

Les Cahiers de droit



Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme

Élise Charpentier

Volume 43, Number 2, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043708ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043708ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Charpentier, É. (2002). Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme. *Les Cahiers de droit*, 43(2), 275–297.
<https://doi.org/10.7202/043708ar>

Article abstract

The role played by formalism in current law is only partly revealed when it is thought of through its opposition to consensualism. To understand its importance, the analysis of formalism cannot limit itself to the rules pertaining to the formation of contract. Stating that a mere exchange of consents is a sufficient basis for the contract to be formed only conveys one aspect of positive law. Formalism plays an important role in present law. Far from being in opposition to consensualism, it acts as its essential complement.

NOTE

Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme

Élise CHARPENTIER*

La réflexion sur le formalisme, lorsqu'elle est limitée à son opposition au consensualisme, ne révèle qu'une partie du rôle qu'il joue en droit actuel. Pour dévoiler l'importance du formalisme, il faut aller au-delà de l'analyse des règles relatives à la formation du contrat. L'affirmation selon laquelle un simple échange de consentements suffit à faire naître le contrat ne rend compte, en effet, que d'une partie du droit positif. Malgré l'affirmation du principe du consensualisme, le formalisme joue un rôle important en droit actuel. Loin d'être en opposition avec le consensualisme, le formalisme est plutôt son complément essentiel.

The role played by formalism in current law is only partly revealed when it is thought of through its opposition to consensualism. To understand its importance, the analysis of formalism cannot limit itself to the rules pertaining to the formation of contract. Stating that a mere exchange of consents is a sufficient basis for the contract to be formed only conveys one aspect of positive law. Formalism plays an important role in present law. Far from being in opposition to consensualism, it acts as its essential complement.

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1 Le combat contre le formalisme	277
1.1 La domination de la forme	277
1.2 La victoire de principe de la volonté	281
2 Au-delà de l'affirmation du consensualisme	287
2.1 Le formalisme au secours du consensualisme : l'état du droit positif	288
2.2 La formalisation de la volonté par la pratique contractuelle	292
Conclusion	296

De prime abord, le tandem formalisme/consensualisme semble poser la question de la formation des actes juridiques. C'est du moins en ces termes que la doctrine aborde généralement ces deux modes d'expression de la volonté. L'analyse classique, en adoptant une conception étroite du formalisme, est amenée à ignorer que, à plusieurs égards, le formalisme est le complément du consensualisme. L'opposition entre les deux notions y est placée dans une perspective historique, où le formalisme d'abord dominant aurait peu à peu fait place au consensualisme. Le regard historique conduit même certains auteurs à poser un regard évolutionniste sur les modes de formation du contrat et, conséquemment, à concevoir le formalisme comme un phénomène essentiellement primitif et le consensualisme comme la marque des sociétés évoluées : le consensualisme symboliserait les sociétés respectueuses à la fois de la morale et de la liberté puisqu'il sanctionne la parole donnée et accorde une valeur prédominante au pouvoir de la volonté.

Cette vision « évolutionniste » est excessivement réductrice, car elle occulte à la fois la place faite à la volonté dans les sociétés où le droit est formaliste et le rôle que le formalisme joue nécessairement dans les systèmes où les contrats se forment par le seul accord des volontés. Ce constat nous amène à nous interroger, d'une part, sur les principes qui gouvernent la formation des actes juridiques (première partie) et, d'autre part, sur la relativité du principe du consensualisme (seconde partie). L'histoire du passage de la prédominance du formalisme à l'avènement de la liberté relative à la forme du contrat permet, si l'on accepte d'aller au-delà des constatations généralement proposées, de nuancer l'idée selon laquelle l'absence d'exigences formelles caractérise le droit moderne des contrats.

1 Le combat contre le formalisme

Le formalisme, qu'il implique l'accomplissement d'une formalité solennelle ou réelle, est qualifié de formalisme au sens strict ou de formalisme substantiel. C'est en ce sens qu'il s'oppose au consensualisme et que nous l'abordons dans cette partie. La conception du consensualisme qui découle de cette opposition — où la formation du contrat est décrite comme n'étant soumise à aucune forme — n'est pas tout à fait juste puisque, dans la mesure où l'échange des consentements suppose leur manifestation, le recours à une forme est toujours nécessaire. Le consensualisme pourrait donc être défini comme la liberté de la forme plutôt que comme l'absence de forme.

L'imposition de formalités essentielles à la formation du lien contractuel est sans conteste l'une des caractéristiques des sociétés de l'Antiquité et de la majeure partie du Moyen Âge. Cette constatation, loin de nous amener à conclure que le formalisme est l'apanage des sociétés peu évoluées¹, nous oblige à nous interroger sur la fonction de ces formalités. Ainsi appréhendé, le formalisme retrouve ses lettres de noblesse, car il ne se présente plus comme un rituel irrationnel, mais plutôt comme un outil important dans l'organisation sociale (1.1). Pour comprendre le recul qu'a néanmoins subi le formalisme, il faut aussi tenter de saisir la portée des principes qui ont mené à la reconnaissance du consensualisme (1.2).

1.1 La domination de la forme

Toute volonté, pour produire des effets juridiques, doit nécessairement emprunter une forme quelconque ; la forme est l'apparence, l'aspect perceptible d'une chose. Lorsque le droit prescrit l'utilisation d'une forme déterminée, celle-ci, en principe, n'a pas seulement pour fonction d'exprimer la volonté, elle crée le contrat. Le formalisme peut, dans ce contexte,

1. Le formalisme caractérise, au contraire, les sociétés évoluées. Le lien contractuel n'a, en effet, été conçu que tardivement. Les sociétés primitives l'ignoraient et faisaient reposer les liens entre les personnes sur leur état (famille, clan, etc.) et non sur la volonté, fût-elle encadrée par des formalités. Les liens étant fondés sur le fait que les personnes partageaient le même sang et que partager le sang, c'est partager le même caractère sacré, le même dieu. Afin de créer des liens ne dépendant pas de l'état des personnes, on avait primitivement recours à des procédés qui se modelaient sur les formes existantes de liens et on réalisait la consubstantialité en mêlant physiquement le sang des personnes désirant être liées. Outre le *blood covenant*, d'autres moyens ont été utilisés pour créer des liens, par exemple, le partage de la même source de vie (aliments ou boissons) ou l'échange de salive par le baiser. Voir à ce sujet É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, Paris, PUF, 1950, p. 209-215.

être défini comme un principe en vertu duquel la formation d'un acte juridique dépend de l'accomplissement de formalités particulières.

Chronologiquement, on observe l'existence d'un formalisme très contraignant, puis un assouplissement des exigences de forme qui procède d'un rejet des formalités « lourdes », mais non de toute formalisation de la volonté. L'exemple du droit romain illustre bien la fonction que joue le formalisme. Tout au long de son développement, ce droit est demeuré un droit essentiellement formaliste. En effet, malgré la reconnaissance de certains contrats non formalistes, ceux-ci ont toujours été considérés comme des exceptions qui n'étaient reconnues par le droit que dans la mesure où la bonne foi l'exigeait. La force obligatoire du contrat était d'abord fondée sur le respect de certaines formes. Ainsi, bien que la volonté ait nécessairement joué un rôle dans la formation du contrat — si les parties ne voulaient pas être obligées, elles n'accomplissaient pas les formalités —, elle n'a jamais été le fondement de la force obligatoire de celui-ci.

