

La formation du contrat de vente immobilière : vers un contrat solennel ?

Auteur : Anesi, Robin

Promoteur(s) : Kohl, Benoit

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/5389>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La formation du contrat de vente immobilière : vers un contrat solennel ?

Robin ANESI

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit privé
Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Benoît KOHL
Professeur

RESUME

En son article 1583, le Code civil énonce que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Cet article est-il encore d'actualité en ce qui concerne la vente immobilière ? En effet, cette dernière se complexifie – modalités de paiement, transfert de propriété, entrée en jouissance, contenu et signature d'un compromis, situation urbanistique, hypothécaire et locative du bien – autant d'éléments qui peuvent revêtir une importance particulière pour un contractant. Cette simplicité quant à la formation du contrat peut mener à de fâcheuses situations pour les particuliers. Face à ce constat, la jurisprudence semble remettre en cause le principe du consensualisme.

L'accord sur la chose et sur le prix suffit-il toujours à nouer un lien obligatoire en matière de vente d'immeuble ? Ne nous dirigerions-nous pas vers un contrat solennel ?

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier le Professeur Benoît Kohl pour m'avoir donné l'opportunité d'écrire sur ce sujet passionnant ainsi que pour ses conseils lors de la réalisation de ce travail.

Je tiens également à remercier Madame Nadeige Bleve pour sa disponibilité.

Enfin, je remercie mes proches, particulièrement Héloïse et Jérémie, pour leur soutien tout au long de ce travail de fin d'études.

TABLE DES MATIERES

Introduction	8
I.- Vue d'ensemble du formalisme contractuel	10
A. Brève histoire du formalisme et du consensualisme	10
B. Définition du formalisme contractuel.....	13
C. le formalisme <i>versus</i> le consensualisme	13
D. Les avantages et les inconvénients du formalisme	14
E. Typologies du formalisme	15
1) Formalisme légal et formalisme conventionnel	15
2) Formalisme direct et formalisme indirect	16
a) Le formalisme direct	17
b) Le formalisme indirect	17
1. Les formes probatoires	17
2. Les formes de publicité	18
3. Les formalités fiscales	19
c) Un formalisme d'un genre nouveau : le formalisme de protection	19
II.- La remise en cause du caractère consensuel de la formation du contrat de vente immobilière.....	22
F. L'approche traditionnelle.....	22
1) L'offre et l'acceptation	24
a) L'offre	24
1. Définition	24
2. Les caractéristiques de l'offre	24
a. Fermeté.....	24
b. Précision	25
c. Extériorisation	26
3. La force obligatoire de l'offre.....	27
b) L'acceptation	27
2) Critique de cette théorie	27
G. L'approche innovante	29
3) Une jurisprudence étonnante de la Cour d'appel de Bruxelles.....	29
a) L'arrêt du 23 juin 2011.....	29
1. Les faits	29
2. La Décision de la Cour	30
b) L'arrêt du 18 novembre 2011	31
1. Les faits	31
2. La décision de la Cour	32
c) Critiques de ces deux arrêts	32
4) La multiplication des exigences urbanistiques, environnementales et énergétiques.....	35
a) Attestation du sol et condition suspensive.....	36
1. Notion de condition suspensive.....	36
2. Les interactions entre le droit administratif immobilier et la condition suspensive	37

b)	L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 14 octobre 2013	38
c)	L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016	39
1.	Les faits	39
2.	La décision.....	39
3.	La preuve de la vente immobilière à l'aune des nouvelles technologies de l'information..	40
III.-	Les remèdes à la complexification de la vente immobilière	43
A.	La formation du contrat de vente immobilière en droit français	43
B.	Vers un contrat de vente immobilière solennel ?	47
1)	Le renforcement du rôle du notaire	47
2)	Le contrat de vente immobilière solennel.....	48
Conclusion.....		50
Bibliographie.....		53

Introduction

En son article 1583, le Code civil énonce que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Cette disposition traduit la conception consensualiste qui gouverne le droit commun de la vente immobilière. En effet, de la rencontre instantanée d'une offre, contenant les éléments essentiels du contrat de vente immobilière (la chose et le prix), et d'une acceptation corrélative, le contrat et ses effets prennent naissance. Rares sont les parties qui se contentent d'un simple accord sur la chose et le prix. Elles souhaitent, au contraire, s'accorder sur toute une série d'autres éléments supplémentaires qui revêtent une importance particulière à leurs yeux. Si avant la conclusion du contrat, une partie omet d'informer son cocontractant de l'existence d'un élément déterminant pour elle, ce dernier sera considéré comme accessoire et n'empêchera pas la convention de naître¹. Dans la majorité des cas, les parties profanes n'ont l'impression d'être engagées, du moins en ce qui concerne les actes importants, que lorsqu'elles « manifestent un signe fort »², tel que la signature d'un écrit par exemple. Et « si dans la pratique, un contrat est souvent considéré comme formé au moment où les signatures des parties sont apposées au pied de l'écrit qui les constate, en droit, quand l'offre est ferme et suffisamment précise, le contrat est conclu dès la première acceptation »³. Ainsi, les parties ne sont pas toujours conscientes qu'elles sont définitivement engagées sur le plan du droit dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation. En outre, généralement, les documents sont rédigés et signés dans la précipitation et, dans cette hâte, les parties ne prennent pas le temps de vérifier des éléments aussi importants que leur capacité contributive, la situation hypothécaire, urbanistique et locative du bien, l'estimation de sa valeur⁴,...

Cette simplicité et cette rapidité quant à la formation de la vente immobilière s'accommodent mal avec le nombre grandissant de formalités de protection exigées par les réglementations administratives régionales et requises non seulement *ad probationem* mais aussi *ad validitatem*⁵.

¹ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 162.

² B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 508.

³ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 183.

⁴ P. JADOUL, « La négociation immobilière », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, De Boeck, 2005, p. 72.

⁵ P.-Y. ERNEUX ET M. VON KUEGELGEN, « La singularité de la vente immobilière à l'aune des contraintes issues du droit administratif ou vers un indispensable retour aux sources du droit des contrats », *Jurim Pratique*, 2014/2, p. 205.

Enfin, le développement des moyens de communication à distance engendre également des difficultés au niveau de la formation des contrats de vente immobilière. Un échange d'e-mails ou de SMS peut-il former valablement une convention ? Une certaine jurisprudence semble répondre par la négative.

Dans ce contexte, est-il encore raisonnable de considérer le contrat de vente immobilière comme consensuel ?

Dans une première partie, nous exposerons une vue d'ensemble du formalisme contractuel (I). Dans une deuxième partie, nous découvrirons en quoi le contrat consensuel de vente immobilière est, actuellement, mis à mal par les législateurs régionaux et par la jurisprudence (II). Dans une dernière partie, nous proposerons quelques pistes de réflexion, notamment, en nous inspirant du droit français et en reprenant quelques solutions proposées en doctrine (III).

