

**LA PROBLEMATIQUE DU FORMALISME INFORMATIF DANS LE
CONTRAT DE CONSOMMATION AU MALI**

Djibril TANGARA

Docteur en droit privé à l'université de Ségou, faculté des sciences sociales
djibriltangara2018@gmail.com ;cell:(+223)76449858,

Mamadou BAGAYOKO

Docteur en droit privé à l'université de Ségou, faculté des sciences sociales
msbaga@yahoo.fr ;cell:(+223)76155123

Balla DOUMBIA

Docteur en droit public à l'université de Ségou, faculté des sciences sociales
balladrissa2000@yahoo.fr ;cell:(+223) 77204951

Résumé :

Cet article aborde le formalisme informatif dans le contrat de consommation au Mali. Il paraît important car il suscite une controverse doctrinaire du fait que certains auteurs estiment que constitue une affirmation du principe de consensualisme tandis que d'autres considèrent que le formalisme s'oppose à ce principe.

Il faut rappeler que la source du formalisme peut être légale ou conventionnelle.

Il est certain que les formalités contractuelles trouvent, le plus souvent, leur naissance dans l'œuvre du législateur. Cependant, la loi n'est pas la seule source de formes contractuelles. Le contrat peut être aussi soumis aux formalités qui proviennent de la volonté des parties ou des usages. Dans la plupart des cas, la volonté est la source qui, à côté de la loi, impose des formes pour la formation des contrats.

Dans les deux cas, il s'applique dans un champ bien déterminé. Notons que la violation du formalisme comme toute autre norme légales ou contractuelles entraîne une sanction.

Dans le cadre du présent article, nous avons opté pour la méthode qualitative axée sur la recherche documentaire. Cette méthode nous a permis de faire une analyse textuelle, doctrinaire et jurisprudentielle.

Mots clés : formalités, volonté, source, preuve, contractuel

The problem of informative formalism in consumer contracts in Mali

Abstract

This article deals with information formalism in consumer contracts in Mali. It seems important because it has given rise to controversy in the academic literature, with some authors believing that it constitutes an affirmation of the principle of consensualism, while others consider that formalism runs counter to this principle.

It should be remembered that the source of formalism may be legal or conventional.

There is no doubt that contractual formalities most often originate in the work of the legislature. However, the law is not the only source of contractual forms. Contracts may also be subject to formalities that arise from the will of the parties or from usage. In most cases, the will is the source which, alongside the law, imposes forms for the formation of contracts.

In both cases, it applies within a clearly defined field. It should be noted that a breach of formalism, like any other legal or contractual norm, entails a penalty.

For the purposes of this article, we opted for a qualitative method based on documentary research. This method enabled us to carry out a textual, doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords: formality, will, source, proof, contractual

Introduction :

Dans le cadre de la formation du contrat, les parties ont la possibilité de conclure des conventions pour imposer des formes de validité à la conclusion du contrat définitif. Cependant il est pertinent de mentionner qu'une partie de la doctrine tient en ce que seule la loi dispose de la faculté de créer des contrats solennels.

La question de fond se pose de savoir si la forme imposée en vertu de la convention, peut être considérée comme équivalente à une forme légale. Autrement dit, est-ce que l'accord de soumettre un contrat consensuel aux formalités de validité suffit pour le transformer en contrat solennel ?

Un acte juridique devient-il solennel par le fait que ses auteurs ont stipulé qu'ils n'entendaient exprimer un consentement valable que selon une forme déterminée ?

Pour répondre à ces questions il faut tout d'abord réviser les formes conventionnelles face à l'entendu du principe du consensualisme, pour déterminer ensuite la portée de la convention sur la forme, et finir avec l'analyse du problème de la sanction en cas de non-respect des formes conventionnelles.

Ces situations ont suscité une controverse doctrinale. Pour certains auteurs, les parties dans l'exercice de la liberté contractuelle, peuvent soumettre le contrat définitif aux modalités de forme¹⁵. Cependant pour d'autres cette analyse est contestable car la possibilité de conclure des conventions sur la forme se justifie par l'exercice même du principe du consensualisme ; ce qui veut dire que la forme légale n'est pas une forme mais « une manifestation de la liberté de la forme ou plus globalement de la liberté contractuelle »¹⁶.

Ainsi, pour cette partie de la doctrine, la possibilité de transformer le contrat consensuel en contrat solennel par le seul accord des volontés « repose sur une conception erronée de l'acte juridique solennel et de la portée du principe du consensualisme. En vertu du principe du consensualisme, les parties ont le libre choix de la forme dans laquelle elles exprimeront leur volonté. Lorsque les parties décident d'un commun accord que leur volonté devra être exprimée selon une forme fixée à l'avance pour pouvoir produire un effet, elles choisissent le mode d'expression du consentement. Sans doute la forme devient-elle alors obligatoire, mais c'est par l'effet de la convention qu'elles ont librement conclue ; et si elles doivent s'y conformer c'est parce qu'elles l'ont voulue »¹⁷.

¹⁵ Dans ce sens V. F. TERRE, *op. cit.*, thèse préc. p. 177. ; A. LAUDE, *op. cit.*, thèse préc., p. 275.

¹⁶ V. FORRAY, *op. cit.*, p. 110.

¹⁷ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 88

En conséquence, il n'y aurait donc pas d'exception au principe du consensualisme, « mais bien au contraire application de ce principe. Malgré l'exigence d'une forme convenue l'acte demeure consensuel ; il n'est pas solennel »¹⁸.

A propos de cette position de la doctrine, il est en principe incontestable que l'accord préalable des parties de soumettre un contrat futur à certaines formes, c'est-à-dire la convention sur la forme, est fondé sur la liberté propre du principe du consensualisme, quant au fond et quant à la forme.

Ce formalisme sera étudié au regard du contrat de consommation, cette relation offre la possibilité pour les parties de créer du formalisme en soumettant à une exigence de forme un contrat qui y échappe normalement et de préciser l'étendue de cet accord constitutif des formes contractuelles. Mais, dans cette hypothèse, fondée sur la possibilité de soumettre un contrat consensuel aux formes conventionnelles, il est opportun de savoir quels sont les limites et restrictions à la possibilité d'accorder des formes contractuelles.

Les parties sont libres de déterminer les conditions et le contenu du contrat, et elles sont libres aussi de choisir les formes pour exprimer leur volonté. C'est la conséquence naturelle de l'exercice du consensualisme qui régit comme principe général en matière contractuelle. Il faut donc connaître la portée de la liberté des parties de soumettre un contrat consensuel aux formes de validité, et aussi les conditions de validité de ces conventions sur la forme.

Dans le cadre du présent article, nous avons adopté la méthode qualitative essentiellement axée sur la recherche documentaire. Cette méthode nous a permis de faire une analyse textuelle, doctrinaire et jurisprudentielle. Le renvoi au droit au droit étranger est une incitation à une évolution du législateur malien qui s'illustre par sa lenteur.

