations qui en résultent sont modifiées en faveur de la partie faible au rapport contractuel. La transformation du contenu contractuel peut constituer une sanction financière à charge du cocontractant de la partie faible et, corrélativement, un gain pécuniaire pour cette dernière. On peut citer la mesure établie à l'article 86 de la loi sur le crédit à la consommation, qui autorise le juge à réduire les obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté¹¹³ lorsque certaines exigences de forme ont été violées. La sanction de conversion peut également consister à accorder à la partie faible des conditions plus favorables — autres que strictement financières — en cours d'exécution du contrat. En ce sens, l'article 11*bis* de la loi sur le contrat de travail, relatif au contrat de travail

tions du formalisme», *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 891-892). A propos de la disqualification en droit des sociétés et ses rapports avec la nullité, voy. M. COPEL, «Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société», *Rép. not.*, T. II, L. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n^{os} 94, 95, 113 et 162-1.

¹¹² Pour un exemple de disqualification, voy. l'art. 23, §4, de la loi sur le contrat de voyage qui énonce que l'intermédiaire de voyage est l'organisateur de voyages s'il ne respecte pas le prescrit de cette disposition (par exemple, s'il n'indique pas les coordonnées de l'organisateur de voyages). Le contrat d'intermédiaire de voyage est donc disqualifié en contrat d'organisation de voyage, avec les obligations et responsabilités qui en découlent.

¹¹³ J.P. Courtrai, 4 mars 1997, *J.J.P.*, 1998, p. 120; J.P. Comines, 13 septembre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 121; J.P. Torhout, 16 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 373; J.P. Saint-Nicolas, 1^{er} décembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 182, note J. VAN LYSEBETTENS; J.P. Bree, 30 décembre 1999, *J.J.P.*, 2002, p. 109; Civ. Bruges, 21 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 378; Civ. Gand, 21 janvier 2000, *J.J.P.*, 2002, p. 93; J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. Crédit*, 2000, p. 44, conf. par Civ. Louvain, 13 mars 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 63; J.P. Landen, 27 septembre 2000, *Ann. Crédit*, 2000, p. 53; J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 86, note F. DE PATOUL; J.P. Saint-Nicolas, 28 mars 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 124; J.P. Bruges, 19 novembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 924, note R. STEENNOT, conf. par Civ. Bruges, 28 mars 2003, *J.J.P.*, 2003, p. 379; J.P. Saint-Nicolas, 4 décembre 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 161; J.P. Torhout, 4 décembre 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 221; Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 55; J.P. Tielt, 8 mai 2002, *R.A.B.G.*, 2003/1, p. 14; J.P. Grâce-Hollogne, 13 août 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1235; J.P. Bruges, 30 septembre 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 89; J.P. Izegem, 11 décembre 2002, *J.J.P.*, 2006, p. 29, note F. EVERS; Comm. Bruxelles, 29 juillet 2003, *R.A.B.G.*, 2005, p. 332, note F. BONNARENS; J.P. Grâce-Hollogne, 22 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 291, note P. DEJEMEPPE; J.P. Izegem, 19 mai 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 44, note F. DE PATOUL; J.P. Brasschaat, 13 juillet 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 49, note R. STEENNOT; J.P. Saint-Nicolas, 4 août 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 32; J.P. Grâce-Hollogne, 5 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 107, note Ch. BIQUET-MATHIEU.

à temps partiel, dispose qu' «à défaut d'écrit conforme aux dispositions des premier et deuxième alinéas, le travailleur peut choisir le régime de travail et l'horaire à temps partiel qui lui sont le plus favorables [...]»¹¹⁴.

D'autres types de sanctions ont au contraire pour but de *mettre fin au rapport contractuel*. Diverses formes de protection de la partie faible sont ainsi prescrites à peine de nullité de l'acte juridique. La nullité est de mise pour les ventes aux consommateurs en dehors des locaux de l'entreprise, en l'absence d'écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct¹¹⁵ ou si la clause de renonciation fait défaut¹¹⁶⁻¹¹⁷. La loi sur le time-sharing prévoit la nullité dans les mêmes hypothèses (art. 7, §1^{er}, al. 1^{er}, pour l'écrit et les exemplaires multiples et al. 3 pour la clause de renonciation). De même, le contrat de time-sharing peut être annulé en l'absence d'écrit ou d'exemplaires multiples ou lorsque la clause de renonciation fait défaut (art. 7, §1^{er}, al. 1^{er} et 3, de la loi sur le time-sharing). L'annulation du contrat est également l'une des sanctions que le juge peut prononcer lorsque les mentions requises conformément à l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation sont absentes¹¹⁸. Les mentions de la loi sur le courtage matrimonial sont elles aussi prescrites à peine de nullité du contrat¹¹⁹. Outre la nullité, on peut citer diverses hypothèses de conversion, lorsque celle-ci consiste à modifier les obligations résultant du contrat, en faveur de la partie faible, de sorte que celle-ci soit autorisée à mettre fin au contrat dans des conditions plus favorables que celles normalement prévues. Ainsi, dans la section de la LPMC consacrée aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, si l'article 46, §1^{er} (confirmation des informations après la conclusion du contrat) est méconnu, la sanction réside dans un allongement du délai de rétractation, porté à trois mois¹²⁰. On peut aussi prendre l'exemple du