I.- VUE D'ENSEMBLE DU FORMALISME CONTRACTUEL

Bien que le formalisme ne soit pas l'objet central de notre étude, il sera présent tout au long de celle-ci. Dans cette optique, nous avons jugé opportun de consacrer cette première partie à une vue d'ensemble du formalisme contractuel. Cette tâche ne sera pas des plus aisées étant donné l'hétérogénéité qui règne en la matière. Toutefois, nous tâcherons d'en dégager les lignes directrices. Premièrement, nous proposerons une brève histoire du formalisme⁶ (A). Nous étudierons son évolution de l'ancien Droit romain à nos jours. Deuxièmement, nous proposerons une définition du formalisme contractuel et du consensualisme (B). Troisièmement, nous verrons en quoi le formalisme s'oppose au consensualisme (C). Quatrièmement, nous présenterons les avantages et les inconvénients des formes (D). Dernièrement, une typologie du formalisme sera établie (E).

A. BREVE HISTOIRE DU FORMALISME ET DU CONSENSUALISME

Tout au long de son développement, la formation du contrat en Droit romain fut marquée par une prédominance du formalisme. En effet, bien que certains contrats consensuels⁷ existent de manière exceptionnelle dès l'époque classique, le Droit romain ne consacrera jamais le principe du consensualisme⁸. Selon Gabriel Lepointe et Raymond Monier : « Le Droit romain, malgré ses adoucissements certains, ne s'est jamais départi de l'exigence des moules formalistes, les quelques exceptions que l'on trouve demeurent des exceptions très limitées »⁹. Le principe était que *ex nudo pacto actio non nascitur*¹⁰. La volonté ne peut, à elle seule, emporter la conclusion du contrat¹¹. En effet, elle doit

⁶ L'histoire du droit présente encore, de nos jours, une importance particulière. Patrick Wéry insiste sur « l'intérêt que les juristes contemporains ont à ne pas faire table rase de ces monuments historiques » (P. WÉRY, « Mutations et défis du nouveau droit belge des obligations », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Kluwer, vol. 60, n° 2, pp. 209 à 211).

⁷ C'est le cas du contrat de vente, de louage, de société et de mandat en Droit romain. Sur la question, cf. par ex. : G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, pp. 231 à 279.

⁸ S. NOEL, « Les effets pervers du formalisme », Thèse de doctorat en Droit privé, sous la direction de Pierre-Yves Gautier, Paris, Université Panthéon Assas, 2012, p. 15.

⁹ G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 181.

¹⁰ Ce qui signifie que « le pacte nu ne donne naissance à aucune action ».

¹¹ Le droit romain primitif ne s'intéressait pas à la volonté véritable des parties. En effet, la forme la faisait présumer de façon irréfutable. Voy. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 931 et s.

s'extérioriser par diverses formalités. Généralement par des rites¹² ou par la prononciation de paroles solennelles¹³. Toutefois, à la période classique, les choses évoluent. Le commerce international se développe et les relations commerciales ne doivent pas être entravées par un formalisme trop lourd. Le droit s'adapte pour répondre à un besoin d'efficacité. Les formalités archaïques et rigides s'effacent pour laisser la place à des formes plus souples. De son côté, le consensualisme gagne aussi du terrain¹⁴.

Pendant la période du haut Moyen-Âge, on assiste à un retour en arrière. Le formalisme l'emporte nettement sur le consensualisme. La volonté « s'efface derrière la forme ou le rite dans lesquels elle se coule »¹⁵. Les choses ne s'amélioreront pas à l'époque féodale¹⁶.

Il faudra attendre le XII^e siècle pour que le consensualisme refasse son apparition. À cette époque, le droit Romain¹⁷ et le droit canon coexistent. Les glossateurs restent fidèles au formalisme et aux solutions romaines¹⁸. La forme est toujours nécessaire afin de faire naître une action. C'est la *stipulatio*, formalité simple et s'adaptant à toute forme contractuelle, qui sera utilisée au Moyen-Âge. Cette simplicité dans la forme laissa plus de place à l'intention réelle des parties¹⁹.

Dans cette matière, l'influence²⁰ de l'Église fut prépondérante. Le consensualisme évolua sous le prisme du serment, du respect de la parole donnée. Petit à petit, les formes du serment vont s'assouplir et on s'intéressera uniquement à la volonté des contractants. Huguccio condamnera tout formalisme et dira : « La solennité n'est qu'un "signe" ; un

¹² C'est le cas, par exemple, du *nexum* qui était une forme très ancienne du prêt à intérêt. Ce contrat se concluait *per aes et libram* (par l'airain et la balance). Sur la question, cf. par ex. : DEROUSSIN, D., *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, pp. 203 et s.

¹³ Par exemple, la *stipulatio* qui était un contrat se formant par l'échange de paroles solennelles. Sur la question, cf. par ex. : P., OURLIAC, et J., DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, p. 30 et suivantes.

¹⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 39 et 40.

¹⁵ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Monchrestien, 1998, p. 84.

¹⁶ S. NOEL, « Les effets pervers du formalisme », Thèse de doctorat en Droit privé, sous la direction de Pierre-Yves Gautier, Paris, Université Panthéon Assas, 2012, p. 16.

¹⁷ Droit qui renaît de ses cendres au milieu du 12^e siècle avec la découverte du Digeste de Justinien.

¹⁸ Les glossateurs réitérèrent l'idée que le pacte nu n'engendre aucune action. Ils créent la théorie des vêtements. On distingua le pacte nu qui est « stérile » et le pacte vêtu qui engendre une action. Chaque formalité correspond à un vêtement (par exemple, la *res* du contrat réel, les *verba* de la stipulation, le *consensus* du contrat consensuel etc.). En ce qui concerne les contrats consensuels, qui n'ont aucun vêtement à proprement parler, Accurse explique que « le consentement est lui-même un vêtement ; mais tandis que les pactes sont de leur nature frileux, la vente ou le mandat sont "gras et chauds par leur nature et un rien suffit à les habiller" » (cité par P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, p. 85.)

¹⁹ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Monchrestien, 1998, p. 358.

²⁰ Influence d'ordre moral.

promettant est obligé par sa simple promesse, car toujours le mensonge est un péché mortel »²¹.

Entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, malgré quelques réticences des humanistes²² tels que Cujas et Alciat au XVI^e siècle, le consensualisme gagne son combat contre le formalisme²³. Au dernier siècle de l'ancien régime, le principe *solus consensus obligat*²⁴ est bien implanté en droit français.