Le formalisme informatif s'exerce dans un champ déterminé et fait l'objet de sanction en cas d'inobservation.

En effet, cet article soulève la question de savoir : quel est le champ d'application du formalisme informatif ?

En cas de violation des règles du formalisme, Quelles sanctions encourent l'auteur ?

C'est pourquoi nous nous attelons à une analyse succincte de cet article qui nous amène à aborder dans une première partie les champs d'application du formalisme informatif (I) et dans une seconde partie les sanctions applicables en cas violation de ses règles (II)

I- le champ d'application du formalisme informatif

Le formalisme informatif est généralement utilisé en présence des consommateurs, afin de leur assurer un engagement en connaissance de cause avant de signer un contrat lu attentivement (A). Cependant il est important de souligner qu'il ne se réduit pas au champ du droit de la consommation. C'est-à-dire que parfois la loi exige des formes informatives pour des contrats où un consommateur n'est pas le cocontractant (B).

¹⁸ *Ibid.*

A- Les manifestations du formalisme informatif dans les contrats de consommation

Le droit de la consommation est le champ le plus fertile du droit privé contemporain pour le développement du formalisme informatif. Certes, le besoin de combattre les déséquilibres contractuels naturels en droit de la consommation et la nécessité de protéger le consommateur¹⁹ comme partie réputée faible ont été les causes les plus évidentes de son développement contemporain.

Ainsi, pour en étudier les diverses manifestations il est logique de commencer par l'analyse des législations spéciales de protection de la volonté du consommateur, avant d'aborder ses règles en matière du commerce électronique.

Les législations de protection de la volonté du consommateur : En matière de contrat de voyage, droit bancaire et droit des assurances

Il ne fait aucun doute que le droit de la consommation est le terrain le plus fertile pour le développement du formalisme informatif. Certes, les fondements de la renaissance du formalisme en droit contemporain des contrats et les raisons du mouvement du formalisme informatif ont été déterminés par la dynamique et défis propres au droit de la consommation.

En effet, c'est en raison de la protection de la volonté de la partie réputée faible, le consommateur, que les exigences de forme se sont multipliées. Dans le code de la consommation sont très abondantes les exigences de formes informatives en vue de protéger le consentement contractuel.

Dans le même esprit, plusieurs législations du droit contemporain consacrent des formes informatives pour protéger la volonté des parties. Par exemple pour un contrat de voyage l'objectif poursuivi par le législateur consiste à protéger la volonté de la partie faible, dans ce cas particulier, le voyageur.

En effet, « le développement des communications et l'accroissement des loisirs tendent à faire du voyage un objet de consommation de masse, et du voyageur un contractant désarmé face aux professionnels du transport et du tourisme »²⁰. Ainsi, la loi sur le contrat de voyage consacre la protection du « consommateur touriste ».

Certes, l'article L211-8 et s. du Code du tourisme consacre l'obligation pour le vendeur d'informer les intéressés par écrit, sur le contenu des prestations proposées relatives au transport et au séjour, le prix et les modalités de paiement, les conditions d'annulation et celles du franchissement des frontières. Ensuite l'article L211-10 établit une obligation importante d'information à la charge du professionnel. En effet, cet article dispose que le contrat doit comporter toutes « les indications relatives aux noms et adresses de l'organisateur, du vendeur, du garant et de l'assureur, à la description des prestations fournies, aux droits et obligations réciproques des parties en matière notamment de prix, de calendrier, de modalités de paiement et de révision éventuelle des prix, d'annulation ou de cession du contrat et à l'information de l'acheteur avant le début du voyage ou du séjour » et l'article 4 du code protection des consommateurs du Mali aborde dans le sens en disposant que « Tout fournisseur doit...informer le consommateur sur :le prix ;les conditions générale et particulières de la vente ;la nature des biens et services ;les caractéristiques essentielles... ».

¹⁹ Les consommateurs peuvent être définis comme « des personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non-professionnel ». J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*

²⁰ J. CALAIS AULOY, *art. préc.*, p. 293.

En matière d'assurances, le formalisme informatif a d'importantes applications. En effet, le Code des assurances, dans son article L112-2, modifié par l'ordonnance du 20 août 2015, établit que « l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat ». Dans ce sens, avant la conclusion du contrat, l'assureur doit remettre à l'assuré « un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ». Les documents remis au preneur d'assurance doivent préciser « la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture ».

Le droit colombien impose l'obligation d'information à la charge de l'assureur mais en plus, il exige l'obligation de consigner certaines clauses en caractères apparents et lisibles²¹. Comme c'est le cas de la clause d'extinction automatique du contrat d'assurance en cas de non-paiement²².

De même, en matière de droit bancaire, divers textes légaux imposent le respect de formes informatives au moment de la conclusion du contrat. Face à l'apparition des nouveaux dangers, il demeure indispensable de protéger la volonté du consommateur des produits bancaires.

Dès les premières années, le législateur a consacré des règles de protection du consommateur-emprunteur. La loi du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, codifiée dans les articles L311-1 et s. du Code de la consommation, avait pour objectif la protection des consommateurs dans les opérations de crédit. Ulérieurement, la Loi du 13 juillet 1979, a fourni les règles de protection et d'information des emprunteurs dans le domaine immobilier. De même, la loi bancaire du 24 janvier 1984, relative à l'activité et aux contrôles des établissements de crédit, reconnaît quelques mesures favorables aux consommateurs. « D'autres textes ont ensuite précisé les obligations des établissements de crédit ou indiqué les attentes légitimes de leurs clients. Il en est ainsi, par exemple, de la loi du 30 décembre 1991, relative à l'interdiction bancaire ou de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion instaurant un véritable droit au compte. Citons encore la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne »²³.

Le formalisme informatif en droit bancaire a pour conséquence la réglementation du contenu du contrat. En effet, le législateur a imposé l'utilisation des formulaires types. Ces formulaires ont un contenu prédéterminé pour chaque opération et ont la finalité d'informer l'emprunteur sur le crédit conclu. De même, en ce qui concerne la protection de la caution, les articles L313-7 et L313-8 du Code de la consommation exigent la rédaction d'une mention

²¹ C.I. JARAMILLO, *Derecho Privado, Derecho de Contratos*, v. 2, éd. Ibañez, 2014, p. 1354.

²² Circular Externa 7 de 1996 de la *Superintendencia Financiera de Colombia* (autorité de contrôle du marché financier), et *Circular Basica Juridica* 029 de 2014 de la *Superintendencia financiera de Colombia*. Disponible sur: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443>

²³ H. DAVO, Formalisme bancaire et protection du consommateur, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 329.

manuscrite dont le contenu est strictement imposé²⁴. Ainsi, « la mention manuscrite est bien entendu imposée pour que la caution puisse mesurer l'ampleur de son engagement, elle doit être informée de la portée de sa signature »²⁵.