¹¹⁴ Il doit les choisir «parmi ceux parmi ceux qui :

— soit sont prévus par le règlement de travail;
— soit, à défaut, découlent de tout autre document dont la tenue est imposée par l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux».

¹¹⁵ Art. 60, al. 1^{er}, LPMC.

¹¹⁶ Art. 60, al. 2, 6^e tiret, *in fine* et art. 60, al. 3, LPMC.

¹¹⁷ En jurisprudence, voy., en cas de violation de l'art. 60 LPMC, Civ. Hasselt, 5 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 331, note B. PONET; J.P. Brakel, 14 juin 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 548; Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1829; Bruxelles, 12 décembre 2000, *Ann. Prat. Comm.*, 2000, p. 391; Liège, 29 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1301; Liège, 9 octobre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 1004, note A. PUTTEMANS; Gand, 10 septembre 2003, *D.C.C.R.*, 2004/65, p. 63, note P. DE VROEDE; Anvers, 1^{er} juin 2004, *NjW*, 2005, p. 801, note R.S.; Gand, 7 novembre 2007, *Ann. Prat. Comm.*, 2007, p. 387.

¹¹⁸ Voy. l'art. 86, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation. Appliquant cette sanction, voy. J.P. Mons, 25 janvier 1999, *Ann. Crédit*, 1999, p. 182; J.P. Kapellen, 18 septembre 2002, *J.J.P.*, 2003, p. 216; J.P. Courtrai, 1^{er} mars 2005, *J.J.P.*, 2007, p. 414, note P. MAISETTI.

¹¹⁹ Voy. J.P. Roeselare, 22 octobre 1998, *J.J.P.*, 2003, p. 167 (violation des formes requises à l'art. 6, §1^{er}, 6^e, de la loi sur le courtage matrimonial).

¹²⁰ Art. 47, §2, al. 1^{er}, LPMC.

contrat d'occupation d'étudiant ¹²¹ ou du contrat à distance portant sur des services financiers, qui peuvent être résiliés par la partie faible, sans frais ¹²².

Le régime de ces sanctions mérite aussi être dégagé. A l'analyse, il apparaît que pour mettre en œuvre les sanctions, il suffit à la partie faible de montrer que l'exigence de forme prescrite par la loi a été violée ¹²³. Nous avons montré que les exigences de forme constituaient un moyen utilisé par le législateur pour atteindre divers objectifs et garantir l'observation de règles de fond. Principalement, les formes ont pour finalité d'informer la partie faible, pour protéger son consentement ou faire en sorte qu'elle ait connaissance de divers éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat. Logiquement, les mesures expressément prévues en cas de non-respect des formes ont également pour but de sanctionner la méconnaissance de ces règles de fond. On peut noter que, pour appliquer les sanctions civiles expressément prévues, il n'est toutefois pas requis de démontrer que ces règles de fond ont été violées.

Ces considérations, ainsi que l'analyse du domaine d'application des formes retenues (*supra*, I.A.), montrent que le législateur présume que le cocontractant protégé est en position de faiblesse. Plus précisément, sur le plan de la sanction, on présume que si la forme n'a pas été observée, la règle de fond, dont elle garantit le respect, a également été méconnue. Sans la forme, la protection de la partie faible n'est pas assurée et un préjudice peut être subi par celle-ci.

Il reste à établir si la présomption est réfragable ou irréfragable. Sous réserve de dispositions spécifiques ¹²⁴, il semble que la présomption soit irréfragable : en matière de crédit à la consommation, dans son arrêt du 7 décembre 2006, la Cour de cassation a ainsi censuré une décision admettant que les formes avaient été violées mais que les objectifs poursuivis étaient néanmoins atteints ¹²⁵. S'agissant des formes prescrites à peine de

¹²¹ Art. 126, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat de travail.