Les rédacteurs du Code civil français validèrent la théorie de l'autonomie de la volonté. De manière indirecte²⁵, le Code civil consacre le principe du consensualisme²⁶. Cependant, il faut noter que le formalisme n'a pas complètement quitté le paysage juridique lors de l'adoption du Code. En effet, la formation de certains contrats est encore soumise à des exigences formelles²⁷.

À l'heure de faire le bilan du consensualisme, il semblerait que les choses ne soient pas parfaites et ne répondent pas toujours aux besoins de la pratique. Dans ce contexte, le formalisme, relégué au titre « *d'exception* », tend à retrouver son importance d'antan.

²¹ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 86 et 87.

²² Sur le rejet du consensualisme par l'humanisme du 16^e siècle, cf. par ex. : D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, p. 159.

²³ Charles Du Moulin remarque que le formalisme ne répond plus aux besoins de son époque. En effet, la *stipulation* est sous-entendue dans toutes les conventions. Le formalisme n'a donc plus d'utilité et seul le consentement oblige (D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, pp. 161 et 162.). Antoine Loisel affirme que « on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles. Et autant vaut une simple promesse que les stipulations du droit romain » (A. LOYSEL, *Institutes coutumières : Ou manuel de plusieurs et diuerfes reigles, sentences, & Prouerbes tant anciens que modernes du Droict Coutumier & plus ordinaire de la France*, Paris, Abel L'Angelier, 1607, 1^{re} éd., livre III, titre I, II.). ». Quant à Grotius en Hollande et Domat²³ en France, tout deux penseurs de l'École du droit naturel, ils se positionnent clairement du côté du consensualisme.

²⁴ Ce qui signifie « seul le consentement oblige ».

²⁵ En droit français contemporain, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations introduit le nouvel article 1172 du Code civil qui consacre explicitement le principe du consensualisme. L'article 5.32 de l'avant-projet belge de réforme du droit des obligations approuvé le 30 mars 2018 par le Conseil des ministres le consacre également.

²⁶ En son article 1108, le Code civil énonce : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ». La convention est donc valable sans respecter l'accomplissement de l'une ou l'autre forme.

²⁷ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 286.

B. DEFINITION DU FORMALISME CONTRACTUEL

Tout d'abord, il convient de définir la notion de formalisme contractuel. Selon Hervé Jacquemin, « le formalisme contractuel désigne l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation »²⁸. En ce qui concerne le consensualisme, celui-ci peut être défini comme un principe en vertu duquel le choix de la forme est totalement libre quant à la formation du contrat. L'affirmation selon laquelle, dans une conception consensualiste, la formation du contrat n'est soumise à aucune forme, est erronée. En effet, que cela soit de manière orale, par une poignée de main ou bien par la rédaction d'un écrit, le recours à une forme est toujours nécessaire pour extérioriser l'échange des consentements²⁹. Ainsi, le consensualisme n'est pas synonyme d'absence de forme mais plutôt de liberté de forme³⁰.

C. LE FORMALISME *VERSUS* LE CONSENSUALISME

Le formalisme et le consensualisme s'opposent-ils réellement ? Tout dépend de l'époque dans laquelle nous nous situons. En effet, l'intensité du formalisme varie d'une époque à l'autre³¹. Génys écrit qu'« au formalisme, instinctif et symbolique, du début se substitue, de plus en plus un formalisme réfléchi et utilitaire »³². En d'autres termes, au formalisme primitif de l'ancien Droit romain, s'est substitué un formalisme d'un genre nouveau. En droit moderne, les formes ne sont plus pratiquées de manière aveugle mais elles sont évaluées³³. Comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, en plus des formalités au sens strict, nécessaires à la formation du contrat, existent des formalités dites « indirectes » ou « atténuées ». Ces dernières, lorsqu'elles sont accomplies, facilitent la preuve d'un acte juridique, le rendent opposable aux tiers ou bien informent une partie afin de la protéger³⁴.

²⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 29. Nous verrons par la suite, qu'en plus du formalisme légal, existe un formalisme conventionnel dont les formes sont déterminées d'un commun accord par les cocontractants.

²⁹ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 277.

³⁰ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 277.

³¹ N. LAURENT-BONNE ET S. TISSEYRE, « Regards croisés sur le formalisme », in *Le formalisme : sources et techniques en droit positif*, Actes du colloque du 20 octobre 2016 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, p. 3.

³² F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921, p. 103.

³³ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921, p. 102.

³⁴ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 289.

Dans ce contexte, le formalisme, plutôt que de s'opposer au consensualisme, assure son efficacité. Ce formalisme contemporain est au service du consentement³⁵. La seule exception au principe du consensualisme est la forme susceptible de remettre en cause la validité de l'acte juridique³⁶.

D. LES AVANTAGES ET LES INCONVENIENTS DU FORMALISME

De manière générale, le formalisme est perçu négativement, et ce, certainement à cause de son aspect contraignant. Il peut, dans certains cas, être risqué. En effet, un contractant de mauvaise foi pourrait aisément revenir sur ses engagements pour une simple irrégularité de forme³⁷. Il est également reproché à celui-ci de ralentir et de compliquer les relations contractuelles mais aussi d'être parfois trop fastidieux. Cependant, force est de constater que son objectif n'est pas uniquement réduit à alourdir le processus de formation du contrat. Les formalités exigées par le législateur ne sont pas toujours synonymes de rigidité ou d'immobilisme³⁸. Jacques Flour écrit en 1950 : « formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative (...) »³⁹.

Le formalisme, encadre la volonté des parties. Il permet de conscientiser pleinement les contractants sur la portée de leurs engagements et leur laisse un délai de réflexion plus important pour réfléchir à ceux-ci⁴⁰. Par ailleurs, il convient de rappeler l'existence des formalités, non pas destinées à former valablement le contrat, mais à assurer son efficacité⁴¹. Certes, le formalisme est sans conteste une entrave à la liberté contractuelle des parties, cependant, selon nous, il est nécessaire de considérer que « la sécurité a un prix et que le risque, lorsqu'il se produit, a un coût »⁴².

³⁵ J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 939.

³⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 33.

³⁷ B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 33.

³⁸ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 279.

³⁹ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. I, p. 101, n° 9.

⁴⁰ À ce sujet, Savigny écrit : « Dans l'intérêt de la prospérité des relations civiles, il est 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 désirable ». Savigny cité et traduit dans R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, Paris, Librairie Mareseq Ainé, 1889, p. 189. Cité dans E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 279.

⁴¹ Il est ici question des formes probatoires et des formes de publicité. Le respect des premières assure l'opposabilité de l'acte à l'autre partie au contrat et le respect des secondes assure, quant à lui, l'opposabilité de l'acte aux tiers.

⁴² B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 497 et s.