En matière de crédit à la consommation, la réforme faite par la Loi du 1^{er} juillet 2010, dite Loi *Lagarde* a édicté des règles importantes pour les regroupements de crédit²⁶. Cependant, c'est le décret du 30 avril 2012 qui établit les règles relatives à l'obligation d'information de l'emprunteur lors de la conclusion d'opérations de regroupement de crédits. En effet, il impose l'obligation au prêteur ou à l'intermédiaire d'établir avant toute offre de regroupement un document qui permettra de faire le point sur les modalités, les caractéristiques et le bilan de l'opération. Ce document sera rempli, entre autres, sur la base des informations fournies par l'emprunteur. Si l'emprunteur ne dispose pas des informations suffisantes, le prêteur ou l'intermédiaire devra alors le mettre en garde sur les conséquences possibles de l'opération de regroupement.

En droit colombien, l'article 97 du décret 663 de 1993, dit *Estatuto Organico del sistema financiero*, établit l'obligation de fournir aux consommateurs des services financiers, l'information nécessaire pour obtenir des relations transparentes fondées sur des consentements éclairés et objectifs. De plus, l'article 98 du même statut établit que les organismes financiers doivent remettre au consommateur l'information suffisante et opportune pour leur permettre de comparer les conditions financières offertes par le marché. De plus, l'article 9 de la Loi 1328 de 2009²⁷ détermine le contenu minimum de l'information qui doit être fournie aux consommateurs financiers dans le contrat. Ainsi le professionnel doit informer le consommateur financier sur les caractéristiques du produit service, ses droits et obligations, les tarifs et les prix, et les conséquences dérivées de l'inexécution du contrat.

Ainsi on peut constater que la législation colombienne établit de manière générale l'obligation d'informer le consommateur financier, mais ne précise pas les obligations détaillées à la charge du professionnel.

Ces applications du formalisme informatif montrent clairement le désir de protéger le contractant le plus faible par l'imposition d'exigences précises, afin de former un consentement éclairé et réfléchi.

Cette protection du consommateur s'étend aussi à la conclusion de contrats par des réseaux électroniques où il y a des particularités qu'il faut prendre en compte. Alors, il est pertinent de s'interroger sur les applications du formalisme informatif en matière de commerce électronique et sur la protection du cyberconsommateur.

Le contrat électronique n'est pas un type spécial de contrat. En effet, dans les contrats du commerce électronique nous sommes en présence de contrats, régis par le droit commun ou

²⁴ Sur les particularités de la mention manuscrite, V. *supra*, n. 105.

²⁵ H. DAVO, *eod. loc.*, p. 334.

²⁶ « Le regroupement de crédits, est une opération financière qui consiste à rembourser l'ensemble des crédits (crédit immobilier, crédit à la consommation, crédit revolving, crédit auto, crédit travaux) contractés auprès d'un ou plusieurs organismes de crédits, en souscrivant un prêt unique octroyé par un organisme bancaire spécialisé dans ce type d'opération ». S. PIEDELIEVRE, Le consommateur et le regroupement de crédit, *Gazette du Palais*, mercredi 6, jeudi 7 juin 2012, p. 5.

²⁷ Dans cette loi se trouve, en droit colombien, la première allusion expresse à la notion de « consommateur financier » et la définition littérale du concept. Cette loi établit aussi le concept de « défenseur du consommateur financier ».

spécial, qui sont conclus par voie électronique. Ils ne se distinguent des contrats classiques que par leurs modalités de formation.

Cependant, le seul fait de conclure le contrat par voie électronique entraîne des difficultés particulières, et plus si on s'aperçoit que, dans la plupart de cas, une des parties au contrat électronique est un consommateur.

« Or, la distance existant dès lors entre lui et le professionnel qui propose ses prestations est source de difficultés : il percevra mal les qualités ou défauts de ces produits ou services ; le caractère impersonnel de la relation qui s'établit à travers le réseau rend difficile pour le professionnel de le conseiller ; la séduction qu'exerce l'écran d'ordinateur, un peu comme celui du téléviseur, risque de l'inciter à contracter à la légère ». ²⁸

Face à ces difficultés, propres des contrats conclus par des consommateurs par voie électronique, la loi a consacré certaines formes informatives afin d'informer le consommateur. Ainsi, quelques règles de droit commun du contrat électronique sont applicables²⁹, mais le consommateur électronique bénéficie aussi des règles propres du droit de la consommation, applicables aux contrats conclus à distance entre un consommateur et un professionnel.

Ainsi, l'article L121-17 du Code de la consommation prévoit que le professionnel doit communiquer certaine information essentielle au consommateur, comme par exemple l'information sur l'obligation du consommateur de payer des frais lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation d'un contrat de prestation de services³⁰.

Le droit de la consommation colombien établit dans l'article 5 de la loi 1480 de 2011 que dans les opérations de commerce électronique, le consommateur doit être informé sur l'identité du professionnel et ses coordonnées. En plus, le professionnel doit informer sur les caractéristiques particulières du produit ou service et ses qualités spécifiques ; sur les moyens disponibles pour faire le paiement, les délais pour la livraison du bien ou l'exécution du service, le droit de rétractation du consommateur et la procédure pour l'exercer³¹.

Il est évident que les législations contemporaines s'occupent largement de la consécration de formes informatives pour protéger la volonté du consommateur. Cependant, le consommateur n'est pas le seul sujet protégé par les formes informatives. Le champ d'application du formalisme informatif s'étend aussi aux contrats conclus avec des non-consommateurs.

B- Les manifestations du formalisme informatif dans les contrats avec un non-consommateur

La multiplication récente de textes légaux qui consacrent de règles du formalisme informatif a pour objectif de protéger l'un des cocontractants, jugé plus faible. Cette faiblesse ne dérive pas toujours de sa condition de consommateur.

En effet, la faiblesse du cocontractant protégé peut être causée par la relation de pouvoir et l'état de subordination présents dans les contrats de travail ou dans d'autres cas, par des particularités propres aux rapports des affaires entre commerçants.

²⁸ J. HUET, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 20013, p. 507

²⁹ J. HUET, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 20013, p. 507

³⁰ V. *supra* No. 455

³¹ D. PEÑA VALENZUELA, La protección del consumidor en el comercio electrónico, in *Perspectivas del Derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Dir. Carmen Ligia Valderrama, 2013, p. 481.

Le contrat de travail est le « contrat par lequel une personne, nommée travailleur ou salarié, place sa force de travail sous l'autorité d'une autre, nommée employeur ou patron, moyennant le versement d'un salaire ». Ou plus précisément, il peut être défini comme un « contrat synallagmatique à titre onéreux caractérisé par la fourniture d'un travail en contrepartie du paiement d'une rémunération et par l'existence, dans l'exécution du travail, d'un lien de subordination juridique du travailleur à l'employeur »³².