¹²² Art. 55, §2, LPMC.

¹²³ Par exemple, elle produit le contrat et souligne l'absence de telle ou telle autre mention. Le fardeau de la preuve est, dans son chef, particulièrement léger, d'autant que plusieurs législations font reposer sur son cocontractant la charge de prouver que les exigences ont effectivement été observées (voy. par ex. l'art. 56, §1^{er}, al. 1^{er}, de la LPMC).

¹²⁴ Voy. l'art. 28, §1^{er}, al. 2, de la loi sur le crédit hypothécaire.

¹²⁵ Cass., 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 132, *J.J.P.*, 2007, p. 410, note F. DE PATOUL. Le pourvoi est dirigé contre un jugement rendu le 29 novembre 2004 par le Tribunal de première instance d'Eupen, statuant en degré d'appel. Celui-ci avait reconnu que la mention «Ne signez jamais un contrat non rempli» n'était pas rédigée en caractères gras, d'un type différent, mais en majuscules; de même, la mention n'était pas présentée sous la forme d'un alinéa séparé. Le Tribunal a néanmoins décidé que «même si l'offre de crédit ne remplit pas toutes les prescriptions légales de l'article 14, §4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation, il répond toutefois à l'objectif de la loi du 12 juin [1991] relative au crédit à la consommation puisque

nullité, de nombreux auteurs défendent la thèse du caractère irrémédiable de la mesure, considérant qu'il n'y a pas d'équipollents aux formes solennelles¹²⁶⁻¹²⁷. A nos yeux, une opinion différente pourrait toutefois être défendue (sur ce point, voy. *infra*, point C).

2. Sanctions civiles tirées de la théorie générale des contrats

Pour exposer les sanctions qui pourraient être mises en œuvre par application de la théorie générale des contrats, en cas de violation des formes de protection de la partie faible, nous nous fondons sur la distinction établie précédemment entre ces exigences, à la lumière de leurs objectifs intermédiaires. Nous croyons, en effet, que c'est par référence à ces derniers que les sanctions doivent être déterminées. Le moment où la formalité doit être accomplie est un indicateur mais il ne doit pas constituer un élément déterminant. En conséquence, nous examinons successivement les sanctions des formes visant à garantir un consentement informé et réfléchi de la partie faible (a) et les sanctions des formes dont l'objectif est d'informer cette dernière partie sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat (b). Des considérations transversales sur le régime auquel la sanction est soumise peuvent également être établies (c).

(a) Lorsque la formalité visant à *garantir un consentement informé et réfléchi* a été violée, les plaideurs peuvent opter pour l'annulation du contrat, avec les conséquences qui en résultent, ou pour son maintien.

Dans le premier cas, la partie faible pourrait invoquer la nullité prétorienne¹²⁸. Conformément à la théorie générale des contrats, la nullité peut être prononcée alors même qu'aucune disposition légale ne le prévoit

les majuscules se différenciant du reste du texte, l'attention du débiteur a été attirée de manière tout à fait efficace sur la référence litigieuse. L'article 86 de la loi sur le crédit à la consommation ne peut dès lors trouver à s'appliquer». La Cour de cassation juge le moyen fondé et casse ce jugement : «en refusant d'appliquer l'une des sanctions prévues à l'article 86 de la loi, par le motif que l'offre de crédit, bien qu'elle soit irrégulière, répond à l'objectif de la loi du 12 juin 1991, le jugement attaqué viole les dispositions légales indiquées au moyen».

¹²⁶ J. FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 101-102, n° 9. En ce sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391, n° 431 et pp. 392-393, n° 432; P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 627, n° 23; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, pp. 103 et s. Voy. aussi J. Carbonnier, qui indique qu'à la différence des règles de preuve, «l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul» (*Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 178, n° 90).

¹²⁷ Voy. aussi Cass., 19 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 83.

¹²⁸ Elle pourrait également s'efforcer d'établir l'existence d'un vice du consentement (dol ou erreur) et demander l'annulation du contrat sur cette base.

expressément. Les nullités peuvent être textuelles ou virtuelles¹²⁹. D'un point de vue terminologique, il nous semble plus adéquat d'abandonner l'adjectif «virtuel», au profit de l'expression «nullité prétorienne»¹³⁰. A ce sujet, l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006¹³¹ doit être mentionné. En l'espèce, les formes prescrites par les articles 9¹³² et 23 de la loi sur le contrat de voyage avaient été méconnues. La Cour de cassation décide que «les formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts».