E. TYPOLOGIES DU FORMALISME

Comme nous l'avons souligné précédemment, au milieu du XX^e siècle, le formalisme renaît. Si ce dernier était assez simple avant cette résurgence⁴³, les exigences de formes et leurs finalités sont, de nos jours, très variées. Dans la matière du formalisme, l'hétérogénéité règne en maître. La doctrine n'a pas manqué de tenter de mettre de l'ordre dans la matière. Ainsi, diverses typologies regroupant plus ou moins de catégories sont proposées par plusieurs auteurs⁴⁴ : formalisme direct et indirect, formalisme probatoire, de publicité, habilitant, fiscal et administratif, formalisme de protection, formalisme électronique etc. Dans le cadre de ce travail, nous n'étudierons pas toutes ces divisions. Cependant, nous exposerons les principales catégories et, plus particulièrement, celles qui nous seront utiles dans la suite de notre étude⁴⁵. En premier lieu, nous distinguerons le formalisme légal du formalisme conventionnel. En second lieu, nous opposerons le formalisme direct au formalisme indirect. Nous tâcherons aussi de montrer en quoi ces deux notions sont liées. Pour finir, nous présenterons un formalisme récemment né : le formalisme de protection.

1) *Formalisme légal et formalisme conventionnel*

À côté du formalisme légal, c'est-à-dire, celui imposé par la loi ou le règlement, existe un formalisme dit conventionnel ou volontaire⁴⁶. En effet, il n'est pas rare que les parties, d'un commun accord, soumettent la validité de leur contrat à une forme déterminée ou bien exigent celle-ci afin d'assurer l'efficacité de leur convention. Dans le premier cas, on parlera alors de formes solennelles et, dans le deuxième cas, de formes probatoires ou de publicité. Il n'est pas étonnant que les parties recourent régulièrement à cette pratique⁴⁷ car, en tout cas pour ce qui est des actes importants, le particulier n'a l'impression d'être réellement engagé que « lorsqu'il a manifesté un signe fort (...) » et « l'exigence d'une forme permet la

⁴³ En effet, si on s'en tient au formalisme au sens strict, l'hétérogénéité est limitée.

⁴⁴ . B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 12 et s ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921, pp. 107 et s., n° 205 ; M. DEMOULIN ET E. MONTERO, : « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Cahier du C.R.I.D.* n° 23, 2003, pp. 139 à 150 ; X. LAGARDE, « observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I 170, 1999, p. 1773, n° 14 et 15 ; F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 209 et 210, n°136.

⁴⁵ Plus particulièrement dans la troisième partie de notre travail dans laquelle nous tenterons de trouver des solutions à la complexification de la vente immobilière.

⁴⁶ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 293.

⁴⁷ Comme le remarque Elise Charpentier, dans certains cas, « 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 (...) ». On parle alors de formalisme imaginaire. (E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 293).

coïncidence entre le droit et le fait psychologique »⁴⁸. Quant à la nature du formalisme légal et du formalisme conventionnel, les opinions de la doctrine sont divergentes. Selon E. Charpentier⁴⁹, les uns estiment que le formalisme volontaire relève plus du consensualisme⁵⁰ et certains vont même jusqu'à dire qu'il est une manifestation de ce dernier⁵¹. Les autres, au contraire, estiment que si les formalités ont été rendues impératives par les parties, alors on est bien confronté à du formalisme. Selon eux, peu importe la source des obligations, c'est le caractère impératif qui est déterminant. Enfin, d'autres auteurs ont une position plus nuancée. Ainsi, d'après S. Zaki Magdi, le formalisme conventionnel est marginalisé entre le consensualisme et le formalisme légal⁵². Elise Charpentier, quant à elle, propose une solution séduisante : « 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 »⁵³. Précisons tout de même que les formalités trouvant leur existence dans la volonté des parties, peuvent être modifiées voire même détruites par ces dernières⁵⁴.

2) *Formalisme direct et formalisme indirect*⁵⁵

L'étude du formalisme ne peut se limiter à l'analyse du formalisme au sens strict, requis pour la validité de l'acte. En effet, il convient de parler, également, du formalisme au sens large, requis non pas pour la validité mais bien pour l'efficacité de l'acte. Ce dernier, comme nous le verrons, englobe le formalisme probatoire et de publicité mais aussi les formalités fiscales et administratives.

⁴⁸ B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 508.

⁴⁹ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 294.

⁵⁰ C'est la position adoptée par B. Nuytten et L. Lesage. Voy. B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 504.

⁵¹ En effet, selon M.-A. Guerriero, « il n'y a donc pas exception au principe du consensualisme (...), mais bien au contraire application de ce principe » (M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Paris 1975, p. 89).

⁵² S. ZAKI MAGDI, « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre » in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 38 n° 4, Octobre-décembre 1986, p. 1049.

⁵³ E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », in *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, p. 294.

⁵⁴ P. BRASSEUR, *Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé*, Université catholique de Louvain. Faculté de droit. Collège Thomas More, 2001, p. 16.

⁵⁵ B. Nuytten et L. Lesage opposent au formalisme strict, direct ou substantiel un formalisme indirect ou atténué. Voy. B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 12 et s.

a) Le formalisme direct

Le formalisme dit direct, au sens strict ou requis *ad solemnitatem* est, nous le rappelons, celui qui subordonne la validité du contrat à une formalité déterminée. Sur le plan des manifestations de ce type de formalisme, c'est l'écrit⁵⁶ qui est régulièrement utilisé⁵⁷. L'objectif commun des formalités au sens strict est de protéger le consentement des parties ou de l'une d'elles⁵⁸. Comme le souligne G. Couturier, « les exigences de solennité auxquelles sont soumis certains actes sont des précautions prises en vue de parvenir, autant que possible, à ce que le consentement des parties soit réfléchi et donné en toute connaissance de cause »⁵⁹. En ce qui concerne la sanction, on enseigne que l'inobservation d'une règle de forme solennelle, entraîne la nullité de l'acte. Cependant, cette inobservation peut aussi être soumise à d'autres sanctions sans sortir de la catégorie du formalisme solennel⁶⁰.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons prendre comme exemple d'acte juridique solennel, le contrat d'hypothèque. En son article 76, la loi hypothécaire énonce : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire (...) ».

b) Le formalisme indirect

Le formalisme dit indirect ou atténué n'est pas requis afin de conclure valablement un acte juridique mais a pour but d'assurer son efficacité⁶¹. Comme nous l'avons vu, cette catégorie est composée de plusieurs sous-divisions. Les formes probatoires seront analysées plus en détail étant donné l'importance qu'elles revêtissent pour la suite de l'exposé. Les formalités de publicité et fiscales feront, quant à elles, l'objet de moins longs développements.

1. Les formes probatoires

Le formalisme probatoire ou *ad probationem* est exigé afin de prouver, et non afin de former, valablement un acte juridique. Sur le plan des manifestations des formes probatoires,

⁵⁶ L'acte authentique ou l'acte sous seing privé.