Dans la définition même du contrat de travail est manifeste la situation d'infériorité d'une des parties au contrat et le déséquilibre contractuel qui le caractérise. Il est certain que le travailleur est la partie faible au contrat, et en conséquence le droit social s'est occupé de le protéger.

Certes, en droit du travail, « la prise en compte de la situation d'infériorité n'apparaît pas vraiment comme un trait caractéristique de telle ou telle règle. Elle serait plutôt une dimension de cette branche du droit tout entière, parce que la protection du salarié est de sa nature même »³³. Autrement dit, « la prise en compte de la situation d'infériorité du salarié dans sa relation contractuelle avec l'employeur n'est pas seulement présente en droit du travail, elle est fondatrice de ce droit »³⁴.

Dans ce sens, le contrat de travail se matérialise sous l'idée de l'existence d'une relation de pouvoir. Un contrat conclu comme conséquence de l'exercice du pouvoir contredit, à première vue, l'essence même du contrat, celle-ci fondée sur l'image d'égalité et de commun accord³⁵.

Cependant, le respect dû à l'individu et à sa liberté a rendu nécessaire de fonder sur le consentement l'existence d'un pouvoir juridique. Il est ainsi considéré que dans le contrat de travail on est en présence d'un « pouvoir consenti ». Ainsi, le salarié est subordonné parce qu'il y a consenti, et dans la limite où il y a consenti. « Ce qui conduit à reconnaître le contrat individuel comme la source du pouvoir juridique de l'employeur et comme sa première limite. Ce pouvoir juridique, désigné du point de vue du salarié comme la « subordination juridique », se comprend comme une clause implicite, incluse par la jurisprudence au sein du contrat de travail ».

Ainsi, le contrat de travail comporte comme élément caractéristique essentiel la subordination et la dépendance d'une partie à l'autre. Le salarié est soumis à l'autorité de l'employeur, qui va donc dicter le contenu de l'accord et la manière dont le contrat sera exécuté.

En conséquence, le droit du travail a consacré des règles protectrices de la volonté du travailleur, essentiellement destinées à garantir une certaine qualité de son consentement. Ainsi, le formalisme sert d'instrument pour « attirer l'attention du contractant faible sur certains aspects du contrat conclu et à fixer ces points sans équivoques ».

Donc, dans le contrat particulier à durée déterminée, ou à temps partiel, par exemple, la loi établit qu'il doit être conclu par écrit et qu'il doit mentionner qu'il est conclu pour une durée déterminée ou à temps partiel. En effet, l'article L1242-12 du Code du travail établit que le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit et doit comporter la définition

³² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, déjà cité, V. Contrat de travail

³³ G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés professionnels en droit français, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-Belges*, Paris LGDJ, 1996, p. 143.

³⁴ G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 144.

³⁵ G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz 2015, p. 633.

précise de son motif. A défaut de cette mention, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Cet article établit également que ce type de contrat doit comporter certaines mentions, comme par exemple, le nom et la qualification professionnelle de la personne remplacée, en cas de remplacement ; la date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis ; la durée minimale pour laquelle il est conclu lorsqu'il ne comporte pas de terme précis, entre autres.

En outre, parmi les principales applications du formalisme informatif, en matière du droit du travail, on trouve le cas du contrat d'apprentissage. Ainsi, l'article L6222-4 du Code du travail établit que le contrat d'apprentissage est un contrat écrit qui comporte des clauses et des mentions obligatoires. Le Code du travail dans les articles qui suivent s'occupe entièrement de ce type de contrat, avec la finalité de protéger la partie faible.

De plus, le formalisme informatif se manifeste aussi dans les rapports établis entre des commerçants. Malgré l'inexistence d'un rapport professionnel-consommateur ou d'une situation de déséquilibre généralisée, le législateur s'occupe de réguler cette matière, en exigeant des formes informatives de protection de la volonté.

Le formalisme informatif dans les rapports entre commerçants : En matière du droit de la concurrence, du commerce et de la distribution

L'asymétrie informationnelle et le déséquilibre contractuel ne sont pas des sujets exclusifs du droit de la consommation. « En réalité, le phénomène d'inégalité des parties est plutôt plus diffus et plus répandu que les revendications de l'autonomie du droit de la consommation pourraient le laisser croire »³⁶.

Certes, cette inégalité, qui peut avoir son origine dans l'inexpérience ou la dépendance de l'une des parties au contrat, peut se présenter dans les rapports entre professionnels.

Ainsi, par exemple, en matière du droit de la concurrence, le Code du commerce français consacre, dans le Livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dans son article L441-6, modifié par la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, des dispositions principalement destinées à prévenir les pratiques discriminatoires. Ainsi cet article prévoit que « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande ». L'article énumère ensuite les mentions qui doivent être communiquées, comme les conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement.

Cette exigence « de forme de transparence dite verticale a fait l'objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine qui craint qu'elle n'aboutisse à une sclérose de la concurrence en coupant court à toute négociation. D'autres y voient au contraire les meilleures conditions d'exercice de la concurrence par la circulation de l'information. En réalité, plus que la règle de forme, c'est l'obligation qu'elle renforce qui fait l'objet de la controverse : la non-discrimination est en effet la négociation de l'*intuitus personae* ressentie comme un sacrifice de la liberté individuelle au profit de celle de la concurrence »³⁷.

De même l'article L-441-7 du Code de commerce, modifié par la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, établit l'exigence d'une

³⁶ B. DUBUISSON et G. TOSENS, Les relations entre professionnels en droit belge, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 476.

³⁷ F. DREIFUSS-NETTER, Droit de la concurrence et droit commun des obligations,

convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services pour indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Cette convention doit indiquer le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Elle peut être établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, et doit fixer entre autres : les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent³⁸.

Pour la législation colombienne en matière du droit de la concurrence, la situation est très différente. En harmonie avec ce qui est établi à l'article 333 de la constitution politique -qui consacre la liberté économique et l'initiative privée- le législateur s'abstient de restreindre la liberté contractuelle entre concurrents. Dans ce sens, la loi colombienne établit que les professionnels peuvent conclure n'importe quel type de contrat et n'établit pas d'exigences particulières de forme à sa conclusion.

La seule limite imposée à la liberté contractuelle des concurrents est la conclusion d'accords contraires à la libre concurrence, énumérés dans l'article 47 du Décret 2153 de 1992 et article 1 de la Loi 155 de 1959 colombienne. Le développement normatif en matière de formalisme informatif entre professionnels en droit colombien est donc très infime et déficient.

En outre, en matière de franchise, l'article L330-3 du Code du commerce établit que « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». Ainsi cet article consacre l'exigence de la communication d'informations sincères et de bonne foi du débiteur de l'obligation d'informer³⁹.