Parmi les contrats qui sont qualifiés de formalistes, il y avait, en droit archaïque, le *nexum* et la *mancipatio* et, à l'époque classique, les contrats *verbis*, *re* et *litteris*². En droit archaïque, les actes formalistes, *per aes et libram*, c'est-à-dire, littéralement, par l'airain et la balance, servaient à la réalisation d'échanges ou de prêts. Les obligations naissaient de la prononciation d'une formule devant cinq témoins et de la pesée du bronze à l'aide d'une balance tenue par un *libripens*. Ces formalités complexes ont peu à peu été remplacées par des formalités plus souples. Par exemple, les contrats *verbis* naissaient de la simple prononciation de paroles solennelles et servaient à réaliser toutes sortes d'engagements, auxquels prenaient part même des tiers. Le droit a aussi été amené à reconnaître que certains faits donnaient naissance à des obligations, car ces faits pouvaient être considérés comme des formalités accomplies³. Les deux contrats formalistes qui ont ainsi été reconnus sont les contrats *re* et *litteris* qui étaient respectivement formés par la remise d'une chose ou par une inscription dans un

-
2. Pour une description des contrats romains, voir, entre autres, G. CORNIL, *Droit romain*, Bruxelles, Imprimerie médicale et scientifique, 1921 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929 ; H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934 ; H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, Sirey, 1947 ; A. MAGDELAIN, « L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain », dans *Ius, Imperium, Auctoritas*, Rome, École française de Rome, 1990, p. 713 ; P. NOAILLES, *Fas et Jus — Études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948.
 3. Voir Y. JEANCLOS, « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », dans *Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'édition scientifique — Université de Nice, 1987, p. 333, à la page 337.

codex. Le formalisme n'est donc pas synonyme d'immobilisme ni de rigidité. L'essor du commerce et la multiplication des contrats ont amené le droit romain à reconnaître de nouveaux contrats formalistes plus flexibles. Cette transformation du formalisme nous paraît particulièrement intéressante, car elle contredit la vision des exigences de forme comme étant compliquées, lourdes et fastidieuses, alors que le formalisme se définit essentiellement par son caractère impératif.

On peut maintenant se demander à quoi servaient ces formalités, pourquoi elles ont été imposées aux personnes qui désiraient contracter. En règle générale, le formalisme est considéré de façon négative, ou à tout le moins péjorative, probablement en raison de son aspect contraignant. Cependant, l'analyse du formalisme à Rome permet de mettre en lumière son rôle. Loin d'être seulement un ensemble de règles alourdissant le processus de formation d'un contrat, le formalisme, tout en favorisant la protection des parties, constitue surtout l'outil qu'une société se donne pour symboliser son emprise sur la volonté des parties.

Ihering, qui a été l'un de ses plus grands apologistes, estimait que le formalisme était l'« ennemi juré de l'arbitraire », la « sœur jumelle de la liberté ». Excluant l'arbitraire, le formalisme assurerait la protection de la liberté. L'encadrement de la volonté des parties — voire son contrôle — par des exigences de forme n'est donc pas sans avantages pour elles. Lorsque des témoins doivent être réunis, ils sont susceptibles d'intervenir pour protéger l'une des parties qui voudrait conclure un contrat contraire à ses intérêts. Le formalisme permet aussi aux contractants de s'engager en toute connaissance de cause. En effet, chacune de leurs obligations doit être exprimée⁴. Le formalisme leur épargne donc toutes surprises, car il ne permet pas qu'une personne adhère à un contrat sans connaître précisément son contenu. De plus, lorsqu'un rituel est nécessaire à la formation d'un contrat, les parties bénéficient d'un délai de réflexion, leur accord n'étant pas obligatoire dès qu'elles y sont arrivées. C'est cet effet du formalisme qui a retenu l'attention de Savigny : « [D]ans l'intérêt de la prospérité des relations civiles, il est [écrivait-il] désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais qu'on réfléchisse mûrement aux conséquences qui en découleront. La nature du contrat solennel [...] tend à exciter cette attention sérieuse de l'esprit, et contribue ainsi à créer cette situation désirable⁵. »

4. Le formalisme romain se caractérisait par sa forme orale qui suppose l'expression de chaque obligation.

5. Savigny cité et traduit dans R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, Librairie Mareseq Ainé, 1889, p. 189.

Pourtant, le formalisme n'implique pas nécessairement l'imposition d'un délai permettant la réflexion ou la présence de témoins garantissant en quelque sorte la légitimité du contrat⁶. En dehors de ces hypothèses, il présente tout de même un intérêt, en tant que symbole de l'inscription de la volonté des contractants dans un cadre social : il avertit les parties qu'elles s'obligent, que le droit peut intervenir dans leur relation⁷. La plupart des formalités comprennent d'ailleurs un aspect public destiné à symboliser l'inscription du contrat dans la société : « [M]anifestant l'insertion de l'homme dans la société, émerge, tel un roc de stabilité, le formalisme, apte à protéger les contractants et à informer les tiers⁸. » Ainsi, les contractants qui ont respecté les formalités prescrites sont assurés que le droit interviendra si l'un d'eux ne respecte pas ses obligations.

Cependant, le formalisme n'a pas que des avantages. Il risque notamment d'être dangereux lorsque les parties ne jouissent pas des mêmes connaissances quant aux formalités prescrites, et il est parfois fastidieux de s'y conformer. Ces inconvénients nous renseignent sur les origines des contrats de bonne foi, à la suite de la généralisation de l'utilisation de contrats sans forme fondés sur la bonne foi, alors que la *fides* au sens moral ne suffisait plus à protéger le créancier. Sans compter que, en raison de la lourdeur de certaines de ses exigences, le formalisme est devenu inadapté à la société romaine lorsque celle-ci a vu progresser le commerce et se multiplier les échanges. La reconnaissance de certains contrats de bonne foi est donc devenue nécessaire : « [Le] système des conventions basées sur la *bona fides*, dans le sens romain antique, c'est-à-dire du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la confiance, est un produit et un complément du formalisme⁹. »

Les contrats sont néanmoins demeurés, en principe, formalistes tout au cours de l'Antiquité et du Moyen Âge. À la suite des invasions barbares, le contrat a été, en effet, soumis aux usages germaniques qui ont peu à peu subi l'influence du droit romain, ces deux sources du droit donnant nais-

6. En effet, ces remarques ne nous renseignent guère sur le rôle des exigences nécessaires à la formation d'un contrat *re* ou des formules employées dans la *stipulatio*.

7. Voir R. VON IHERING, *op. cit.*, note 5, p. 189-190.

8. Y. JEANCLOS, *loc. cit.*, note 3, p. 350 ; voir aussi à la page 336 : « En dehors des parties, des personnes extérieures à la convention participent à sa fondation et en assurent la validité : ce sont les témoins et les intermédiaires [...] Leur mission consiste à contribuer au bien-fondé du contrat pour les parties elles-mêmes mais aussi pour les tiers : ils offrent ainsi la visibilité de la convention. »

9. R. VON IHERING, *op. cit.*, note 5, p. 181. Au sujet des contrats consensuels de droit romain, voir H. JONES, « ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ et consensualisme dans le droit romain des contrats », dans *Mélanges offerts à Raymond VanderElst*, t. 1, Bruxelles, Éditions Nemesis, 1986, p. 397.

sance, à l'époque franque, au contrat solennel et au contrat réel¹⁰. Comme à Rome, le contrat obligeait parce que les formalités avaient été accomplies et non pas uniquement parce que les parties l'avaient voulu¹¹. L'époque féodale ne marque pas de rupture à cet égard : le formalisme domine toujours¹².