Si la partie faible ne souhaite pas annuler l'acte juridique mais veut obtenir la réparation du dommage résultant de l'inobservation des formes de protection de la partie faible, elle peut agir sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, pour engager la responsabilité aquilienne de son cocontractant. On considère en effet qu'en méconnaissant les obligations d'information qui lui incombent au stade précontractuel et, au plus tard, au moment de la formation du contrat, ce dernier n'agit pas de bonne foi et commet une faute délictuelle¹³³ (généralement qualifiée de *culpa in contrahendo*¹³⁴).

¹²⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 143, n° 96 et p. 145, n° 97; C. RENARD et E. VIEUJEAN, «Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge», *Ann. dr. Liège*, 1962, pp. 267-268; V. BASTIAEN et G. THOREAU, «Les nullités en droit civil», E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1991, p. 37.

¹³⁰ Virtuel ne s'oppose pas à textuel mais désigne «ce qui est à l'état de simple possibilité». Il est vrai que la nullité n'est que potentielle, aussi longtemps que le juge ne l'a pas prononcée. A tout le moins, l'incertitude est plus grande que lorsque la nullité est expressément prévue par la loi. Cela étant, dans certains domaines, l'incertitude est assez réduite et la nullité devient fréquemment réelle. La distinction entre nullité textuelle et virtuelle est fondée sur l'origine de la nullité : un texte légal ou réglementaire (nullité textuelle) ou la jurisprudence (nullité virtuelle). En parlant de nullité *prétorienne*, on tient compte du critère de distinction, en mettant l'accent sur l'origine jurisprudentielle de la sanction. H. De Page parle aussi de nullité tacite (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 143, n° 96). Si on l'oppose à nullité expresse (comme le fait H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 143, n° 96), l'adjectif peut être admis. Par contre, s'il est question de nullité textuelle, comme c'est généralement le cas, il est plus logique de parler de nullité prétorienne puisque le critère de distinction est l'origine de la nullité.

¹³¹ Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1216, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY.

¹³² Traitant du contrat d'organisation de voyage, l'article 9 de la loi précise qu'il «prend cours au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation délivrée par l'organisateur de voyages, par l'entremise ou non de l'intermédiaire de voyages qui agit au nom de ce dernier».

¹³³ Sur l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil en cas de violation d'une obligation d'information, voy. not. M.-P. NOËL, *op. cit.*, p. 162, n° 26; M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, p. 33, n° 45; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 473 et s., n^{os} 596 et s.; A. DE BOECK, *op. cit.*, pp. 196 et s., n^{os} 448 et s.; F. GLANSORFF, «Introduction générale», *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 41-44.

(b) La plupart des règles de forme que nous étudions tendent *uniquement* à protéger le consentement de la partie faible. Plus rarement, elles peuvent avoir pour but de *l'informer sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat*. Aussi pourrait-on sanctionner leur inobservation en se fondant sur les sanctions spécifiques à l'inexécution des obligations contractuelles¹³⁵ : exception d'inexécution, exécution en nature ou responsabilité contractuelle¹³⁶.

On peut illustrer les deux dernières mesures en les appliquant à l'inobservation des obligations formelles relatives aux garanties commerciales dans les ventes aux consommateurs. L'article 1649*septies*, §3, du Code civil dispose en effet qu'«à la demande du consommateur, la garantie lui est remise par écrit ou lui est présentée sous un autre support durable, mis à sa disposition et auquel il a accès.

En tout cas, lorsque le contrat de vente est écrit, il contient les informations visées au §2». Si le vendeur ne donne pas suite à la demande du consommateur (hypothèse visée à l'alinéa 1^{er}) ou si le contrat de vente est constaté par écrit mais ne contient pas les mentions requises (hypothèse visée à l'alinéa 2), le consommateur pourrait demander au juge de condamner le vendeur à s'exécuter en nature pour disposer des éléments de fait lui permettant de mettre en œuvre la garantie (en particulier pour savoir dans quel délai et à quelles conditions elle peut être invoquée). Par contre, s'il est sans intérêt de demander l'exécution en nature parce que le dommage est déjà consommé (vu le délai, la garantie commerciale ne peut plus être mise en œuvre), on pourrait considérer que la responsabilité civile contractuelle du vendeur est engagée. Il lui incomberait dès lors de réparer le préjudice. Dans l'exemple choisi, la réparation en nature est envisageable : on pourrait en effet permettre au consommateur de bénéficier de la garantie

¹³⁴ Cette expression est clairement entrée dans le langage juridique même si des critiques peuvent être formulées quant à son utilisation : comme le note M. COIPEL, «cette formule, un brin pédante, est inutile et même déplacée car elle a été introduite au dix-neuvième siècle, par Jhéring (auteur allemand) à l'appui de l'idée d'une responsabilité précontractuelle de nature contractuelle» (M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, p. 33, n° 45; voy. aussi J.-P. BUYLE, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance», note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 176, n° 7, note 46).

