

Droit des contrats

Le principe du consensualisme et ses limites

Ce cours vous est proposé par Cécile Lisanti, professeur de droit privé à l'Université de Montpellier I et par AUNEGe, l'Université Numérique en Économie Gestion.

Table des matières

Préambule	2
Introduction	2
I – Le formalisme validant	4
A – Les contrats solennels	4
1 - Un acte authentique	4
2 - Un acte sous signature privé	5
B – Les contrats réels	7
II – Le formalisme probatoire et d'opposabilité	8
A – Le formalisme probatoire	8
B – Le formalisme d'opposabilité	9
1 - Les formalités d'enregistrement	9
2 - Les formalités de publicité	9
Références	10

Préambule

Objectifs d'apprentissage

- Comprendre ce qu'est le formalisme du contrat et appréhender ses différentes fonctions.
- Maîtriser les trois types de formalisme et savoir mesurer leur impact sur le principe du consensualisme

Introduction

En droit des contrats français, le consentement des parties est en principe suffisant pour que le contrat soit formé. Cela signifie que le contrat est en principe valable sans aucune autre condition, et notamment aucune formalité particulière. C'est ce que l'on nomme le principe du consensualisme, en vertu duquel le contrat est formé par le seul échange des consentements. En d'autres termes, le contrat verbal est en principe formé. Ce principe est celui qui a été consacré dans le Code civil.

Cette règle est exprimée dans l'adage latin *solus consensus obligat* (le consentement, à lui seul, suffit). Dans l'Ancien droit, un auteur Loysel¹ avait exprimé la règle dans une formule devenue célèbre :

« *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.* »

Ce principe repose sur l'idée morale que les parties doivent respecter la parole donnée. Dès lors, celui qui a donné sa parole ne peut soutenir ensuite que ses obligations n'existent pas car le contrat n'a pas été formalisé dans un contrat. D'un point de vue pratique, le principe est opportun car il assure la rapidité des transactions. Il facilite la conclusion des contrats et favorise la circulation des richesses.

Avant la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, le principe du consensualisme n'était pas expressément énoncé dans les dispositions du Code civil. Il était néanmoins déduit de l'ancien article 1108, texte énonçant les conditions de validité du contrat et qui ne faisait pas de référence à quelconques règles de forme. La réforme du droit des contrats consacre clairement le principe du consensualisme à l'article 1172 alinéa 1^{er} :

« *Les contrats sont par principe consensuels.* »

Le principe du consensualisme comporte toutefois certains inconvénients. Inconvénients de preuve d'abord, ce qui explique que le plus souvent les contrats soient rédigés par écrit, afin que les parties puissent se ménager la preuve de sa substance.

En outre, le contenu du contrat mérite souvent que les parties procèdent à une rédaction minutieuse du contrat, qui comportera de nombreuses clauses ayant été l'objet de la négociation des parties.

Par ailleurs, il y a un certain nombre de contrats qui présentent des dangers pour celui qui s'engage ou pour les tiers. Pour ces contrats, il est devenu courant que le législateur impose un certain formalisme (exemple : le contrat de cautionnement), voire qu'il impose la rédaction de certaines clauses.

En dépit de ces situations, le principe demeure bel et bien en droit français celui du consensualisme, le formalisme faisant donc office d'exception. Parmi ces exceptions, l'on peut distinguer le formalisme validant d'autres formes de formalisme, que l'on pourrait qualifier d'indirect.

Le premier est exigé *ad validitatem*. L'expression signifie que les formalités exigées conditionnent la validité même du contrat. Il s'agit de véritables exceptions au principe du consensualisme (I) car le contrat n'est pas valable sans le respect des règles de forme.

Le formalisme indirect (II) n'affecte pas la validité du contrat. Il est exigé soit à des fins de preuve (*ad probationem*) soit afin de rendre le contrat opposable aux tiers.

I – Le formalisme validant

Art. 1172

Les contrats sont par principe consensuels. Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

Il s'agit des contrats solennels (A) et des contrats réels (B).