1.2 La victoire de principe de la volonté

Tout au cours du Moyen Âge, les théologiens et canonistes sont demeurés fidèles aux solutions romaines. Ils ont pourtant indéniablement influencé la transformation de la conception du contrat en articulant des idées qui ont contribué à la reconnaissance du consensualisme, mais ils ne leur donnaient pas de portée en droit positif, leurs prescriptions étant d'ordre moral. C'est à l'École du droit naturel moderne, particulièrement à Grotius, qu'est attribué le passage du formalisme au consensualisme. Malgré l'importance des travaux de Grotius, ce n'est pas celui-ci mais plutôt Domat qui a affirmé le principe du consensualisme en droit civil.

Bien avant que soit admis le principe voulant que le simple accord de volontés est obligatoire en droit, les canonistes avaient donné une importance particulière au respect de la parole donnée, à l'obligation d'honorer ses engagements¹³. Leur position était fondée sur leur conception du

10. Le contrat solennel a épousé plusieurs formes, dont le geste (la paumée, le baiser), le rite (le denier à Dieu) et le serment. Voir, à ce sujet, J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1992, n^{os} 139 à 141, p. 151-155 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1 : « Les obligations », Paris, Thémis, 1961, n^{os} 50 à 62, p. 63-77 ; et É. DURKHEIM, *op. cit.*, note 1.

11. De même, les vices du consentement sont inconnus, et les comportements sanctionnés, comme la violence, le sont non pas en tant que tels mais comme délits.

12. Voir J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 10, n^{os} 142 à 144, p. 155-160 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 10, n^{os} 63 à 87, p. 78-110.

13. Voir les textes mentionnés par F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, Sirey, 1928, p. 2-13. Déjà, Saint Thomas, estimait qu'il s'agissait là d'une obligation morale découlant du droit naturel. Le fondement de ce principe de droit naturel est bien, pour celui-ci, le respect de la vérité, de la parole donnée, sans lequel « [n]ulle vie sociale ne serait possible » : SAINT-THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique, La religion*, t. 2, Paris, Les Éditions du Cerf, 1953, quest. 88, p. 23, et notes explicatives relatives à la question 88, art. 3, p. 377. Si les promesses ne sont pas obligatoires, d'un point de vue légal, c'est parce que, selon Saint Thomas, le droit tient compte « de la mobilité de la volonté humaine » : *Somme théologique* (quest. 88, art. 3, p. 21). Dans cette perspective, le non-respect de la parole donnée a néanmoins été considéré comme un délit de droit canonique : voir F. SPIES, *op. cit.*, note 13, p. 25-33.

mensonge qui, pour eux, était un péché¹⁴. La violation des promesses étant assimilée au mensonge, on est passé de la prohibition du mensonge au respect de la parole donnée¹⁵. Ce n'est toutefois qu'à la fin du XII^e siècle qu'Huguccio et Bernard de Pavie ont commencé à ériger le principe du respect de la parole donnée en une règle de droit : ils ne sont toutefois pas allés jusqu'à dire qu'une action pouvait être accordée pour sanctionner une convention sans forme¹⁶. Leur tâche sera complétée en 1212 par Johnnes Teutonicus qui a été le premier à considérer qu'une action de droit canonique pouvait sanctionner un simple accord de volontés¹⁷.

À cet égard, il ne faudrait pas sous-estimer le besoin de protection ressenti par les contractants. L'idée d'être lié par le simple fait de donner sa parole était perçue comme une chose dangereuse. Le brocard de Loysel, « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles », si souvent cité lorsqu'il est question de consensualisme, ne rapporte, en effet, qu'une partie du proverbe dont il est inspiré : « Comme les bœufs par les cornes on lie, Aussi les gens par leurs mots font folie¹⁸. » La seconde partie du brocard s'éclaire un peu plus lorsqu'il est lié à un autre vieux proverbe

14. Le Deutéronome (23, 24) ne prescrit-il pas que « [c]e qui une fois est sorti de tes lèvres tu l'observeras, et tu feras comme si tu l'as promis au Seigneur ton Dieu et selon ce que, de ton plein gré, tu as déclaré de ta bouche » ?

15. Voir J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933, p. 10 ; voir aussi F. SPIES, *op. cit.*, note 13, p. 5.

16. Voir F. SPIES, *op. cit.*, note 13, et J. ROUSSIER, *op. cit.*, note 15.

17. Selon F. Spies, *op. cit.*, note 13, p. 41, la reconnaissance du caractère obligatoire, autrement que sur le plan moral, de l'accord de volontés s'explique « par le désir de mettre le droit canonique autant que possible en accord avec la justice qui est une partie de la morale ». Par ailleurs, on a retenu du droit canonique l'équité tempérant les rigueurs du droit, le devoir (non juridique) de respecter ses promesses, la cause conçue comme la raison expliquant le contrat qui suppose que « l'accomplissement de cette volonté n'aboutisse pas à une chose déraisonnable » : P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 10, n° 74, p. 89.

18. A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, Durand librairie, 1846, n° 357, p. 359. Dans ce brocard, l'idée d'être lié par la parole était d'abord une référence au formalisme romain, à la stipulation : voir l'étude détaillée de G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, « *Verba ligant homines, taurorum cornua funes* », dans *Études d'histoire du droit privé offertes à P. Petot*, Paris, LGDJ — Montchrestien — Dalloz — Sirey, 1959, p. 507. Avec Loysel, son sens est complètement transformé, au point où il ne renvoie désormais plus au formalisme de la stipulation romaine mais, bien au contraire, au consensualisme : voir H. ROLAND et L. BOYER, « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles », dans *Adages du droit français*, 3^e éd., Paris, Litec, 1992, n° 283, p. 603. Comme s'il voulait confirmer le sens qu'il entend donner au brocard, Loysel ajoute au proverbe qu'il rapporte le texte suivant : « et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain ».

français (du XII^e au XV^e siècle) : « Bien fou qui s'oublie ; encore plus qui se lie¹⁹. » Ce proverbe illustre la réprobation générale de l'engagement contractuel sans forme que soulevèrent les idées des canonistes destinées à fonder la sanction du non-respect de la parole donnée. La condamnation populaire de l'engagement contractuel sans forme s'explique en partie par une certaine prudence, mais « [s]i l'on accorde un si maigre crédit à la promesse, si en revanche on redoute tant l'obligation qui en résulte, n'est-ce pas en raison d'une défaillance du droit qui sanctionne l'une aussi mal qu'il construit l'autre²⁰ » ? Il faudra attendre l'articulation de la notion de cause, à la fin du XVI^e et au XVII^e siècle, pour que le consensualisme entre dans les mœurs²¹.

Les œuvres de Grotius ont marqué un moment important de la transformation de la conception du contrat puisqu'elles présentent des idées qui ont indéniablement contribué à l'affirmation du consensualisme. Selon qu'il aborde le contrat en droit naturel ou en droit positif, Grotius en présente des conceptions différentes, l'une consensualiste, l'autre formaliste. Conformément au droit naturel, le contrat peut être décrit comme un acte volontaire par lequel une personne promet quelque chose à une autre personne, dans l'intention que celle-ci l'accepte et qu'elle puisse exiger l'exécution de la promesse²². Cette idée n'est pas véritablement novatrice, elle

19. N. CATHERINOT, « Axiomes du droit français », (1883) *Rev. hist. de droit* 58, cité par G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, *loc. cit.*, note 18, p. 511.