Avec plus de précision, l'article R330-1 du Code du commerce énumère les informations que doivent contenir le document mentionné dans l'article L3303 du même Code. Ainsi par exemple, en vertu de cet article, il faut mentionner l'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale.

³⁸ *RTD civ.* 1990, p. 369.

³⁹ D. FERRIER, L'obligation d'informer le futur franchisé, *Revue des Contrats*, 2012, p. 1068. conditions : expiration, résiliation ou annulation du contrat, au cours de l'année précédant la délivrance du document d'information précontractuelle doivent être considérées comme essentielles ».

« À cet égard, les informations sur l'état du réseau à l'époque de la conclusion du contrat et sur les départs de franchisés, notamment leurs l'égalité des chances économiques... en matière de distribution.

De même, l'article L141-1 du Code du commerce impose des mentions obligatoires pour la cession de fonds de commerce. Ainsi, dans tout acte constatant une cession de fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds, entre autres.

Dans le même esprit, des législations particulières sur les contrats du droit de la distribution établissent des exigences précises d'inclure certaines informations dans la conclusion du contrat.

Ainsi, en matière de contrat de concession exclusive, le concessionnaire qui exploite son activité de manière exclusive ou quasi exclusive sous la marque du concédant bénéficie aussi de la protection de l'article L330-3 du Code du commerce. En conséquence le concédant est obligé de fournir, avant la conclusion du contrat, de nombreuses informations sur la concession et notamment sur la portée de l'exclusivité territoriale convenue⁴⁰.

De même, dans le contrat d'assistance, le distributeur qui exerce son activité de manière exclusive ou quasi exclusive sous les signes distinctifs du fournisseur, bénéficie aussi de la protection particulière de son consentement par l'article L330-3 du Code du commerce. « Cette protection a été inspirée par la situation économique difficile dans laquelle s'étaient trouvés certains distributeurs après avoir conclu un accord d'exclusivité sur la foi de perspectives d'activité optimistes présentées par le fournisseur »⁴¹.

Enfin, pour terminer avec les cas les plus notables du droit commercial où la loi établit des exigences propres du formalisme informatif, il faut mentionner les formes imposées dans les cas des sûretés consenties entre professionnels.

Certes, en matière de cautionnement constitué entre un établissement de crédit et une entreprise, l'article L313-22 du Code monétaire et financier établit, l'obligation à la charge des établissements de crédit ou des sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, d'informer la caution, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils doivent rappeler la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée⁴².

Il résulte clairement des dispositions qui viennent d'être mentionnées que les manifestations du formalisme informatif sont très diverses. En effet, afin de protéger la volonté des contractants, le législateur ne se limite pas à la protection du consommateur. Par contre, il va jusqu'à protéger la volonté d'une des parties lorsque sa situation d'infériorité particulière ou de déséquilibre relatif le met en risque.

⁴⁰ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Lexisnexis, 6 éd, 2012, p. 331.

⁴¹ *Ibid.*, p.291

⁴² *Ibid.*, p. 292

Cependant, il ne fait aucun doute que la véritable protection de la volonté des parties se trouve au moment de la sanction de l'inobservation des règles de forme. Voilà pourquoi nous étudions les sanctions du formalisme informatif.

II- les sanctions du formalisme informatif

La sanction applicable en cas d'inobservation des règles du formalisme informatif est l'instrument du système juridique le plus efficace pour l'application et la mise en œuvre des législations de protection de la partie faible. Cependant, la théorie des sanctions du formalisme informatif est mal assurée, en particulier parce qu'elle se caractérise par la diversité et l'anarchie dans les règles des sanctions (A) ce qui rend nécessaire la recherche des critères d'unité pour orienter son application (B).

A- La diversité des sanctions

Le droit contemporain a été le champ approprié pour la multiplication des formes du formalisme informatif. Cette prolifération des formes d'origine législative s'est produite de manière spontanée et désorganisée car le législateur a consacré pour chaque cas, la forme qu'il a considérée appropriée mais sans obéir à une politique déterminée. De la même manière, la loi a consacré les sanctions applicables en cas de méconnaissance des formes informatives, ce qui implique que le système du droit des contrats se caractérise par une véritable diversité des sanctions applicables. Parmi elles, il est possible de trouver les sanctions tirées de la théorie générale des contrats, et aussi des sanctions particulières prévues par les législations contemporaines de protection de la partie faible.

-Les sanctions de la théorie générale des contrats

Les formes propres du formalisme informatif cherchent à protéger la volonté de la partie faible au contrat. L'instrument utilisé par le législateur pour y arriver est l'information.

Dans ce sens, le formalisme informatif joue un rôle préventif très fort, et on est d'accord pour affirmer qu'il constitue une *technique perfectionnée de prévention*⁴³.

Cependant, en cas de violation des formes informatives de protection de la partie faible, des nombreuses sanctions tirées de la théorie générale des contrats peuvent être appliquées.

Il s'agit d'un formalisme nouveau, propre des législations contemporaines de protection de la partie faible. Mais, en cas de méconnaissance de ces règles, on va appliquer les règles classiques de règlement des litiges. Certes, il apparaît que « la sanction en cas d'inobservation des règles relatives au formalisme informatif suppose un retour aux techniques de droit commun de règlement des litiges »⁴⁴.

Ainsi, au premier rang des sanctions de la théorie générale des contrats, applicables en cas de violation de règles du formalisme informatif, se trouvent les nullités.

Depuis le début de ce siècle, la théorie des nullités a été marquée par l'opposition de deux logiques : « D'un côté, la logique « essentialiste » s'exprime ici avec une force et une simplicité particulière : « *forma dat esse rei* » ; quand l'acte implique la solennité, l'absence de forme se traduit par l'inexistence ou au moins par une nullité absolue puisque, sans la forme prescrite, l'acte n'a pas pu se former. De l'autre côté, il est, s'agissant des règles de forme, plus logique et juste que jamais, de déduire le régime de la nullité de la nature des

⁴³ L. AYNES, Formalisme et prévention, *art. préc.*, p. 63.

⁴⁴ V. MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP*, 2004.I.106, p. 179

intérêts protégés par la règle sanctionnée, en distinguant les formes destinées à la protection des parties ou de l'une d'elles, celles visant la protection des tiers, celles répondant à des préoccupations d'intérêt général »⁴⁵.

Par conséquent, selon la théorie moderne des nullités, si l'intérêt protégé par la loi est de caractère général, la nullité doit être absolue. Et si par contre, l'intérêt protégé est de caractère privé la sanction doit être la nullité relative.