⁵⁷ B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 13.

⁵⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 287.

⁵⁹ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 882.

⁶⁰ Selon Hervé Jacquemin, le non-respect d'une formalité solennelle n'est pas sanctionné uniquement par la nullité. En effet, l'acte juridique peut être converti. D'après lui, « les formes assorties d'une sanction civile qui ne consiste pas en la nullité de l'acte mais en sa conversion peuvent ressortir au formalisme solennel, dans la mesure où cette sanction porte directement sur l'acte juridique et n'a pas pour seule incidence de compliquer l'administration de la preuve » (H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 259).

⁶¹ B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 19.

à l'instar du formalisme solennel, c'est l'écrit qui est souvent requis⁶². L'objectif d'un tel formalisme est de garantir la sécurité des relations contractuelles en offrant un moyen de preuve efficace aux parties⁶³. Parfois, de manière indirecte, la forme requise à titre de preuve remplit la fonction principale du formalisme au sens strict. Comme le note M.-A. Guerriero, « la rédaction d'un tel acte (*l'instrumentum*), outre son utilité propre en ce qui concerne la preuve, réunit certains avantages de la solennité : elle incite les parties à la réflexion, et en tout cas à préciser exactement leur volonté (...) »⁶⁴. Pour ce qui est des sanctions, l'inobservation d'une règle de forme probatoire n'entraîne pas la nullité du *negotium* mais bien de l'*instrumentum*. Sur ce point, nous adhérons à la pensée de H. Jacquemin qui préfère parler de « conversion » plutôt que de « nullité » car des effets sont tout de même reconnus à un *instrumentum* irrégulier⁶⁵. Ainsi, l'acte authentique nul peut valoir comme acte sous seing privé s'il a été signé par les parties. Dans le même ordre d'idées, l'acte sous seing privé nul peut être converti en commencement de preuve par écrit. Il n'est donc pas impossible mais plus difficile, pour les parties munies d'un support d'une force probante moindre, de prouver leurs engagements. La sanction est le critère permettant de distinguer, sur un plan purement juridique, la forme solennelle de la forme probatoire⁶⁶. Cependant, il est intéressant de remarquer que, du point de vue de la pratique, le défaut de preuve peut avoir des conséquences semblables à celles de la nullité de l'acte juridique⁶⁷. J. Flour écrit à ce sujet que « l'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, (...) est, dans une large mesure, artificielle »⁶⁸.

Prenons un exemple de formalisme probatoire : en matière de vente immobilière un accord sur la chose et le prix suffit à faire naître le contrat⁶⁹. Ultérieurement, l'exigence de forme imposée par l'article 1341 du Code civil pour la preuve de l'acte sera satisfaite par l'établissement d'un acte sous seing privé prenant le plus souvent la forme d'un compromis de vente⁷⁰.

2. Les formes de publicité

Le formalisme de publicité est imposé aux parties afin d'opposer l'acte juridique aux tiers. L'objectif de ces formes est de s'assurer que les tiers soient informés de l'existence de cet acte. Ces formalités sont principalement de deux types : la transcription⁷¹ ou l'inscription⁷²

⁶² Par exemple, l'article 1341 du Code civil.

⁶³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 244.

⁶⁴ M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Paris 1975, p. 169.

⁶⁵ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 232.

⁶⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 240.

⁶⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 238 et 239.

⁶⁸ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. I, p. 98, n° 6.

⁶⁹ Dans la deuxième partie de ce travail, nous analyserons cette matière en profondeur.

⁷⁰ B. NUYTTEN ET L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 500 et s., n° 20.

⁷¹ Article 1^{er} de la loi hypothécaire.

à la conservation des hypothèques. Dans le premier cas, la notification est adressée à un tiers déterminé et, dans le deuxième cas, on ne peut déterminer avec précision qui devrait avoir connaissance de l'acte juridique⁷³.

Reprenons l'exemple de la vente immobilière. En son article 1, alinéa 1, la loi hypothécaire énonce : « Tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, (...) seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude ». La passation de l'acte authentique chez le notaire est donc une formalité destinée à assurer l'efficacité du contrat de vente, à le rendre opposable aux tiers.

3. Les formalités fiscales

Cette catégorie de formalisme a pour objectif principal d'informer l'administration afin que cette dernière perçoive l'impôt. Ainsi, en matière de vente immobilière, la formalité de l'enregistrement est exigée par l'article 19, 2° du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe⁷⁴.

c) Un formalisme d'un genre nouveau : le formalisme de protection⁷⁵

Comme nous l'avons vu, à la fin du XX^e siècle, est née une nouvelle catégorie de formalisme : le formalisme de protection⁷⁶. Ce dernier s'est fortement développé à travers diverses législations contemporaines⁷⁷ dont l'objectif final est de protéger une des parties supposée en position de faiblesse dans le rapport contractuel⁷⁸. Selon J.-L. Aubert : « Le formalisme n'est plus une mesure réservée aux actes les plus graves, mais une assistance accordée aux cocontractants les plus faibles »⁷⁹.

Les causes de la faiblesse sont, généralement, de deux ordres. Cette dernière peut être inhérente ou relative. La faiblesse inhérente est celle qui résulte d'un manque de connaissance

⁷² Articles 81 et suivants de la loi hypothécaire.

⁷³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 216.

⁷⁴ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 219.

⁷⁵ Selon H. Jacquemin, cette catégorie n'a pas lieu d'être car elle n'est pas encore assez aboutie. D'après lui « les expressions utilisées pour désigner cette nouvelle catégorie ont une vertu pédagogique et descriptive dans la mesure où elles reformulent les objectifs poursuivis par les règles de forme. Ils ne sont toutefois pas définis de manière suffisamment précise, ce qui engendre des confusions avec les formes solennelles ou probatoires et ôte à la catégorie tout intérêt pratique » (H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 283 et 284). Nous sommes du même avis que cet auteur. Aussi, cette catégorie à part entière a été créée uniquement par souci de commodité.

⁷⁶ Sur la question, cf. par ex. : M.-P. NOËL, « La vente aux consommateurs. Tour d'horizon d'un contrat hors du (droit) commun », in *La vente, un contrat usuel très réglementé*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 151, n° 20.

⁷⁷ Principalement en droit de la consommation.

⁷⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 17.