20. G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, *loc. cit.*, note 18, p. 511.

21. Il faut toutefois noter que les solutions qui existaient en matière commerciale étaient bien différentes. Entre la fin du XI^e siècle et le début du XIII^e siècle, l'Europe a vu naître la *lex mercatoria* qui, dans sa forme la plus achevée, a constitué un véritable système de droit commercial fondé sur les enseignements du droit savant et surtout sur des principes inspirés de l'équité. Dès le XI^e siècle, la codification des règles et la conservation des décisions des tribunaux des marchands ont permis à la *lex mercatoria* de connaître un essor considérable, jusqu'à devenir un système de droit distinct du droit canon ou des coutumes locales. La *lex mercatoria* se caractérisait par des innovations fondées sur la bonne foi et sur la personnalité morale ayant donné naissance à plusieurs instruments destinés à faciliter le crédit et à la reconnaissance de nouvelles formes d'associations commerciales. La *lex mercatoria* se distinguait par l'élaboration de règles simples pour la formation des contrats, allant jusqu'à faire du consensualisme le principe de leur formation. Parmi les autres innovations, notons la distinction des meubles et des immeubles, la primauté des droits de l'acquéreur de bonne foi sur ceux du propriétaire, le transfert abstrait de la propriété par la remise de documents et la création des marques de commerce et de brevets.

22. Voir H. GROTIUS, *The Jurisprudence of Holland*, Oxford, Clarendon Press, 1953, t. 1, n° 10, p. 295. C'est la même conception du contrat que cet auteur développe dans H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, 1724 [réimprimé en 1984 par les Publications de l'Université de Caen — Centre de philosophie politique et juridique].

se situe dans le courant de la pensée des canonistes : pour ces derniers comme pour Grotius, le respect des promesses n'est pas une obligation de droit civil. Toutefois, le fondement de l'affirmation de l'obligation diffère, les canonistes se référant à l'ordre divin et au péché que constitue le mensonge, alors que Grotius estime que cette obligation découle du droit naturel, du pouvoir de se lier par un acte de la volonté : « puis qu'on reconnaît que les Loix [...] peuvent, par leur autorité, rendre les simples Conventions véritablement obligatoires ; on ne saurait alléguer aucune raison, pourquoi la volonté d'une personne, qui est absolument déterminée à s'engager et qui en donne toutes les marques possibles, n'aurait pas cette vertu ; sur tout lors que les Loix Civiles n'y mettent aucun obstacle²³ ». Grotius précise que le devoir de tenir ses promesses repose sur une communauté de raison entre les hommes et que le droit naturel « doit écarter ce qui tire son origine de la volonté arbitraire des hommes²⁴ ».

Avec l'École du droit naturel moderne, c'est une conception de la volonté caractérisée par son autonomie qui émerge : « [La] valeur morale ou sociale des fins poursuivies disparaît : il suffit que la volonté s'affirme pour que, sous la seule réserve de ne pas empiéter sur la volonté d'autrui, elle ait le pouvoir juridique de réaliser ce qu'elle veut²⁵. » Par la suite, Domat puis Pothier traduisent en termes juridiques ces idées philosophiques et morales et élaborent une théorie générale des obligations et des contrats²⁶. La description que fait Domat du contrat est d'ailleurs très proche de celle de Grotius : « [L']usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile, et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différens [*sic*] commerce des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent²⁷. »

Contrairement à Grotius, qui présentait une conception du contrat propre au droit naturel, le contrat s'ordonne conformément aux prescriptions du droit naturel chez Domat : « [C]'est cette lumière de la raison qui, faisant sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de

23. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, note 22, t. 1, livre II, chap. XI, p. 399.

24. Voir G. AUGÉ, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », (1968) XII *A.P.D.* 99, p. 109, où il cite le Discours préliminaire (XXXI) de Grotius.

25. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 10, p. 114.

26. Voir J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », (1990) 12 *Droits* 37, p. 38.

27. J. DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », dans J. RÉMY (dir.), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, p. 121.

l'équité, leur tient lieu de loi qui est restée dans tous les esprits [...] ; ainsi, tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles, qu'il ne faut faire de tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses²⁸. » Domat inaugure véritablement la reconnaissance du pouvoir de la volonté, en consacrant le consensualisme en matière contractuelle. La même idée est exprimée, quoique en des termes fort différents, dans *Les lois civiles* : « les conventions sont des engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent²⁹ ». Dans un passage portant sur la forme des conventions, on constate encore une fois l'importance du consentement : « [*Le*] *consentement qui fait la convention se donne, ou sans écrit, ou par écrit*³⁰. »

Bien avant la reconnaissance de sa portée en droit civil, l'idée du respect de la parole donnée a marqué, dès le Moyen Âge, l'évolution du droit des contrats. Entre le XII^e et le XVI^e siècle, même si le contrat demeurait formaliste, la forme requise était devenue de moins en moins lourde — il s'agissait généralement du serment —, et elle a commencé à devenir abstraite. Entre l'exigence du serment, donc de l'accomplissement d'une formalité, et le pouvoir reconnu au seul consentement, la différence est, en pratique, bien mince. Cependant, il faut reconnaître que l'assouplissement des formalités pour des motifs d'efficacité et de simplicité est plus facile à réaliser que la transformation de la conception même du contrat. L'évolution du contrat procède, au Moyen Âge comme dans l'Antiquité, d'une remise en question du formalisme. L'importance respective des considérations pragmatiques et morales expliquant le recul du formalisme n'est pas la même en droit romain et sous l'Ancien droit. Les transformations du droit romain reposent en grande partie sur des bases pragmatiques liées aux besoins du commerce, alors que la reconnaissance du consensualisme dans l'Ancien droit s'explique surtout par l'influence du christianisme.

À la fin de l'Ancien Régime, sous les influences conjuguées du droit canonique, du droit naturel moderne ainsi que des œuvres de Domat et Pothier, le droit civil adopte le principe du consensualisme et, conséquemment, une vision abstraite du contrat. La reconnaissance du consensualisme n'a pas seulement entraîné une transformation du mode de formation du contrat, elle a eu une influence déterminante sur la conception du

28. J. DOMAT, « Traité des lois », dans J. RÉMY (dir.), *op. cit.*, note 27, chap. IX, n° 5, p. 26-27.

29. J. DOMAT, *loc. cit.*, note 27, p. 121.

30. *Id.*, p. 126 (l'italique est de nous).

contrat. Dans un système formaliste, on ne conçoit pas le contrat de façon abstraite, on ne connaît pas « le contrat » mais la vente, le louage, le prêt, etc., alors que, avec le principe du respect de la parole donnée, le contrat peut être défini comme un accord de volontés sans qu'il soit nécessaire de faire référence aux obligations auxquelles il donne naissance. Le consentement prend alors une importance particulière : le respect de la parole donnée suppose de s'assurer qu'elle a été véritablement donnée. L'articulation des conditions de validité du contrat et l'imposition de l'écrit aux fins de preuve procèdent de cette exigence. Elles permettent avant tout de protéger les contractants mais également, du point de vue social, de faire respecter l'ordre public : seul celui qui a véritablement consenti est lié et seulement si son obligation est fondée sur une cause légale.

La fin du XIX^e siècle marque un autre tournant important puisqu'à partir de ce moment le consensualisme n'est plus uniquement lié au mode de formation du contrat, la doctrine en faisant l'un des aspects fondamentaux de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette théorie pose la volonté comme élément fondateur de l'obligation contractuelle, l'autonomie de la volonté se manifestant dans la liberté accordée aux contractants aussi bien quant à la forme du contrat que quant à son contenu. L'essentiel de l'enseignement du droit canonique au sujet du consensualisme montre pourtant la distinction qu'il est essentiel de faire entre celui-ci et la théorie de l'autonomie de la volonté, à laquelle il est trop souvent assimilé. À cet égard, l'idée du libre arbitre permettant à une personne de conclure un contrat ne doit pas être confondue avec le fondement de la force obligatoire de ce contrat³¹.