Dans ce sens, en matière de formalisme informatif la solution semble être plus simple que dans les cas du formalisme classique. Principalement parce que le formalisme informatif se caractérise par l'exigence des formes qui cherchent à protéger la volonté des contractants placés en situation d'infériorité, et alors la nullité serait de caractère relatif⁴⁶. « Même si elles sont d'ordre public, ces règles sont posées dans le seul intérêt de la partie protégée (consommateur, salarié, emprunteur), elles doivent être sanctionnées par une nullité relative qu'elle seule peut invoquer »⁴⁷.

Face à ces enjeux, si la finalité des règles du formalisme informatif est la protection de la volonté de la partie en situation de déséquilibre ou d'infériorité, la sanction doit être imposée en conformité avec la théorie des vices du consentement.

Ainsi, il est pertinent de vérifier que le consentement de la partie protégée ait bien été vicié et que l'omission de la forme informative ait été déterminante sur ce consentement. Dans ce cas, la sanction de l'inobservation de la règle du formalisme informatif dépend de l'existence d'un vice du consentement, les plus plausibles l'erreur ou le dol. Le cas échéant, l'omission des mentions obligatoires ne devrait pas pouvoir être sanctionnée⁴⁸.

La Cour de cassation a adopté ce raisonnement en matière de vente de fonds de commerce⁴⁹. Également en matière des contrats de distribution, la Cour de cassation dans l'arrêt « Le Maraîcher » a reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas « si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires gérants »⁵⁰.

De manière plus large, les sanctions propres de la théorie générale des contrats peuvent être mises en œuvre sans qu'aucune règle de forme n'ait été violée. « Dans certains exemples cités pour illustrer les sanctions potentiellement applicables, il eût été théoriquement possible de se fonder uniquement sur le non-respect des règles de fond ou l'inexécution du contrat, pour demander l'application de la sanction (la nullité pour dol ou erreur, la responsabilité *aquillienne* ou contractuelle du contractant de la partie faible, etc.) »⁵¹.

Cependant, divers auteurs sont d'accord pour dire que les sanctions tirées de la théorie générale restent fort théoriques et peu pratiques. Ces sanctions sont parfois mentionnées par la doctrine mais elles ne sont pas, ou peu, appliquées par la jurisprudence⁵².

⁴⁵ G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme informatif, *art. préc.*, p. 886.

⁴⁶ Dans ce sens, Cass. 1 civ. 21 janvier 1992, *Bull. civ. I*, no. 22, p. 15.

⁴⁷ G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 887.

⁴⁸ V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 179.

⁴⁹ Cass. civ., 30 oct. 1951, *D.* 1952, *jurispr.* p. 86 ; *RTD com.* 192, p. 305, obs. A. Jauffret.

⁵⁰ Cass. com. 10 février 1998. *Bull. civ. IV*, n. 71, p. 56 ; *Contrats., conc., consom.*, 1998, comm. 55, L. Leveneur ; *D.* 1998, *somm.* p. 334, obs. Ferrier ; *Defrénois* 1998, art. 36815, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1998, p. 130.

⁵¹ H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 447.

⁵² Sur les observations critiques à la théorie classique des vices du consentement et ses sanctions, V. *supra*, p. 193 et s.

Malgré cela, les sanctions propres de la théorie classique des contrats restent encore comme des alternatives possibles pour sanctionner la méconnaissance des formes informatives et ainsi protéger la partie faible au contrat.

En effet, c'est la diversité de ces alternatives qui caractérise le système des sanctions du formalisme informatif, surtout parce que dans les législations contemporaines de protection de la partie faible on trouve un autre bloc de sanctions nouvelles en cas de violation des règles du formalisme informatif.

- Les sanctions des législations de protection de la partie lésée

Selon les législations contemporaines de protection de la partie faible, de nombreuses sanctions sont susceptibles d'être appliquées en cas de violation des règles du formalisme informatif. En effet, dans ces législations on peut trouver des sanctions pénales, civiles ou administratives. Les sanctions propres de la théorie générale des contrats peuvent être aussi invoquées.

Ainsi, des dispositions particulières de protection de la partie faible consacrent la nullité comme sanction en cas de méconnaissance des exigences du formalisme informatif.

Par exemple, pour le cautionnement, l'article L 341-2 du Code de la consommation établit l'exigence d'une mention manuscrite. Cette règle a pour finalité la protection de la volonté de la caution. Mais alors, si la mention manuscrite fait défaut ou est irrégulière, il faut savoir si le cautionnement est nul ou si par contre il s'agit simplement d'une règle de preuve.

Sur ce sujet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mars 2012, a établi que l'engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel qui ne comporte pas une mention manuscrite identique à celles prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation est nul. En l'espèce, les juges du fond, pour rejeter la demande, ont retenu que si la rédaction de la mention manuscrite prévue à l'article L.341-2 du Code de la consommation n'était pas strictement conforme aux prescriptions légales, il en ressortait cependant que la caution avait, au travers des mentions portées, une parfaite connaissance de l'étendue et de la durée de son engagement, qu'en outre la caution, tenue de recopier la formule prévue par la loi, ne saurait invoquer, pour tenter d'échapper à ses engagements, ses propres errements dans le copiage de cette formule. La Cour de cassation a censuré cette décision et a établi que les mentions manuscrites doivent être identiques à celles prévues par la loi⁵³.

De même, en matière de cession de fonds de commerce, l'article L. 141-1 prévoit la nullité de l'acte de vente comme possible sanction en cas d'omission des énonciations prescrites par la loi. La jurisprudence a réitéré en plusieurs occasions que la nullité résultant de l'omission des formalités prévues par cet article est relative, donc elle ne peut être prononcée que sur la demande de l'acquéreur⁵⁴.

Dans d'autres cas, les législations de protection de la partie faible consacrent d'autres alternatives au moment de sanctionner l'inobservation des exigences du formalisme informatif.

Ainsi, par exemple en matière de crédit immobilier, la sanction prévue est la déchéance du droit aux intérêts. Le Code de la consommation dans son article L. 312-33, modifié par la loi

⁵³ Cass. 1 civ. 16 mai 2012, n. 11-17411. Note S. Piedelièvre, *Gazette du Palais*, mercredi 5, jeudi 6 septembre 2012.

⁵⁴ Com. 17 nov. 1998 : D ; affaires 1999. 116. Lyon, 10 février 1948 : D.1948. *Somm.* 22.

du 17 mars 2014, établit que le prêteur ou le bailleur qui ne respecte pas l'une des obligations prévues aux articles L312-7 et L312-8 (mentions obligatoires de l'offre) sera puni d'amende de 150 000 €. Dans son dernier alinéa cet article établit que le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge⁵⁵.

Pour ce qui concerne les conséquences en matière de contrat de travail à durée déterminée, la sanction prévue est la requalification du contrat. Dans ce sens, en l'absence des mentions exigées par la loi, le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée.