¹³⁵ Dans la mesure où la plupart de ces exigences de forme visent également à garantir un consentement informé et réfléchi, les mesures présentées précédemment (*littera a*) pourraient être mises en œuvre.

¹³⁶ Sur le plan théorique, la résolution — judiciaire ou extrajudiciaire — du contrat pourrait également être envisagée; à l'analyse, il faut toutefois reconnaître que les manquements aux exigences de forme visant à informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat ne devraient pas être jugés suffisamment graves pour justifier une dissolution du lien contractuel.

commerciale, même si le délai dans lequel elle aurait dû être mise en œuvre a expiré.

(c) Partant toujours du postulat suivant lequel les formes constituent une technique législative (moyen) à laquelle le législateur recourt pour garantir le respect de règles de fond (fin), l'application des sanctions tirées de la théorie générale des contrats peut être examinée par référence à la méconnaissance de ces règles de fond.

Il faut en effet se pencher sur la violation de ces règles pour démontrer l'existence d'un vice du consentement (erreur ou dol) ou pour demander l'exécution en nature ou la résolution du contrat. De même, la condition de faute, requise pour engager la responsabilité civile (contractuelle ou extracontractuelle) peut être établie sans grande difficulté, dès lors qu'une norme de comportement expressément formulée est violée; cependant, pour apporter la preuve du dommage et du lien de causalité, il faut nécessairement examiner les règles de fond, leurs objectifs et l'impact de non-respect des formes sur ceux-ci. Enfin, même pour la nullité prétorienne qui semblait sanctionner directement le non-respect de formes, il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006 que son application est subordonnée à l'existence d'une atteinte aux intérêts de la partie faible, établie *in concreto*. La Cour interdit toute application automatique de la sanction¹³⁷. Le juge du fond ne doit prononcer la nullité que si, dans le cas d'espèce, il est établi que les conséquences résultant de la violation des formes sont telles que le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause.

En conséquence, pour mettre en œuvre les sanctions civiles résultant de la théorie générale des contrats, la partie faible ne peut se borner à établir que les formes prescrites ont été méconnues (l'écrit ne mentionnait pas telle mention, par exemple). L'impact sur les règles de fond, dont les formes visent à garantir l'efficacité, doit également être examiné. On ne peut donc considérer qu'il existe une présomption suivant laquelle, en cas de non-respect des formes, les conditions de la responsabilité civile du cocontractant de la partie faible seraient nécessairement réunies ou qui autoriserait le juge à prononcer la nullité prétorienne, sans se soucier de la manière dont les règles de fond ont été méconnues en l'espèce. Il faut toutefois reconnaître que, sans constituer une présomption, la violation de formes prescrites par une disposition légale impérative permet de faciliter la preuve, dans le chef

¹³⁷ P. WÉRY, «La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales», note sous Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 481, n° 5 (l'auteur parle de nullité facultative).

de la partie faible, de certaines conditions à remplir pour appliquer les sanctions tirées de la théorie générale des contrats.

C. — Considérations *de lege ferenda*

1. Application des règles de forme

Pour apprécier le recours au formalisme, dans les législations retenues, et, le cas échéant, formuler des propositions *de lege ferenda* de nature à renforcer l'efficacité de la technique, l'examen approfondi des finalités des formes montre également son intérêt ¹³⁸.

Pour optimiser le choix des formes et la définition de leur domaine d'application, les interventions législatives (voire l'absence d'intervention législative) peuvent être évaluées à l'aune du principe d'égalité et de non-discrimination, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle. Pour contrôler la conformité des règles aux articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour constitutionnelle recherche les objectifs poursuivis par le législateur (autrement dit, les objectifs intermédiaires et finaux que nous avons dégagés dans le point I). Ensuite, à la lumière de ceux-ci, elle examine si la différence de traitement repose sur un critère objectif et si la mesure est pertinente et proportionnée au regard de ceux-ci. Dans notre thèse, ces considérations ont par exemple permis de conclure que le domaine d'application de la loi sur le courtage matrimonial ne devait pas être étendu aux sites de rencontres sur l'internet. A l'issue d'un raisonnement comparable, nous avons considéré que des règles protectrices devraient être établies pour protéger les consommateurs qui contractent à travers des sites de ventes aux enchères ou des sites des crédits peer-to-peer, à charge des intermédiaires qui gèrent ces plateformes. De même, il est, à nos yeux, possible de contester sur cette base l'exigence de l'écrit et de certaines mentions, introduites en 2007 dans la section du Code civil relative au bail de résidence principale (art. 1^{er} bis).