De la lutte du consensualisme contre le formalisme, le premier sort indéniablement gagnant. Le *Code civil du Québec* prévoit, en effet, explicitement ceci : « [Le] contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation³². » La formation du contrat étant dorénavant en principe consensuelle, le formalisme fait, dès lors, figure d'exception. La formation de certains contrats, certes peu nombreux, demeure néanmoins soumise à des exigences formelles³³. Lorsque la formation de l'acte est soumise à

31. Comme le précise J. Roussier, *op. cit.*, note 15, p. 8 : « de ce que le droit canon consacre le libre arbitre et rattache l'engagement à la volonté, on n'est pas autorisé à conclure que la volonté suffit à expliquer l'obligation : l'acte de volonté n'est que l'occasion qui va permettre à une règle supérieure de saisir le débiteur ».

32. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1385.

33. Tel est, notamment, le cas du contrat de mariage (C.c.Q., art. 440), de la donation (C.c.Q., art. 1824), du mandat donné en prévision de l'incapacité (C.c.Q., art. 2166), du dépôt

l'accomplissement de formalités, celles-ci sont évidemment impératives. Cette conclusion semble aller de soi, mais l'influence du consensualisme est telle que le législateur s'est senti obligé de préciser que, lorsqu'il soumet la formation d'un contrat à l'accomplissement d'une formalité, celle-ci doit être respectée³⁴. La victoire du consensualisme n'est toutefois qu'une victoire de principe puisque l'affirmation selon laquelle un simple échange de consentements suffit à faire naître le contrat ne rend compte que d'une partie du droit positif³⁵.

2 Au-delà de l'affirmation du consensualisme

Une chose est certaine : sans un accord de volontés, il ne peut y avoir de contrat. Le respect de la volonté semble être l'une des plus grandes préoccupations du droit. Les moyens pour y arriver varient, mais cette idée est l'un des fondements du consensualisme comme du formalisme. Bien que le formalisme et le consensualisme soient deux modes distincts de formation des contrats, il ne faudrait pas sous-estimer le rôle que jouent certaines formalités quant à l'efficacité du contrat consensuel : en cela, elles sont peut-être des compléments essentiels du consensualisme. Si, en effet,

(C.c.Q., art. 2281), du prêt (C.c.Q., art. 2313 et 2314), de l'hypothèque (C.c.Q., art. 2693, 2702), de même que de certains contrats-types imposés par le législateur (voir, par exemple, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 486, et la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., c. S-32.1, art. 24). À cette liste, pourraient s'ajouter les contrats visés par l'article 23 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après citée : « L.p.c. »), puisqu'il s'agit de contrats pour lesquels la loi exige un écrit. Ces contrats ne sont toutefois pas de véritables contrats formalistes, car la sanction du non-respect des exigences de forme n'est pas nécessairement la nullité. L'article 271 L.p.c. prévoit en effet que, si le consommateur n'a subi aucun préjudice, le contrat ne sera pas annulé. Le respect des formalités prescrites n'est donc pas essentiel à la formation du contrat, mais il en assure l'efficacité. C'est pourquoi nous abordons ce sujet dans la seconde partie de notre texte. Par ailleurs, sans soumettre la formation d'un contrat à une forme déterminée, le législateur prévoit parfois que la manifestation de volonté doit être expresse. Par exemple, la solidarité (C.c.Q., art. 1525, 1541), le mandat accordant des pouvoirs excédant la simple administration (C.c.Q., art. 2135), le cautionnement (C.c.Q., art. 2335) et la transaction portant sur un titre nul (C.c.Q., art. 2635) doivent être exprès. Dans le même esprit, le Code précise que la novation (C.c.Q., art. 1661) ne se présume pas. On ne peut pas dans ces situations qualifier le contrat de formaliste, mais il n'en demeure pas moins que la liberté des parties quant à la forme de leur entente se trouve limitée puisque le consentement devra être exprimé de façon écrite ou verbale, l'expression tacite étant exclue.

34. Voir l'article 1414 C.c.Q. qui se lit comme suit : « Lorsqu'une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée. »

35. C.c.Q., art. 1385.

la question de la formation des contrats peut être résolue par l'adoption du formalisme, du consensualisme ou de principes combinant ces deux solutions, l'histoire nous enseigne toutefois que le règne absolu du consensualisme ne s'est jamais réalisé. Comme le notait Ihering, «le droit ne souffre point l'absence complète de formes, tandis qu'il peut vivre sous le règne exclusif du formalisme ; il supporte même plus facilement l'extrême rigueur que le manque absolu de la forme³⁶».

Il ne s'agit pas ici d'analyser le formalisme au sens strict où les formalités doivent impérativement être respectées pour qu'un contrat prenne naissance, mais plutôt le formalisme entendu au sens large en ce qu'il englobe toutes les formalisations de la volonté destinées à assurer l'efficacité des contrats consensuels. Ce formalisme — qui se traduit généralement par l'utilisation d'un écrit — ne procède pas seulement des prescriptions du droit objectif (2.1) : la place qu'il occupe dans le droit est beaucoup plus grande, les parties y ayant fréquemment recours (2.2). La doctrine ne fait que peu de place à ce formalisme, car son caractère volontaire semble exclure l'idée même qu'elle se fait du formalisme. Le rôle qu'il joue n'en est pas moins important, et ses manifestations illustrent bien les avantages que le formalisme offre tant au législateur qu'aux parties. Parmi les avantages dorénavant reconnus à ces formalités, on trouve aussi bien ceux qui sont attribués traditionnellement aux formalités essentielles à la formation du contrat, comme son caractère protecteur de la partie faible ou la sécurité juridique qu'il assure, que ceux qui sont supposés être l'apanage du consensualisme, comme la simplicité ou la rapidité³⁷.

2.1 Le formalisme au secours du consensualisme : l'état du droit positif

L'adoption du consensualisme comme principe, et donc le rejet apparent du formalisme, a fait apparaître les limites du premier. Malgré la place prédominante du consensualisme, le formalisme continue de jouer un rôle important : le législateur impose, en effet, depuis fort longtemps certaines formalités qui ne sont pas essentielles à la formation du contrat, mais qui sont destinées à assurer son efficacité. Par ailleurs, le consensualisme conjugué à la reconnaissance d'une liberté contractuelle quasi absolue a entraîné des excès qui ont amené à leur tour le législateur à intervenir. À

36. R. VON IHERING, *op. cit.*, note 5, p. 170.

37. Voir, entre autres, J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 93, à la page 98. La simplicité caractérisant tout autant le formalisme (par exemple : la paumée ou la stipulation romaine) que le consensualisme, elle ne devrait donc pas être considérée comme une caractéristique de l'une ou l'autre de ces notions.

travers ces interventions législatives, apparaît une multiplication des dispositions législatives d'ordre public réglementant à la fois la forme et le contenu du contrat. La résurgence du formalisme n'est pas fortuite ; elle est largement liée au rôle protecteur qu'on lui prête généralement.

Sans être essentielles à la formation de l'acte juridique, les formalités prescrites par le législateur ont une importance considérable, car, lorsqu'elles sont respectées, elles en facilitent la preuve, le rendent opposable aux tiers ou protègent l'une des parties en l'informant. Il n'est pas question alors de formalisme au sens strict puisque le contrat demeure consensuel. La conception sous-jacente à toutes ces prescriptions de forme démontre que le formalisme est très souvent utilisé comme outil en vue d'assurer l'efficacité du consensualisme.