⁷⁹ J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 931 et s.

ou bien de l'état de développement mental d'une partie et, par conséquent, l'empêche de mesurer pleinement la portée de ses engagements. Quant à la faiblesse relative, elle est causée tantôt par la puissance économique du cocontractant tantôt par un état de besoin qui rend une partie vulnérable⁸⁰. Dans plusieurs législations, le critère utilisé pour déterminer la partie faible et celle en position de supériorité est la fin à laquelle ces parties s'engagent⁸¹. Ainsi le « consommateur » serait la partie qui nécessite une certaine protection tandis que le « professionnel » serait la personne qui mérite moins de protection et contre laquelle il convient de se protéger⁸². Nous pensons, avec M. Fontaine⁸³, que cette approche ne doit pas être généralisée. En effet, il conviendrait d'apprécier concrètement la faiblesse d'une partie dans un rapport contractuel déterminé. Il arrive que partie faible et partie forte soient sur un pied d'égalité voire même que la première ait l'ascendant sur la deuxième⁸⁴.

En ce qui concerne les manifestations du formalisme de protection, on retrouve généralement les mentions⁸⁵, la signature et l'écrit. Du côté de ses objectifs, il convient de distinguer son objectif final et ses objectifs intermédiaires. L'objectif final est, nous le rappelons, de protéger la partie faible au contrat⁸⁶. Pour ce qui est de la phase de formation du contrat, l'objectif intermédiaire est de garantir un consentement informé et réfléchi. Ainsi, on remarque que les formes de protection de la partie faible visent à informer cette dernière⁸⁷ mais aussi à prévenir les fraudes ou les abus de son cocontractant⁸⁸.

Enfin, sur le plan des sanctions⁸⁹, des formes ressortissent tantôt au formalisme solennel tantôt au formalisme probatoire. Dans certains cas, ces formalités ne peuvent être classées dans aucune des deux catégories précitées car elles ne disposent d'aucune sanction spécifique⁹⁰. H. Jacquemin estime que les formes pour lesquelles la jurisprudence applique la nullité prétorienne peuvent également être classées dans la catégorie du formalisme solennel⁹¹. La nullité résultant d'une inobservation du formalisme de protection doit être

⁸⁰ M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : rapport de synthèse*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1996, p. 2.

⁸¹ Fin professionnelle ou fin privée.

⁸² M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : rapport de synthèse*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1996, p. 6.

⁸³ M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : rapport de synthèse*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1996, p. 6 et H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 77 à 82.

⁸⁴ M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : rapport de synthèse*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1996, p. 6 et H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 77 à 82.

⁸⁵ Qui est une formalité dont la fonction est d'énoncer une information. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 85.

⁸⁶ Ce critère de « l'objectif final » est celui qui permet de distinguer les formes de protection de la partie faible des autres formes. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 18.

⁸⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 154.

⁸⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 173.

⁸⁹ Tout au long de cette étude, nous limiterons notre propos aux sanctions civiles du formalisme de protection. Cependant, il existe aussi des sanctions administratives et pénales.

⁹⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 271.

⁹¹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 261 et 262.

relative. Comme nous l'avons remarqué, ces règles protègent uniquement les intérêts de la partie faible et, partant, elle seule peut invoquer la nullité⁹². Aussi, le non-respect de la règle formelle ne doit-il pas avoir eu une influence sur le consentement de la partie faible afin de provoquer la nullité de l'acte juridique ? Ainsi, si la partie protégée ne parvient pas à démontrer que l'inobservation de la formalité l'a privé de donner son consentement en pleine connaissance de cause, il n'y a pas lieu de prononcer sa nullité⁹³. En ce sens, P. Wéry remarque qu' « il revient au juge du fond d'apprécier la gravité de l'atteinte portée aux intérêts de la partie faible que le législateur prend sous sa protection »⁹⁴.

⁹² G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 880 et s.

⁹³ Sur la question, voy. not. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 452.

⁹⁴ P. WERY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », note sous Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 481, n° 5. Cité dans F. ONCLIN, « Police administrative et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 80.

II.- LA REMISE EN CAUSE DU CARACTÈRE CONSENSUEL DE LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE IMMOBILIÈRE

Cette deuxième partie est consacrée à la formation de la vente immobilière et elle constituera le cœur de notre travail. Avant de commencer, il convient de préciser que notre étude n'a pas vocation à l'exhaustivité. Notre propos se limitera à la vente de biens immobiliers bâtis⁹⁵ ou non bâtis⁹⁶ entre particuliers. Dans un premier chapitre, nous exposerons l'approche traditionnelle en ce qui concerne la conclusion du contrat de vente immobilière. Dans un deuxième chapitre, nous confronterons, par l'analyse de quelques décisions jurisprudentielles, cette approche classique à une approche « innovante »⁹⁷ qui semble remettre indirectement et même parfois directement en cause la formation consensuelle de la vente immobilière.

F. L'APPROCHE TRADITIONNELLE

La vente, nous le rappelons, qu'elle porte sur un meuble ou un immeuble, est un contrat consensuel. En d'autres termes, sous réserve de dispositions spécifiques⁹⁸, aucune exigence de forme n'est requise afin de conclure valablement un contrat de vente immobilière. Un rencontre des volontés sur ses éléments constitutifs, à savoir la chose et le prix, suffit à parfaire celle-ci⁹⁹. Toutefois, afin d'assurer son efficacité, elle est soumise à un formalisme probatoire et de publicité¹⁰⁰. En vertu de l'article 1341 du Code civil, un écrit (*l'instrumentum*) est exigé afin de prouver les accords dont la valeur est supérieure à 375 euros. Aussi, le contrat sera inopposable aux tiers à partir de la transcription de l'acte

⁹⁵ Ainsi, ne seront pas examinées les ventes d'immeubles à bâtir ou en voie de construction. Ces biens font partie du champ d'application d'une législation spécifique : La loi du 9 juillet 1971, mieux connue sous le nom de « Loi Breyne ». Cette loi protectrice est une belle illustration du formalisme de protection évoqué dans la première partie de notre travail.

⁹⁶ Nous envisageons ici l'hypothèse de la vente d'un terrain.

⁹⁷ Nous empruntons cette expression à B. Kohl et F. Onclin. Voy. B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 15.

⁹⁸ Par exemple la « Loi Breyne » que nous avons déjà évoquée *supra*.

⁹⁹ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, pp. 8 et 9.

¹⁰⁰ L. COLLON, « Les dangers de l'offre d'achat et de la promesse de vente », in *Le compromis de vente*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 7 et 8.

juridique constatant la vente à la conservation des hypothèques¹⁰¹. L'inobservation de ces règles de forme n'a aucune incidence sur la validité même de l'engagement (le *negotium*)¹⁰².