Pour résoudre les difficultés posées par l'articulation des formes dont les conditions d'application sont convergentes ou permettre leur accomplissement par voie électronique, des solutions existent. Diverses critiques peuvent cependant être émises à leur encontre.

S'agissant de l'adaptation des formes à l'environnement numérique, notre préférence va à la méthode consistant à énoncer légalement les fonctions des exigences de forme. La méthode visant à introduire de nouveaux concepts — tels que le support durable ou le support papier — dans la loi

¹³⁸ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., n^{os} 284 et s.

ne nous convainc pas. Certains reproches peuvent ainsi être adressés au «support durable»¹³⁹. Il faut aussi veiller à une plus stricte équivalence entre les fonctions assignées aux formalités accomplies dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique (ce qui suppose une analyse précise de ces fonctions). Par exemple, on peut regretter que la signature électronique qualifiée (visée à l'art. 4, §4, de la loi du 9 juillet 2001) et celle régie par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ajoutent une fonction que la signature manuscrite ne permet pas de remplir : la fonction d'intégrité¹⁴⁰.

Des modifications visant à faciliter l'articulation des formes, voire à empêcher préventivement toute application concurrente, doivent également se fonder sur le souci de contribuer à une meilleure protection de la partie faible (à ce sujet, voy. *supra*, point II.A.1).

2. Sanction de l'inobservation des règles de forme

L'existence d'une sanction susceptible d'être prononcée en cas de violation d'une norme légale ou réglementaire doit être vue comme un moyen permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par cette norme¹⁴¹.

En l'occurrence, la sanction de la violation des formes doit contribuer à protéger la partie faible au rapport contractuel. Aussi importe-t-il qu'elle soit conçue de telle manière que le cocontractant de cette dernière soit encouragé à respecter la norme. Pour remplir cette fonction préventive et jouer un rôle dissuasif, la mesure doit être suffisamment sévère, connue de son destinataire et effectivement appliquée par les cours et tribunaux (ou les autorités chargées de la prononcer).

Si cette fonction préventive s'est révélée insuffisante et que les exigences requises ont été violées, la sanction doit au moins empêcher qu'un préjudice

¹³⁹ Sur le plan *terminologique*, le concept est, à nos yeux, *contestable*. Il constitue en effet une expression malheureuse, combinant une caractéristique matérielle (le support) et une qualité fonctionnelle (le caractère durable). Les critiques qui peuvent être formulées sont nombreuses. Entre autres, puisque la formalité remplit, à la lecture de la définition établie par le législateur, une fonction de pérennité, une fonction d'intégrité et une fonction de lisibilité, on peut se demander pourquoi le concept n'est pas «support durable, intègre et lisible». L'introduction de ce concept est également *inutile*. En soi, pour recevoir la qualification de support durable, le procédé mis en œuvre doit permettre de respecter les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité. Dans tous les cas, les trois fonctions traditionnellement reconnues à l'écrit doivent être garanties. Le support durable est donc un succédané fonctionnel de l'écrit. En conséquence, la question se pose de savoir pourquoi le législateur n'exige pas, simplement, un écrit.

¹⁴⁰ Pour un regard critique sur la fonction d'intégrité, requise par l'art. 1322, al. 2, C. civ., voy. E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique», *op. cit.*, pp. 24-25; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 194, n° 122-3.

¹⁴¹ A ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n°s 351 et s.

se produise ou, le cas échéant, réparer celui-ci. On sait à cet égard que les sanctions civiles remplissent d'abord une fonction *exécutoire* ou une fonction *réparatrice*. La fonction *exécutoire* s'observe lorsque l'exception d'inexécution est soulevée ou l'exécution en nature demandée. Ces hypothèses restent cependant marginales. De manière générale, la sanction civile a en effet pour objectif principal de *réparer* le préjudice éventuellement subi. Lorsqu'en l'absence de certaines mentions, le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause, il paraît logique d'annuler le contrat dans la mesure où, dûment informée, elle ne se serait pas engagée. Peu importe, du reste, que la nullité soit expressément prévue par la loi, qu'elle ne repose sur aucun texte (hypothèse de nullité prétorienne) ou qu'elle soit la conséquence d'un vice du consentement (dol ou erreur). Tel est également l'objectif des règles de responsabilité civile (contractuelle ou aquilienne). Exceptionnellement, on ne peut toutefois exclure que les sanctions civiles jouent également un rôle punitif. L'hypothèse se rencontre lorsque, par ses effets, la mesure applicable en cas de méconnaissance des formes va clairement au-delà de ce qui était nécessaire pour réparer le dommage ¹⁴².