Le formalisme rituel et public dont étaient empreints les transferts de droits réels a, alors qu'on a reconnu à la volonté le pouvoir d'opérer à elle seule ces transferts, cédé la place à un formalisme, essentiellement écrit, jouant un rôle complémentaire par rapport à celui de la volonté³⁸. Les formalités destinées à assurer la publicité ont pour objet de faire connaître aux tiers l'existence d'un acte juridique et de le leur rendre opposable³⁹. Or si les parties sont en mesure de prouver que les tiers ont été avisés, le but est atteint et l'acte pourrait leur être opposable. La loi prévoit pourtant que le non-respect des prescriptions relatives à la publicité ne peut pas être mis de côté par la preuve de la connaissance des tiers ou du fait qu'un avis de l'existence du droit leur a été donné⁴⁰. Les parties ne peuvent donc pas assurer par des moyens qu'elles jugeraient appropriés la publicité de leur contrat, elles doivent le publiciser conformément à la loi puisque, faute d'inscription, un tiers qui a une connaissance personnelle du contrat peut tout de même agir comme si celui-ci n'existait pas⁴¹. La publicité contredit donc le principe du consensualisme dans une certaine mesure, car, lorsqu'elle est requise, les parties doivent impérativement s'y conformer, aucun autre moyen ne s'offrant à elles pour conférer à leur acte l'opposabilité aux

38. Voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 199-215.

39. C.c.Q., art. 2941.

40. C.c.Q., art. 2963. Toutefois, selon le professeur Charron, « la fraude prouvée l'emporte [toujours] sur les règles de publicité » : C. CHARRON, « De la publicité des droits », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, PUL, 1993, 589, n° 26, p. 600 ; voir, dans le même sens, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 439.

41. Inversement, les tiers sont présumés connaître les droits ayant fait l'objet de la publicité, même si, dans les faits, tel n'est pas nécessairement le cas.

tiers⁴². Ce formalisme très strict s'explique, encore une fois, par des considérations liées à la sécurité juridique et au risque de multiplication des procès⁴³.

Dans la foulée du mouvement ayant mené à l'avènement du consensualisme, l'écrit formalisant la volonté a été imposé à des fins probatoires⁴⁴. Le renversement de l'adage « témoins passent lettres » au profit de l'adage « lettres passent témoins » peut, de prime abord, sembler contradictoire. Nous pouvons toutefois soutenir que le consensualisme n'est pas remis en question de la même façon par les règles de preuve qu'il l'est par celles qui sont relatives à la publicité. En matière de preuve, le rôle du formalisme est plus limité, l'ignorance des prescriptions légales n'ayant pas une aussi grande portée. L'absence de preuve préconstituée, d'un écrit, n'est pas fatale⁴⁵. D'autres moyens de preuve, dont l'efficacité est toutefois réduite, sont admis : le contrat peut être prouvé par un aveu et surtout par un commencement de preuve par écrit. Ce moyen est loin d'être utopique, d'autant plus que la conception que s'en fait la jurisprudence est suffisamment large pour que la preuve soit possible dans un nombre important de situations⁴⁶. Ce formalisme a néanmoins une incidence indéniable en pratique, car le respect de ses exigences a un effet sécurisant. Les parties concrétisent donc généralement leur entente par écrit afin d'éliminer le risque de ne pas pouvoir prouver leurs droits, ce qui équivaldrait en fait à ne pas avoir de droits⁴⁷.

En matière contractuelle, la fin du xx^e siècle a été marquée par une résurgence du formalisme. Il s'agit, en fait, d'une utilisation nouvelle des formalités qui sont dorénavant destinées à assurer la protection de l'une des parties en l'informant de ses droits et obligations. Ainsi, la loi prévoit parfois de façon implicite que le contrat devra revêtir la forme écrite en

42. L'article 2934 C.c.Q. précise que les effets de la publicité ne peuvent être produits que par l'inscription des droits ou, si la loi le permet, par un autre mode qu'elle prévoit expressément. La loi dispose parfois de mécanismes particuliers pour assurer l'opposabilité des droits, comme c'est le cas, par exemple, pour la cession de créances : C.c.Q., art. 1641.

43. Voir à ce sujet les exemples mentionnés par P. MOENEOLAEY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial*, Paris, LGDJ, 1914, p. 100-102.

44. *Ordonnance de Moulins sur la réformation de la justice*, 1566.

45. C.c.Q., art. 2862.

46. Voir : L. DUCHARME, « Le contrat et les règles de preuve », (1985) 15 *R.D.U.S.* 693 ; et L. DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 40, 443, aux pages 518-524.

47. Voir B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Regards sur les notions de formalisme et de consensualisme », *Répertoire du notariat DeFrénois*, t. 8, 1998, art. 36784, p. 497, à la page 503.

établissant que certaines mentions doivent y apparaître⁴⁸ : « [C]e formalisme informatif assure ainsi l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information d'une des parties à l'égard de l'autre, par le contenu obligatoire de l'acte⁴⁹. » Le législateur ne se contente d'ailleurs pas toujours d'imposer des conditions formelles, comme l'écrit ou les mentions obligatoires. Il va au-delà du rôle traditionnellement joué par le formalisme en réglementant à la fois le fond et la forme du contrat⁵⁰. Le formalisme, lorsqu'il sert à informer l'un des contractants, n'est pas nécessairement sanctionné par l'inexistence de l'acte ni par l'impossibilité d'en faire la preuve ou de l'opposer aux tiers. Ainsi, l'article 1895 C.c.Q. précise que le locataire ne peut « demander la résiliation du bail si le locateur fait défaut de lui remettre l'exemplaire du bail ou de l'écrit prescrit ». Le locataire peut toutefois forcer le locateur à exécuter ses obligations et dispose d'un délai plus long pour contester le loyer si le locateur n'a pas respecté son obligation d'information⁵¹. Dans le même esprit, la *Loi sur la protection du consommateur* pose bien sûr le principe selon lequel le consommateur peut demander la nullité du contrat ne respectant pas l'une des exigences de forme qu'elle prévoit, mais elle précise ensuite que le commerçant peut démontrer que le consommateur n'a subi aucun préjudice et ainsi faire rejeter la demande en nullité⁵². La législation consumériste confie aux tribunaux la mission de découvrir si le défaut de forme a eu une influence sur le fond du contrat. L'application de l'article 271 de la *Loi sur la protection du consommateur* dépend de la qualification de l'exigence imposée par la loi. Dans la mesure où l'exigence n'est pas formelle, cet article ne s'applique pas. Or, les tribunaux, adoptant une position prudente guidée par les objectifs ayant inspiré le législateur, ont, par exemple, qualifié d'exigence de fond l'apposition de l'étiquette d'information sur les motocyclettes et les automobiles d'occasion, l'évaluation écrite du coût de réparation d'une motocyclette ou d'une automobile⁵³.

L'utilisation du formalisme, dans ce contexte, ajoute à la volonté : elle la protège, lui assure une effectivité. Devant la quasi-certitude de l'intégrité

48. Voir, à titre d'exemple, L.p.c., art. 155 et 156 ; C.c.Q., art. 1895 et 1896.

49. B. NUYTTEN et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 47, p. 506.

50. Un auteur considère que l'action du législateur entraîne une véritable normalisation du contrat : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, LGDJ, 1994, p. 64-71.

51. Voir les articles 1863 et 1950 C.c.Q. et, plus généralement, P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 104-107.