C'est la solution établie par l'article L1242-12 du Code du travail. Ainsi, « l'absence de nom et de qualification de la personne remplacée dans le contrat de travail est désormais sanctionnée par une présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée. L'employeur ne peut donc, comme c'était le cas avant la loi de 1990, pallier l'omission d'une de ces mentions par le recours à d'autres moyens d'information »⁵⁶.

Il résulte clairement des dispositions qui viennent d'être mentionnées que l'inobservation des règles du formalisme informatif peut être sanctionnée par une grande variété de mesures.

Cette diversité des sanctions présente des inconvénients au moment de son application. Il est possible que la loi n'établisse pas expressément une sanction applicable, cas où cela ne soulève pas de majeures difficultés. Mais, il est possible aussi que la loi établisse plusieurs sanctions applicables à la même omission de formes informatives, cas où les solutions consacrées peuvent être complémentaires ou incompatibles entre elles⁵⁷.

Face à cette diversité des sanctions applicables et aux difficultés pour leur mise en œuvre, il est absolument nécessaire de trouver des critères d'unicité pour orienter et organiser la politique des sanctions du formalisme informatif.

B- Le besoin d'unicité de sanction du formalisme informatif

Afin de définir plusieurs critères d'unicité et d'orientation dans la politique des sanctions du formalisme informatif, il faut commencer par identifier l'influence de la sanction sur le concept même du formalisme. La sanction détermine-t-elle le formalisme ?

Ainsi, il est pertinent d'analyser les fonctions exercées par les sanctions du droit privé et déterminer leur influence dans la définition même des règles du formalisme informatif. Certes, les finalités et les fonctions servent d'instruments d'orientation dans l'application des règles de droit.

Il faut donc tout d'abord traiter la fonction réparatrice qu'exerce la sanction. En matière de responsabilité civile, la sanction a une fonction réparatrice ou compensatoire dès lors qu'elle cherche à garantir à la victime la réparation du dommage causé.

Dans le cas de l'inobservation des règles du formalisme informatif, la sanction a pour finalité de réparer le dommage causé au créancier de l'information par l'omission de l'information. Ainsi, par exemple, si dans la conclusion d'un contrat de prêt avec un consommateur, le professionnel omet l'information établie dans l'article L-312-8 du Code de la consommation, le professionnel devra réparer les dommages qui résultent de l'omission.

⁵⁵ En ce sens, V. Cass, 1 civ. 18 mars 2003 : *Bull. civ. I*, n . 84 ; *D.* 2003. AJ 1036, obs. Rondey ; *Gaz. Pal.* 2003, *Somm.* 2574, obs. S. Piedelièvre ; *RTD com.* 2003. 554.

⁵⁶ C. ROYLOUSTAUNAU, *Droit social*, Dalloz, 1997, p. 922.

⁵⁷ H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 445.

En outre, la sanction exerce une fonction comminatoire, surtout parce que la sanction a toujours pour effet d'inspirer la crainte et d'avertir sur les conséquences du comportement en exerçant une pression⁵⁸. Donc la force de la sanction réside « moins dans son caractère réparateur que dans la menace de punition qu'elle fait peser »⁵⁹.

Mais surtout, la sanction du formalisme informatif remplit une fonction préventive⁶⁰. L'imposition de la sanction a pour fonction d'éviter que la personne sanctionnée ne répète le comportement dommageable, mais aussi de prévenir les autres personnes par l'extériorisation des conséquences du comportement sanctionné⁶¹.

« Le législateur voit facilement les avantages du formalisme. Edictant une règle générale et raisonnant pour cela sur les ensembles, il constate que certaines formes empêchent les engagements irréfléchis et ceux qui seraient les fruits de la captation ; que d'autres empêchent les fraudes envers les tiers ; que d'autres, volontairement dépouillés, procurent une rapidité et une sécurité auxquelles le consensualisme n'atteint pas toujours. Du formalisme, il voit essentiellement un rôle préventif »⁶².

Ainsi, les législations de protection de la partie faible, en développant la fonction préventive du formalisme informatif, imposent l'obligation d'introduire des informations dans le contrat, afin d'éviter des engagements irréfléchis. De même, par la consécration des sanctions à l'inobservation des formes informatives le législateur obéit également à la fonction préventive.

Cependant, c'est certainement le juge qui doit appliquer la sanction lorsque les règles légales n'ont pas été respectées. Certes, l'application des sanctions du formalisme informatif, lorsque la loi n'a pas été observée, obéit aussi à la fonction préventive du droit de la responsabilité civile.

« Plus précisément, le juge manifeste son adhésion aux objectifs de la législation lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de certaines catégories de contractants envisagés comme placés en situation d'infériorité »⁶³. Dans ce sens, il est possible d'observer dans les attitudes, tant du législateur que du juge, la tendance préventive qui oriente le droit contemporain des contrats.

Dans cet ordre d'idées, et face à l'anarchie dans l'application des sanctions du formalisme informatif, les fonctions exercées par les sanctions du formalisme informatif peuvent servir de critères d'orientation dans l'application des règles du droit. Plus précisément il est possible d'affirmer que ces fonctions orientent les règles d'application dans la politique des sanctions du formalisme informatif.

Néanmoins, il faut chercher d'autres instruments pour trouver une unicité des critères qui orientent l'application des sanctions du formalisme informatif. Ainsi, étant donnée l'importance de l'information, il est pertinent de scruter le caractère essentiel de l'information et son influence dans le choix et l'application de la sanction.

⁵⁸ G. ORDOQUI CASTILLA, Las funciones del Derecho de danos de cara al siglo XXI, in *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, ed. temis 2010, t. 4, v. 2, p. 11.

⁵⁹ V. MAGNIER, *eod. loc.*, p. 178.

⁶⁰ Sur la prévention comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* p. 184 et s.

⁶¹ R.-D. PINILLA COGOLLO, Las funciones preventivas y disuasivas de la pena, in *Facetas Penales*, n° 54, mayo-junio 2006, p. 79-80.

⁶² G. COUTURIER, *eod. loc.*, p. 887.

⁶³ *Ibid.*, p. 888

- Le caractère essentiel de l'information omise et la protection de la volonté de la partie faible
Face à la multiplication des formes informatives en droit contemporain, plusieurs auteurs coïncident pour affirmer qu'il est difficile d'établir un critère général qui oriente les sanctions applicables en cas de méconnaissance des règles du formalisme informatif.

En effet, certains affirment que cette complexité réside dans la difficulté pour identifier les intérêts dont la règle de forme est destinée à assurer la sauvegarde⁶⁴. D'autres affirment que c'est à partir des finalités reconnues au formalisme qu'il faut raisonner pour déterminer les sanctions attachées aux règles qui le mettent en œuvre⁶⁵.

Toutefois, l'objet des formes informatives, plus précisément des mentions obligatoires, est l'information. Certes, les mentions obligatoires concernent les éléments essentiels du contrat et les protections accordées par la loi.