Ainsi que le relève T. Starosselets, le Code civil ne règlemente pas le processus d'échange des consentements¹⁰³. Cependant, les choses sont sur le point d'évoluer. En effet, un avant-projet de loi de réforme du droit des obligations, s'inspirant largement du nouveau droit français des obligations¹⁰⁴, a été approuvé par le Conseil des ministres le 30 mars 2018¹⁰⁵. Cet avant-projet tiendra compte du processus dynamique de la formation du contrat (offre, acceptation, devoirs d'information...). Dans l'attente de l'aboutissement du processus législatif, il convient de se référer aux règles qui ont été élaborées depuis quelques décennies par la doctrine et la jurisprudence. Celles-ci enseignent, traditionnellement, que la rencontre des volontés, et par conséquent la formation du contrat, se réalise au moment durant lequel une acceptation faite en temps utile et inconditionnelle est (ou aurait pu être raisonnablement¹⁰⁶) portée à la connaissance de l'émetteur d'une offre ferme, précise et préalablement extériorisée¹⁰⁷.

À présent, nous allons analyser le régime de l'offre et de l'acceptation ainsi que quelques-unes de ses particularités en matière de vente immobilière.

¹⁰¹ Article 1^{er} de la loi hypothécaire.

¹⁰² Mons, 26 mai 2010, *Rev. not.*, 2010, p. 650.

¹⁰³ T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 9.

¹⁰⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.*, 11 février 2016, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁵ Avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 : « Les obligations », disponible sur https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_verbintenissenrecht.pdf.

¹⁰⁶ En vertu de la théorie de la réception selon laquelle le contrat se forme dès que l'offrant a eu la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Cette théorie est consacrée en droit belge. Voy. Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 ; Cass., 22 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 229 ; Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182.

¹⁰⁷ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 145 à 193 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^{re} partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 550 à 561 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (2^e partie) », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 5 à 22 ; L. COLLON, « Les dangers de l'offre d'achat et de la promesse de vente », in *Le compromis de vente*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 10 et 11 ; J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 19 à 26.

1) L'offre et l'acceptation

a) L'offre

1. Définition

Tout d'abord, il convient de définir cette notion. Pour reprendre les termes de M. Vanwijck-Alexandre, l'offre peut être définie comme « une proposition ferme et définitive qui contient tous les éléments essentiels à la conclusion du contrat, de sorte que celui-ci est formé par la simple acceptation de l'autre partie »¹⁰⁸.

2. Les caractéristiques de l'offre

Pour produire des effets en droit, l'offre doit être ferme, précise et extériorisée¹⁰⁹.

a. Fermeté

L'offre doit être traduite par une volonté définitive de se lier juridiquement. En d'autres termes, « une proposition de contracter ne constitue une offre que si son auteur a d'ores et déjà la volonté d'être lié en cas d'acceptation »¹¹⁰. Ainsi, une offre faite « sous réserve de confirmation » ne peut être valable. La tâche d'apprécier l'existence ou la portée d'une manifestation de volonté appartient au juge¹¹¹. Ce dernier ne sera pas lié par le sens

¹⁰⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 145 et 146.

¹⁰⁹ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147 à 166 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 11 à 24 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^{re} partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 552 à 557 ; J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 21 à 24.

¹¹⁰ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 147.

¹¹¹ T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 13 ; Cass., 27 mai 2002, R.G. C990051N, disponible sur le site www.juridat.be.

littéral des termes que l'offre renferme mais devra rechercher la volonté réelle des parties¹¹². Son pouvoir d'appréciation est toutefois limité par le respect de la foi due aux actes¹¹³.

b. Précision

Une proposition ne sera qualifiée d'offre que si elle est complète et précise, c'est-à-dire si elle contient au moins les éléments objectivement essentiels du contrat à conclure¹¹⁴. En matière de vente immobilière, ces éléments sont, comme l'indique l'article 1583 du Code civil, la chose et le prix¹¹⁵. Traditionnellement, on distingue trois types d'éléments : les éléments objectivement essentiels, les éléments subjectivement essentiels ou « substantiels » et les éléments accessoires¹¹⁶. De nos jours, il est rare que les parties se contentent d'un simple accord sur la chose et le prix. Elles souhaitent, au contraire, s'accorder sur toute une série d'autres éléments supplémentaires qui revêtent une importance particulière à leurs yeux. Les parties peuvent ainsi essentialiser des éléments accessoires¹¹⁷, tels que l'occupation du bien, le statut urbanistique, le paiement d'un acompte etc. À condition que leur importance ait été mentionnée dans la sphère précontractuelle, ils deviennent alors des éléments substantiels¹¹⁸ et la vente ne deviendra parfaite qu'après un accord définitif sur ces points¹¹⁹. Par contre, si avant la conclusion du contrat une partie omet d'informer son cocontractant de l'existence d'un élément déterminant à ses yeux, ce dernier sera qualifié d'accessoire, n'empêchera pas la convention de naître et son sort dépendra du droit commun ou des usages¹²⁰. Précisons que même si une offre incomplète¹²¹ est acceptée, elle pourra donner

¹¹² Article 1156 du Code civil.

¹¹³ T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 13

¹¹⁴ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 157 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 18.

¹¹⁵ Cass., 9 janvier 1975, *Pas.*, I, 1975, p. 482 ; Gand, 18 juin 2003, *NJW*, 2004, p. 311, note F. BRULOOT. Dans cette affaire, l'identification du bien n'était pas décrite de manière suffisante. La Cour a donc jugé qu'à défaut d'accord sur la chose, la vente n'avait pas été valablement conclue.

¹¹⁶ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 157 et 158.

¹¹⁷ C'est-à-dire, autre que la chose et le prix, et qui n'a pas été évoqué par les parties lors des pourparlers précédant la conclusion du contrat.

¹¹⁸ Aussi appelé élément subjectivement essentiel.

¹¹⁹ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 163 ; Liège, 21 février 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1253.

¹²⁰ En vertu de l'article 1135 du Code civil, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 158 et 163.

naissance à un accord de principe qui fait naître une obligation de négocier de bonne foi dont la violation peut conduire à la condamnation à des dommages et intérêts¹²².

c. Extériorisation

Qu'elle soit ferme et précise, l'offre sera inopérante si elle n'est pas extériorisée. Celle-ci doit être notifiée à son destinataire¹²³. Quid de l'offre adressée au public ? En matière immobilière, il est fréquent de poser une affiche sur la façade de l'immeuble mis en vente ou mettre en ligne cette annonce sur internet¹²⁴. Il convient de distinguer l'offre personnelle de l'offre impersonnelle. La première doit être notifiée à un destinataire particulier et lie son émetteur à ce dernier. La seconde oblige l'offrant à l'égard du premier acceptant¹²⁵. Dans la pratique, l'offre adressée au public est rarement qualifiée d'offre au sens juridique du terme. En effet, même si la chose et le prix figuraient de manière précise sur l'annonce, la volonté de s'engager juridiquement est souvent manquante. Comme le relève M. Vanwijck-Alexandre, « on peut arguer du souci implicite, mais évident, de s'assurer du sérieux de son partenaire et de ses possibilités financières pour soutenir qu'une telle "offre", si précise soit-elle, ne contient pas une volonté définitive de s'engager »¹²⁶. Sous réserve d'une appréciation différente du juge sur la base des circonstances de l'espèce, ces annonces constituent en réalité des invitations à émettre des offres d'achat¹²⁷.