52. L.p.c., art. 271.

53. Voir L. PERRET, « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1985) 15 *R.D.U.S.* 251, p. 279.

du consentement, le législateur de même que la jurisprudence tendent à donner effet à la volonté malgré le non-respect des formalités⁵⁴, alors que, traditionnellement, « il importait peu que la volonté réelle correspondît à la volonté déclarée par l'accomplissement du rite imposé⁵⁵ ». Il faut donc aller plus loin que la simple reconnaissance de l'influence du fond sur la forme puisque le fond est le véritable fondement de la forme⁵⁶. La règle de forme doit donc être « façonnée »⁵⁷ par la règle de fond, « modelée »⁵⁸ sur sa finalité. La sanction du non-respect de la formalité repose alors sur la finalité de l'imposition de la formalité et non pas seulement sur le fait qu'elle n'a pas été respectée ; c'est parce que le but visé par l'imposition de la forme n'a pu être par ailleurs atteint que la sanction s'impose. L'atténuation des conséquences du non-respect des exigences de forme est basée sur une analyse de la fonction de la forme : s'il est possible de conclure que l'accomplissement des formalités n'aurait pas eu d'effet sur le fond de l'acte, la tentation est grande de reconnaître la validité de l'acte⁵⁹. Le parti pris pour le fond au détriment de la forme ne remet pas véritablement en cause le formalisme puisque « [p]ar la forme le législateur entend faire régner la bonne foi dans la généralité des contrats. Par la négation de cette forme, le juge veut la faire régner dans un contrat particulier⁶⁰. »

2.2 La formalisation de la volonté par la pratique contractuelle

Le principe du consensualisme « n'est que la partie visible d'un iceberg, que forme, réforme et déforme la pratique⁶¹ ». Les parties transpo-

54. Voir, par exemple, L.p.c., art. 271. Cette idée explique peut-être aussi l'adoption d'une conception large du commencement de preuve par écrit et le principe de l'article 714 C.c.Q. À ce sujet, voir : N. KASIRER, « The « Judicial Will » Architecturally Considered », (1996-97) 99 *R. du N.* 3 ; et N. KASIRER, « From Written Record to Memory in the Law of Wills », (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.* 39.

55. B. NUYTTEN et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 47, p. 501.

56. Dans le même sens, voir M.S. ZAKI, « Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre », (1986) 4 *R.I.D.C.*, 1043, à la page 1053 : « Il n'y a pas de forme qui s'impose pour la forme. Aucune forme n'a de valeur en soi [...] La règle de forme se rattache nécessairement à une règle de fond [...] Elle est au service du but poursuivi par la norme principale. »

57. V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse, Paris, Université de Paris I, 1974, p. 73.

58. *Id.*, p. 85.

59. Le non-respect des formalités peut par ailleurs faire l'objet d'une sanction autre que l'annulation de l'acte juridique.

60. J. FLOUR, *loc. cit.*, note 37, p. 113.

61. P. TERCIER, « Droit civil — Rapport général », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (journées suisses)*, t. XXXIV, Paris, Économica, 1985, p. 21, à la page 25.

sent fréquemment par écrit des contrats pour lesquels la loi ne l'exige pas. Ce faisant, elles peuvent avoir pour but de soumettre la formation de leur contrat à la confection de l'acte ou, plus simplement, de se préconstituer une preuve. On peut, dans ces deux situations, parler d'un formalisme volontaire. Par ailleurs, les contractants ont parfois la conviction que les formalités qu'ils accomplissent sont obligatoires : on peut alors parler d'un formalisme non pas volontaire mais imaginaire⁶². Dans cette hypothèse, le comportement des parties ne s'explique pas par un désir de formaliser leur volonté pour en assurer l'efficacité, mais bien par le sentiment que la loi impose l'accomplissement de certaines formalités : elles considèrent l'écrit comme essentiel à la formation du rapport contractuel⁶³ : « [L']écrit, pour bien des gens, est l'institution qui crée l'obligation ; ce qui implique l'exercice de l'activité juridique dans le cadre et la forme déterminés par la collectivité ; l'indice de l'adhésion aux règles collectives est marqué par ce signe, condition à la fois de validité et d'efficacité⁶⁴. » Comme le souligne un auteur, « [o]n constate, en pratique, qu'au moins pour les engagements importants, [le contractant] n'a le sentiment d'être véritablement obligé que lorsqu'il a manifesté un signe fort⁶⁵ ». Le recours à la forme sert alors, dans l'esprit des parties, à établir le lien de droit ; il remplit une fonction symbolique qui était traditionnellement celle du formalisme légal.

Le formalisme de la pratique, ou formalisme volontaire, prend sa source dans la délégation indirecte de la loi qui, en reconnaissant la liberté contractuelle, consacre la liberté des parties de créer leur loi. Les formalités légales sont, toutefois, les seules qui soient véritablement obligatoires, les formalités volontaires — aussi importantes soient-elles — étant nécessairement surabondantes, superflues. C'est donc dire que le droit reconnaît le contrat dès qu'il est conforme à ses prescriptions, à moins, évidemment, que les parties n'aient donné à la forme qu'elles se sont imposée un caractère obligatoire⁶⁶. La qualification des actes soumis à un formalisme d'origine volontaire dépend de la perspective adoptée. Certains auteurs estiment

62. L'expression « formalisme imaginaire » est de A. PIÉDELIEVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, thèse, Paris, Université de Paris, 1959, p. 111-115.

63. Un bon nombre de contractants ont en effet l'impression que l'écrit a une portée juridique et que les paroles n'en ont pas ; voir P. EWICK et S.S. SILBEY, *The Common Place of Law, Stories from Everyday Life*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 99 et suiv.

64. A. PIÉDELIEVRE, *op. cit.*, note 62, p. 109.

65. B. NUYTTEN et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 47, p. 508.

66. Voir l'article 1385 C.c.Q. À ce sujet, voir, entre autres, J. GATSI, *Le contrat-cadre*, Paris, LGDJ, 1996, p. 36-42.

que ces actes, étant l'expression de la liberté contractuelle, relèvent plus du consensualisme que du formalisme⁶⁷, et même qu'ils sont une manifestation du consensualisme⁶⁸. Ce à quoi certains objectent que, si la formation d'un acte juridique dépend de l'accomplissement de formalités rendues impératives par les parties, il s'agit bien d'un acte formaliste. Selon cette doctrine, c'est le caractère impératif de l'obligation d'accomplir une formalité qui est déterminant, la source de l'obligation important peu. Entre ces deux positions, il est possible d'imaginer une solution mitoyenne : l'entente par laquelle les parties décident que la formation de leur contrat dépendra, par exemple, de la confection d'un écrit, est certainement un contrat consensuel, tandis que leur contrat écrit qui en résulte peut fort probablement être considéré comme un contrat formaliste puisque, même si les formalités ont pour source la volonté des parties, leur accomplissement est essentiel à la formation du contrat.

Sans soumettre la formation de leur contrat au respect de certaines formalités, les contractants ont très souvent recours à un écrit afin de formaliser leur accord de volontés⁶⁹. L'écrit peut prendre la forme d'un acte notarié⁷⁰ ou d'un acte sous seing privé, comme le contrat-type ou le formulaire. Les formules employées sont plus ou moins complètes et plus ou moins uniformes ; elles peuvent être regroupées en trois catégories : 1) le contrat particulier, « sur mesure », rédigé dans le cadre précis de l'entente envisagée ; 2) les formulaires juridiques utilisés de façon plus ou moins

67. Voir B. NUYTTEN et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 47, p. 504.

68. Voir M.A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, LGDJ, 1975, p. 89.

69. Tel est particulièrement le cas des contrats complexes qui ne font pas l'objet d'une réglementation formaliste, mais qui sont difficilement réalisables sans le secours de l'écrit. C'est d'ailleurs ce que révèle l'analyse de la vaste majorité des contrats nommés. Malgré leur caractère généralement consensuel, les parties doivent, en pratique, très fréquemment avoir recours à l'écrit afin de concrétiser leur entente. Ainsi, bien que la vente soit, en principe, un contrat consensuel, plusieurs de ses formes requièrent la détermination d'un contenu obligationnel très particulier : les parties sont alors implicitement obligées de recourir à l'écrit, non pas aux fins de preuve, mais pour préciser la portée de leur entente. L'analyse de l'ensemble des contrats nommés mène à la même conclusion, c'est-à-dire qu'ils sont des contrats formalistes (par exemple, la donation, le prêt, le dépôt) ou des contrats qui sont souvent constatés par écrit malgré l'absence de formalités légales (par exemple, le crédit-bail, le louage, l'affrètement, la société).