Ainsi, la finalité des règles de forme est la protection de la volonté des parties au contrat, et l'instrument utilisé est l'information⁶⁶. Dès lors, le législateur exige l'inclusion dans les contrats des mentions obligatoires sur les informations du contrat qu'il considère importantes pour former le consentement de la partie réputée plus faible.

Cependant, toute l'information qui doit être consignée dans le contrat n'a pas la même importance par rapport à la nature du contrat ou ses éléments. Certes, quelques informations revêtent un caractère plus essentiel pour la formation du consentement.

Ainsi par exemple l'article L121-17 du Code de la consommation prévoit que l'offre, lorsqu'elle est adressée par un moyen de communication à distance doit comporter des informations détaillées sur la durée et la validité de l'offre et aussi sur le coût de la technique de communication à distance utilisée, entre autres. Dans ce cas on ne peut affirmer que ces deux types d'informations ont la même importance pour déterminer la volonté du consommateur. Surtout car chaque contractant a des intérêts différents dans la conclusion du contrat, et une information qui est plus importante pour une personne peut être secondaire pour une autre.

Dans cet ordre d'idées, le caractère essentiel de l'information exigée par la règle de forme doit être déterminant pour définir la sanction applicable en cas de violation de la norme.

Dès lors, il faut tout d'abord se demander ce que signifie

« essentiel » ? L'Académie Française définit « essentiel » ainsi : « Qui a trait à l'essence ». « Qui appartient à l'essence, indépendamment de l'accident. Absolument nécessaire, indispensable ».

Alors, l'essentialité de l'information doit être définie par rapport aux éléments essentiels du contrat, ce qui ne peut pas être omis pour former le consentement. Ce qui est accidentel n'est pas essentiel.

En conséquence le caractère essentiel de l'information sera déterminé par rapport à ce qui est essentiel pour la formation d'un consentement contractuel sain. Ainsi, il sera possible d'établir des degrés afin d'organiser les informations exigées par rapport à son essentialité ou importance. Alors, lorsqu'une information essentielle est exigée, son omission devra être sanctionnée par une sanction sévère, par exemple la nullité du contrat.

⁶⁴ G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme informatif, *art. préc.*, p. 886.

⁶⁵ H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 376.

⁶⁶ Sur l'information comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* p. 154 et s.

Le caractère essentiel de l'information doit être le critère pour déterminer la sévérité de la sanction. En ce sens, dans toute la panoplie des dispositions législatives du formalisme informatif, le critère tenant au caractère essentiel de l'information peut être déterminant pour orienter la politique des sanctions du formalisme informatif.

Ainsi, il ne fait aucun doute que l'application de la sanction en cas d'inobservation des règles de forme est très importante pour déterminer la force du formalisme informatif.

Conclusion

Le formalisme informatif est un instrument conçu, en principe, pour le bénéfice des consommateurs. En ce sens, il ne devrait être que « source de bienfaits et d'avantages à leur égard ». Cependant, malheureusement, de l'application de ces règles, ne découlent pas toujours des effets avantageux pour les consommateurs. Par contre, on trouve divers paradoxes dans son application, parfois dus à l'insuffisance de la protection

Le législateur établit l'obligation d'insérer dans le contrat l'information qu'il considère pertinente, mais elle est parfois inefficace pour informer effectivement le consommateur ou elle peut être insuffisante face au consommateur

Sur l'inefficacité de l'information, il n'est pas douteux que le but recherché par le formalisme informatif consiste à doter le consommateur de l'information pertinente du contrat pour le protéger et ainsi rétablir l'équilibre contractuel dans le rapport avec le professionnel.

Pour cela, l'information objet des règles du formalisme informatif doit être de contenu pertinent et appropriée pour informer effectivement consommateur et aussi compréhensible⁶⁷ et maîtrisable pour lui, situation qui n'est pas évidente dans tous les cas, à cause de la condition de profane du cocontractant.

Cependant, l'efficacité de l'information objet des exigences du formalisme informatif n'est pas toujours claire. Parfois l'information fournie au consommateur ne l'informe pas effectivement, à cause de sa complexité ou parce que la condition même de profane du consommateur lui pose des difficultés pour maîtriser des clauses du contrat⁶⁸.

Ainsi, « l'abondance et la complexité du formalisme en font un instrument difficilement maîtrisable par ceux-là mêmes auxquels il est destiné »⁶⁹.

Le formalisme informatif sera donc inutile si le profane n'a pas la capacité de comprendre le contenu des clauses du contrat, ou si simplement il ne les lit pas, hypothèse où l'on est tenté de croire que « paradoxalement ce genre de mesure est pratiquement sans effet sur les consommateurs les plus défavorisés. Pour eux, l'amélioration du consentement relève en grande partie de l'utopie »⁷⁰.

Références Bibliographiques :

Ouvrages :

⁶⁷ Importance de l'obligation de clarté, V. *supra* p. n . 483.

⁶⁸ « Ainsi le formalisme informatif, dispositif de protection du consommateur, est plus efficace si le cocontractant auquel est destinée l'information est un professionnel ». V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, n^o. 540.

⁶⁹ A. BATTEUR, La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : Réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de voyages, *D.* 1996, chron., p. 84.

⁷⁰ J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.* 1994 239, p. 244

1-B. DUBUISSON et G. TOSSENS, Les relations entre professionnels en droit belge, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 476

2-C.I. JARAMILLO, *Derecho Privado, Derecho de Contratos*, v. 2, éd. Ibañez, 2014, p. 1354.

3-D. PEÑA VALENZUELA, La protección del consumidor en el comercio electrónico, in *Perspectivas del Derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Dir. Carmen Ligia Valderrama, 2013, p. 481

4-G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme informatif, *art. préc.*, p. 886.

5-H. DAVO, Formalisme bancaire et protection du consommateur, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 329

6-V. MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP*, 2004.I.106, p. 179

7-G. ORDOQUI CASTILLA, Las funciones del Derecho de danos de cara al siglo XXI, in *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, ed. temis 2010, t. 4, v. 2, p. 11.

8-Sur la prévention comme fonction du formalisme informatif, V. *supra* p. 184 et s.

9-R.-D. PINILLA COGOLLO, Las funciones preventivas y disuasivas de la pena, in *Facetas Penales*, n^o. 54, mayo-junio 2006, p. 79-80.

Jurisprudences :

10-Dans ce sens, Cass. 1 civ. 21 janvier 1992, *Bull. civ. I*, no. 22, p. 15.

11-Cass. 1 civ. 16 mai 2012, n . 11-17411. Note S. Piedelièvre, *Gazette du Palais*, mercredi 5, jeudi 6 septembre 2012.

12-Com. 17 nov. 1998 : *D* ; affaires 1999. 116. Lyon, 10 février 1948 : *D.1948. Somm.* 22.