A l'analyse, il apparaît que le cadre normatif actuellement en vigueur ne permet pas toujours d'atteindre adéquatement des sanctions. Par exemple, si la sanction de nullité peut se justifier dans de nombreux cas de figure, il existe également des hypothèses dans lesquelles la mesure ne nous paraît pas appropriée. Elle peut en effet se révéler excessive s'il apparaît que, même si les formes avaient été observées, la partie faible aurait quand même conclu le contrat. En outre, on ne peut exclure que celle-ci souhaite maintenir le contrat, le cas échéant en modifiant certaines obligations qui en résultent. La poursuite des engagements contractuels se justifie d'autant plus lorsqu'en raison de l'objet du contrat et des effets de l'annulation, cette dernière sanction est clairement défavorable à la partie faible ¹⁴³. Ainsi, la loi Breyne autorise le maître de l'ouvrage à demander la nullité de la convention lorsque les informations énoncées à l'article 7 font défaut (art. 13, al. 2). Si l'*instrumentum* ne mentionne pas l'existence des aides

¹⁴² Par exemple, en matière de contrat à distance ne portant pas sur des services financiers, si la confirmation requise conformément à l'article 46, §1^{er}, de la LPMC ne mentionne pas l'existence d'un droit de rétractation, l'opération est assimilée à un achat forcé et le consommateur n'est pas tenu de payer le produit ni de le restituer (art. 46, §1^{er}, 2^o, LPMC). S'il apparaît que ce dernier n'avait pas l'intention d'exercer ce droit de rétractation, l'absence de la mention ne lui cause aucun préjudice et la mesure joue uniquement un rôle punitif.

¹⁴³ En matière de crédit à la consommation, les effets défavorables de la nullité — essentiellement liés à son caractère rétroactif — sont ainsi soulignés par voy. not. Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 55; J.P. Izegem, 11 décembre 2002, *J.J.P.*, 2006, p. 29, note F. EVERS. De manière générale, on constate d'ailleurs que cette sanction est préférée (comp. *supra*, notes 113 et 118).

publiques régionales au logement et que les conditions de base y afférentes ne sont pas annexées à l'écrit (en violation de l'art. 7, al. 1^{er}, *ebis*), le contrat pourrait être annulé. On conçoit que cette mesure est excessive et porte préjudice au maître de l'ouvrage si, par ailleurs, celui-ci est satisfait de la prestation de l'entrepreneur et veut que la construction se poursuive. S'agissant d'une nullité relative, il peut fort bien renoncer à l'invoquer. Mais dans ce cas, outre que le vendeur échapperait à toute sanction civile, le consommateur ne serait même pas indemnisé du préjudice. En l'occurrence, à supposer que des aides publiques existaient effectivement et auraient pu être obtenues, le préjudice subi par la partie faible réside dans la perte financière égale au montant de ces aides (on considère en effet qu'au moment où le maître de l'ouvrage constate la méconnaissance des règles de forme, il est trop tard pour demander les aides). Pour le réparer adéquatement, il nous paraît plus approprié de sanctionner la violation des règles de forme par l'attribution de dommages et intérêts représentant tout ou partie des aides perdues. L'indemnisation pourrait être demandée par application des règles de responsabilité civile¹⁴⁴ (art. 1382-1383 C. civ.).

Il importe également que le choix de la sanction et de son régime soit le reflet d'un équilibre entre l'objectif poursuivi et les intérêts du cocontractant de la partie faible. On doit en effet éviter de concevoir la sanction de telle sorte qu'elle puisse être instrumentalisée, abusivement, par cette dernière.