A – Les contrats solennels

Les contrats solennels sont des contrats dont la validité requiert l'accomplissement de la rédaction d'un écrit qui peut être soit un **acte authentique** (1) soit un **acte sous signature privé** (2).

1 - Un acte authentique

L'acte authentique est en droit des contrats un contrat qui sera rédigé par un notaire.

L'intervention du notaire dans la rédaction du contrat est exigée pour **protéger l'une des parties** ou **les tiers**.

L'on trouve parmi ces contrats que l'on nomme solennels le contrat de **donation** (art. 931 C. civ.) qui est conclu entre le donateur et le donataire afin de transmettre la propriété d'un bien à titre gratuit.

Art. 931

Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.

De même, le contrat de **mariage** (art. 1394 C. civ.) doit être conclu devant notaire lorsque les époux ne souhaitent pas que leur régime matrimonial soit le régime légal (communauté réduite aux acquêts). Pour faire le choix d'un autre régime, l'intervention du notaire pour la rédaction du contrat est exigée.

Art. 1394

Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires.

De même, le Code civil exige un acte authentique pour la **constitution d'une hypothèque**, qui est une sûreté réelle portant sur un bien immobilier.

Art. 2409

*L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié.
Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes.*

L'acte notarié est principalement destiné surtout à informer les tiers de l'opération intervenue, spécialement les autres créanciers. La rédaction en la forme notariée permettra la publicité du contrat (publicité foncière) et informera les tiers de son existence. La sanction du non-respect de ces règles est la nullité du contrat.

2 - Un acte sous signature privé

Il est des hypothèses de plus en plus nombreuses dans lesquelles le législateur impose, à peine de nullité, la **conclusion de certains contrats par écrit, sans pour autant exiger la forme notariée**. L'écrit prendra la forme d'un acte rédigé par les parties : on parle d'acte sous signature privée (ancien acte sous seing privé).

Les exemples sont nombreux en la matière :

Ex : Les sûretés réelles mobilières telle que le gage.

Art. 2336

Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

Ex: le crédit à la consommation

Art. L312-28 du Code de la consommation

Le contrat de crédit est établi sur support papier ou sur un autre support durable. Il constitue un document distinct de tout support ou document publicitaire, ainsi que de la fiche mentionnée à l'article L.312-12ⁱⁱ. Un encadré, inséré au début du contrat, informe l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit.

La liste des informations figurant dans le contrat et dans l'encadré mentionné au premier alinéa est fixée par décret en Conseil d'Etat.

Le but du législateur est de protéger la volonté de celui qui s'engage et dont on peut penser qu'il se trouve en position de faiblesse face à l'autre cocontractant.

Parfois, le législateur va jusqu'à réglementer le contenu du contrat en imposant l'insertion de **certaines clauses : on parle à leur propos de « clauses légales »**.

B – Les contrats réels

Le contrat réel est celui dont la validité implique, en plus de l'échange des consentements, la remise de la chose sur laquelle porte l'obligation. Le Code civil prévoit notamment que le **prêt** à usage (art. 1875 du Code civil) ou encore le **dépôt** (art. 1919 du Code civil) sont des contrats réels. Pour ces contrats, tant que la chose n'a pas été prêtée ou déposée, le contrat n'est pas formé.

De nombreux auteurs considèrent que la catégorie des contrats réels est **archaïque**. L'ordonnance du 10 février 2016 a pourtant maintenue leur existence, en dépit de leur net recul. Ainsi, notamment, la jurisprudence considère depuis une vingtaine d'année que le contrat de prêt d'argent n'est pas un contrat réel lorsque le prêteur est un établissement bancaire. Cela permet de considérer que la remise des fonds n'est pas une condition de validité du contrat, mais simplement l'un de ses effets.

Remarque : les contrats solennels et les contrats réels sont des véritables exceptions au consensualisme. En effet, en l'absence du formalisme (écrit ou remise du bien objet du contrat), la sanction sera la nullité du contrat.