70. Le recours à l'acte notarié présente, entre autres, des avantages liés à la sécurité juridique (conservation, date, etc.). Voir à ce sujet : F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », (1995) 39 *Revue de la jurisprudence commerciale* 42, à la page 48. Au sujet de la pratique notariale, la professeure Ouellette signale que les praticiens imposent parfois aux parties des formalités que la loi ne prévoit pas. Elle a relevé l'exemple du consentement du conjoint lors de la vente d'un immeuble non soumis aux dispositions relatives à la résidence familiale : M. OUELLETTE, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit civil », (1984) 14 *R.D.U.S.* 455, aux pages 462 et 473.

systématique⁷¹ ; et 3) les contrats-types, « standards », « préédigés », élaborés par les grandes entreprises ou par des regroupements d'entreprises qui les proposent à leurs membres⁷². En leur reconnaissant la compétence de créer leur loi, la loi permet, en principe, aux contractants de s'imposer toutes les formalités qu'ils sont susceptibles d'imaginer⁷³. Bien que ceux-ci profitent de cette liberté, ils ne font qu'exceptionnellement preuve d'originalité : « notre vie juridique se résume finalement en un certain nombre d'actes-types que caractérise la répétition [...] Appelé à multiplier les actes comparables, le juriste reproduira le plus souvent ce qui a été une fois adopté et éprouvé⁷⁴. » L'emploi de formules, voire d'actes préédigés, s'explique par leur commodité, qui s'accroît encore aujourd'hui en raison des avantages que présentent les « modèles » informatisés⁷⁵. Comme le souligne le professeur Antaki, « malgré le nombre impressionnant de contrats et de formulaires en circulation, il existe une grande ressemblance entre tous ces contrats. Ils sont tous écrits par des praticiens qui, avec compétence, accumulent les clauses favorables à leurs clients. [...] Avec le temps, il s'est créé un ensemble de clauses sur les aspects les plus fondamentaux reprises de contrat en contrat et de secteur en secteur, ces clauses se sont standardisées et constituent les pratiques acceptées dans le milieu⁷⁶. »

Ainsi, la pratique contractuelle des grandes entreprises est marquée par son caractère formel très développé qui se manifeste principalement sur le mode de l'écrit. La quantité de contrats-types qu'elles élaborent révèle une grande préoccupation, non seulement sur le plan de la sécurité contractuelle, mais surtout sur celui de la prévisibilité. Les données relatives à deux entreprises, IBM et Alcan, illustrent bien la situation⁷⁷. Ces

71. À ce sujet voir N.N. ANTAKI, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit commercial et économique interne du Québec », (1984) 14 *R.D.U.S.* 487, aux pages 494-495.

72. À cette énumération, il faudrait peut-être ajouter les conditions générales qui, n'étant pas des contrats au sens étroit, servent les mêmes fins que les contrats-types mais se présentent comme des références auxquelles les contrats renvoient. À ce sujet, voir : N.N. ANTAKI, *loc. cit.*, note 71, p. 496-497, et P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, Paris, LGDJ, 1978.

73. Le pouvoir de la volonté est encadré par la notion d'ordre public et par certaines dispositions particulières ; par exemple, l'article 715 C.c.Q. interdit de soumettre le testament à des formalités que le loi ne prévoit pas.

74. P. TERCIER, *loc. cit.*, note 61, p. 23.

75. Avec l'utilisation de l'informatique, l'écrit tend par ailleurs à se dématérialiser et le contrat, à devenir de plus en plus standardisé : voir F. LABARTHE, *op. cit.*, note 50, p. 83-86.

76. N.N. ANTAKI, *loc. cit.*, note 71, p. 494.

77. Sur la pratique contractuelle d'IBM, voir G.G. MURRAY, « A Corporate Counsel's Perspective of the Battle of the Forms », (1979-80) 4 *Can. Bus. L. J.* 290, et N.N. ANTAKI, *loc. cit.*, note 71, p. 493-494 ; sur celle d'Alcan, voir J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.

entreprises ont, toutes deux, élaboré une foule de contrats-types différents, adaptés à la plupart des ententes qu'elles concluent sur une base plus ou moins régulière. Dans ce contexte, le représentant de l'entreprise n'a qu'un rôle limité lors de la formation du contrat. Il n'en négocie évidemment pas le contenu, celui-ci étant déjà fixé par l'entreprise et ne pouvant pas être modifié : il ne lui reste donc qu'« à obtenir l'apposition de la signature du client⁷⁸ ».

Des actes de la pratique, on peut dire qu'ils sont l'expression du droit⁷⁹ : en principe, celui-ci admet le consensualisme, mais on constate qu'en pratique la place accordée à la formalisation de la volonté est considérable. Dans la mesure où tant les contrats « importants » — qui ont fait l'objet de longues négociations en raison de leur portée économique — que les contrats « usuels » — conclus par les entreprises dans le contexte de leurs affaires courantes — sont formés par écrit, ils remettent en question le principe du consensualisme. L'utilisation de l'écrit dans tous ces documents montre bien que ce mode d'expression de la volonté est en fait devenu une norme. L'impact de ce phénomène ne doit pas être sous-estimé. Au-delà de son rôle sur le plan des relations privées, la pratique contractuelle peut avoir des effets qui dépassent les contractants puisque l'utilisation généralisée et répétée d'une clause-type lui confère parfois « la valeur d'une référence à une norme implicite, à un droit informulé⁸⁰ » ; elle nourrit les recueils, les codifications d'usages et les codes de conduite⁸¹.

Conclusion

Au sens strict, il ne fait pas de doute que le formalisme s'oppose au consensualisme, mais cette opposition masque l'importance du formalisme. Le droit positif prévoit certes clairement que, en dehors de quelques exceptions, le contrat se forme par le seul échange des consentements. Le rôle du formalisme ne se limite toutefois pas seulement à la formation du contrat puisque l'efficacité des contrats consensuels dépend souvent du

78. B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », dans *Problèmes d'actualité posés par les entreprises — Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3, à la page 8.

79. Nous faisons ici référence au titre de l'article de J.-P. LÉVY, « Les actes de la pratique, expression du droit », (1988) 66 *R.H.D.F.É.* 151.

80. J. HILAIRE, « Actes de la pratique et expression du droit du XVI^e siècle à la codification », (1988) 7 *Droits* 135, p. 137.

81. Voir B. GOLDMAN, « Droit commercial et économique interne et international — Rapport général », dans *TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT*, *op. cit.*, note 61, p. 164, à la page 169.

respect des formalités prescrites par le législateur ou de celles que s'imposent les contractants. Or, lorsque l'efficacité d'un contrat est subordonnée au respect de formalités, l'accomplissement de celles-ci est essentiel pour les contractants. Il leur importe peu que le leur contrat soit qualifié de contrat consensuel ou de contrat formaliste : les contractants se soumettent aux formalités, car ils ne désirent pas simplement donner naissance à un contrat, ils veulent en outre que ce contrat soit efficace, qu'il ait des effets juridiques.