Par exemple, conformément à l'article 14, §3, 1^o, a), de la loi sur le crédit à la consommation, le contrat de crédit doit comprendre sous la forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent, à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention «Ne signez jamais un contrat non rempli». Si la mention n'est pas rédigée en caractère gras mais en majuscules et que, par ailleurs, le contrat est correctement rempli, on pourrait estimer que l'objectif poursuivi par le législateur en exigeant la formalité est atteint. Les formes complémentaires, qui déterminent l'apparence et l'emplacement de la mention, ont pour fonction d'attirer l'attention de la partie faible, pour veiller à ce qu'elle lise la clause. La mention vise à éviter les abus de blanc seing : si le cocontractant de l'emprun-

¹⁴⁴ On pourrait toutefois contester ce recours dans la mesure où l'unique sanction expressément prévue par la loi Breyne dans cette hypothèse est la nullité du contrat ; appliquer la théorie générale des contrats pourrait être considéré comme ayant pour effet de contourner la volonté du législateur. Aussi, pour garantir la sécurité juridique et autoriser la sanction précitée, l'alinéa 2 de l'article 13 pourrait au moins être modifié comme suit (nous soulignons) : «l'inobservation d'une des dispositions de l'article 7, de l'article 12, ou des arrêtés royaux pris en exécution de ces articles, *autorise le juge à prononcer* la nullité de la convention ou de la promesse de convention ou la nullité de la clause contraire à la loi ou à *réduire les obligations du maître de l'ouvrage ou de l'acquéreur à la hauteur du préjudice subi suite à cette inobservation*».

teur lui demande de signer un contrat non rempli, il est à craindre que celui-ci s'expose à des engagements excessifs (en termes de taux ou de délai de remboursement), pour lesquels elle n'aurait jamais consenti. S'il lit la clause, il sera conscient du risque et n'acceptera de signer qu'après avoir vérifié si le contrat est effectivement rempli. En définitive les mentions protègent la partie faible en garantissant un consentement éclairé et réfléchi.

Conformément à la jurisprudence majoritaire, appelée à se prononcer sur le cas de figure que nous avons repris, le juge doit annuler le contrat ou réduire les obligations de l'emprunteur¹⁴⁵. Concrètement, ce dernier pourrait être dispensé de payer les intérêts afférents au crédit. Pourtant, dans le cas d'espèce, si toutes les autres exigences légales ont été respectées, on pourrait considérer que les objectifs du législateur ont été atteints. Si les caractères majuscules se détachent un peu moins du reste du texte que la police en gras, l'apparence ainsi donnée à la mention permet néanmoins d'attirer l'attention de la partie faible (même si, on le concède, l'efficacité pourrait être un peu moindre). En outre, l'objectif intermédiaire consistant à éviter les abus de blanc seing est également atteint puisque le contrat est rempli. Du reste, il nous paraît difficilement concevable que le cocontractant de la partie faible ait volontairement opté pour les majuscules, au lieu des caractères gras, aux fins de surprendre le consentement de cette dernière. Si tel avait été son objectif, il n'aurait probablement pas mentionné la clause ou l'aurait perdue au sein des conditions générales. En conséquence, il nous semble que la sanction peut être instrumentalisée par la partie faible, dans le but d'obtenir une diminution de ses engagements. En l'absence de tout préjudice (puisque les objectifs sont atteints), la sanction est uniquement punitive.

Pour justifier l'interdiction faite au juge de prendre en considération le fait que les objectifs poursuivis ont néanmoins été atteints, plusieurs arguments sont avancés. Ils sont fondés sur l'absence d'équipollence aux formes solennelles, l'interprétation stricte des exceptions et l'objectif de protection de la partie faible. Plusieurs éléments nous permettent cependant de les contester¹⁴⁶. Aussi sommes-nous favorable à une application de la sanction qui tiennent compte du fait que les objectifs poursuivis par les formalités ont été atteints en l'espèce.

¹⁴⁵ Art. 86, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

¹⁴⁶ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 379 et s.

CONCLUSION

Notre thèse visait à démontrer l'intérêt de l'approche finalisée des règles de forme, en distinguant leurs fonctions, leurs objectifs intermédiaires et l'objectif final.

D'un point de vue théorique, cette approche permet d'analyser de manière extrêmement précise les formes de protection de la partie faible pour formuler des propositions *de lege ferenda* visant à renforcer l'efficacité du cadre normatif actuel.

D'un point de vue pratique, de nombreuses réponses ont été apportées aux questions posées par l'application et la sanction des règles de forme.

Le législateur a consacré cette méthode pour permettre l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique (théorie des équivalents fonctionnels). La jurisprudence a également été séduite, spécialement en matière de nullité prétorienne. Des résistances doivent cependant être constatées (en matière de crédit à la consommation) même s'il existe selon nous de nombreux arguments permettant de contester cette opinion. Enfin, il faut espérer que la doctrine abandonnera le principe selon lequel il n'existe pas d'équipollent aux formes solennelles pour adopter une approche finalisée — et, en définitive, non formaliste — du formalisme contractuel.