II – Le formalisme probatoire et d’opposabilité

Art. 1173

*Les formes exigées aux fins de preuve ou d’opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats. Le formalisme indirect consiste en l’exigence de certaines formes requises, non pour la validité de l’acte, mais pour sa **preuve** ou son **opposabilité** aux tiers.*

A – Le formalisme probatoire

Pour prouver un acte juridique et donc un contrat, une exigence générale résulte de l'article 1359 alinéa 1er du Code civil : au-delà de 1500 €, les parties doivent en principe s'être préconstitué une preuve par écrit du contrat, qui peut être rédigée en la forme authentique ou sous signature privée (art. 1364).

Art. 1359

L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

Par écrit, le droit reconnaît une équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit sous la forme électronique (art. 1366).

En l'absence d'accomplissement de la formalité le contrat n'est pas nul mais ne pourra pas être prouvé.

Des exceptions existent toutefois : le commencement de preuve par écrit ou l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit (art. 1360).

B – Le formalisme d’opposabilité

L'on trouve ici deux types de formalités requises à fin de rendre l'acte opposable aux tiers: il s'agit de l'enregistrement et de la publicité.

1 - Les formalités d'enregistrement

Les actes sous signature privée n'établissent pas la preuve de leur date à l'égard des tiers : on dit qu'ils n'ont pas date certaine.

Pour leur donner date certaine, les parties peuvent enregistrer le contrat à la recette des impôts. La formalité de **l'enregistrement** constitue ainsi le meilleur moyen de donner date certaine, opposable aux tiers, à un contrat passé sous seing privé.

Il faut relever que le législateur érige plus exceptionnellement la formalité de l'enregistrement en condition de validité du contrat. L'article 1589-2 du Code civil en fournit une illustration en matière de **promesses unilatérales de vente d'immeuble** ou de **fonds de commerce**. Ces contrats doivent sous peine de nullité, être enregistrés dans les dix jours suivant leur conclusion. Cette exigence qui transforme ces contrats en contrat solennel (l'enregistrement est exigé à des fins de validité du contrat) tend à éviter des dissimulations de prix.

2 - Les formalités de publicité

Les formalités de publicité sont des inscriptions sur des registres officiels. Elles sont destinées à informer les tiers de l'existence de contrats conclus par d'autres personnes. On les trouve notamment :

- en matière de **propriété intellectuelle** : publicité à l'institut national de la propriété intellectuelle (INPI). Tel sera le cas pour la cession d'une marque.
- en matière **immobilière** avec les règles de la publicité foncière. Tout acte constitutif ou translatif de droit réel immobilier n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités de publicité au **Service de publicité foncière**.

La vente d'un immeuble par exemple, est un contrat qui doit être publié pour être opposable aux tiers. La publicité est ici réalisée par l'intermédiaire du notaire rédacteur du contrat.

Mais la vente d'immeuble est un contrat consensuel emportant transfert *solo consensu* de la propriété de l'immeuble (art. 1583 du Code civil). Tant que la publicité n'a pas été faite, le contrat produit des effets entre les parties mais les tiers sont en droit d'ignorer le transfert intervenu. Le contrat est **inopposable aux tiers**.

Il en résulte que si le vendeur décidait de **vendre successivement** le même bien à des acquéreurs successifs, devra être préféré dans ce conflit non le premier en date de contrat, mais le premier en date de publication / la **vente publiée en premier**. Cela signifie que le second acquéreur peut potentiellement être préféré au premier s'il a publié son titre de propriété au Service de publicité foncière avant celui-ci. Telle est la solution qui s'applique en principe, sous réserve de la mauvaise foi du second acquéreur (preuve de sa connaissance de la première vente).

Références

Comment citer ce cours ?

Droit des Contrats, Cécile Lisanti, AUNEGe (<http://aunege.fr>), CC – BY NC ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).



Cette œuvre est mise à disposition dans le respect de la législation française protégeant le droit d'auteur, selon les termes du contrat de licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>). En cas de conflit entre la législation française et les termes de ce contrat de licence, la clause non conforme à la législation française est réputée non écrite. Si la clause constitue un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles, sa nullité emporte celle du contrat de licence tout entier.

ⁱ https://fr.wikipedia.org/wiki/Antoine_Loysele

ⁱⁱ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000035731440