¹²¹ C'est-à-dire une offre qui ne contient pas au moins les éléments objectivement essentiels du contrat à savoir la chose et le prix.

¹²² T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 20.

¹²³ En effet, l'offre est un acte juridique réceptice qui « n'existe que par la notification qui en est faite à son destinataire » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987).

¹²⁴ J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 23.

¹²⁵ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 151.

¹²⁶ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 153 et 154.

¹²⁷ Civ. Bruxelles, 31 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 68 ; Civ. Bruxelles, 21 mars 2008, *T. not.*, 2010, p. 217 ; Mons, 15 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 173 ; Anvers, 13 mai 2008, *N.J.W.*, 2008, p. 885.

3. *La force obligatoire de l'offre*

En droit belge, L'offre valablement émise est contraignante pour son émetteur. En d'autres mots, elle a un caractère obligatoire¹²⁸. Ainsi, l'offrant doit la maintenir pendant le délai qu'il a fixé ou, à défaut, pendant un délai raisonnable¹²⁹ laissé à l'appréciation des juges de fond¹³⁰. Une fois que le délai de validité de l'offre expire, celle-ci devient caduque¹³¹. Elle le deviendra également si son destinataire la refuse. Le pollicitant retrouve alors pleinement sa liberté¹³².

b) *L'acceptation*

L'acceptation peut être définie comme « l'acte juridique par lequel le bénéficiaire de l'offre y adhère sans réserve en vue de former le contrat »¹³³. Une acceptation conditionnelle constitue un refus d'offre suivi d'une contre-offre que le pollicitant initial devra alors, à son tour, accepter¹³⁴. L'acceptation pourra être expresse ou tacite. Dans la seconde hypothèse, il convient de rappeler que, dans la matière du droit civil, aucun effet juridique ne peut être attaché à un silence pur et simple. Pour que l'acceptation soit valable, le silence doit être « circonstancié ». En d'autres termes, le silence doit être accompagné de circonstances particulières et qui ne laissent aucun doute sur l'acceptation¹³⁵.

2) *Critique de cette théorie*

M. Fontaine critique cette approche traditionnelle de la formation instantanée du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. D'après lui, en tout cas en ce qui concerne les contrats complexes, il faut dépasser cette approche classique et se diriger vers une approche progressive. Selon cette théorie, le contrat ne se forme pas à un instant précis mais il mûrit progressivement au cours des négociations¹³⁶. Il ne considère pas la nouvelle

¹²⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 165.

¹²⁹ Il a été jugé par la Cour d'appel de Liège, qu'un délai de deux ans n'était pas raisonnable (Liège, 7 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2091).

¹³⁰ C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (2e partie) », *R.G.D.C.*, 2005, p. 6.

¹³¹ Liège, 23 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 40.

¹³² C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (2e partie) », *R.G.D.C.*, 2005, p. 7.

¹³³ J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 25.

¹³⁴ T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 45.

¹³⁵ T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 38 et 39.

¹³⁶ M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 133. Sur la question, voy. aussi

approche comme se substituant à celle de l'offre et de l'acceptation mais il propose de l'adopter en complément¹³⁷. C. Delforge ne rejette pas la possibilité « d'une construction progressive des volontés, et, dès lors, d'une accession graduelle de l'intention subjective dans le champ du droit »¹³⁸. Quant à P. Wéry, en évoquant l'approche traditionnelle, il écrit : « Cette décomposition du contrat en deux volontés individuelles qui se rencontrent à un moment et en un endroit donnés, (...) semble moins appropriée pour les négociations de contrats de la vie des affaires, qui se caractérisent souvent par leur complexité et leur durée »¹³⁹.

Paiement d'un acompte, obtention d'un crédit de financement, modalités de paiement, entrée en jouissance, transfert de propriété, situation urbanistique, hypothécaire et locative du bien, ... Nul doute que, de nos jours, la vente immobilière puisse être classée dans la catégorie des « contrats complexes ».

P.-Y. Erneux, en évoquant les exigences administratives de plus en plus nombreuses, souligne ce caractère complexe de la vente immobilière et préconise que l'accord des parties se concrétise par étapes¹⁴⁰.

Il semblerait que, récemment, l'approche processuelle ait également séduit une certaine jurisprudence¹⁴¹. Nous y arrivons.

P. BRASSEUR, B. DE CONINCK, C. DELFORGE, M. DEMOULIN, E. MONTERO, M. FONTAINE, S. MICHAUX et L. VANDENHOUTEN, *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 449 à 478.

¹³⁷ M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 133. À l'article 2.1 et 2.2 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2016), on retrouve cette nouvelle approche en plus de la classique : « In commercial practice contracts, particularly when related to complex transactions, are often concluded after prolonged negotiations without an identifiable sequence of offer and acceptance. In such cases it may be difficult to determine if and when a contractual agreement has been reached. According to this Article a contract may be held to be concluded even though the moment of its formation cannot be determined, provided that the conduct of the parties is sufficient to show agreement » (article 2.2 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2016), disponible sur www.unidroit.org).

¹³⁸ C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^e partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 552.

¹³⁹ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 163.

¹⁴⁰ P.-Y. ERNEUX, « Le lent ralentissement mais ô combien visible du processus de formation des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2016/1, p. 8.

¹⁴¹ Bruxelles, 23 juin 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 180 à 184 ; Bruxelles 18 novembre 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 185 à 186 ; Civ. Nivelles, 14 janvier 2013, inédit ; Civ. Nivelles, 30 juillet 2013, inédit.

G. L'APPROCHE INNOVANTE

Dans un premier temps, nous présenterons deux arrêts surprenants¹⁴² prononcés en 2011 par la 7^{ième} chambre de la Cour d'appel de Bruxelles. Dans ceux-ci, la Cour, malgré un accord définitif sur la chose et le prix et une volonté certaine de s'engager des parties, remet en cause la vente immobilière intervenue entre elles.

Dans un deuxième temps nous nous pencherons, notamment par l'analyse d'une jurisprudence flamande récente, sur l'étude de certaines exigences imposées par les réglementations administratives régionales auxquelles la vente immobilière est soumise. Les formalités urbanistiques, environnementales et énergétiques, au cours des dernières années, se sont multipliées et sont aujourd'hui très voire trop nombreuses. Il serait inopportun et bien trop fastidieux de procéder à un examen détaillé de toutes ces exigences administratives. L'objet de notre étude portant sur la formation du contrat de vente, nous n'étudierons que les formalités qui constituent, aux yeux du juge ou d'une certaine doctrine, un élément de validité du contrat. Ainsi, notre propos portera principalement sur l'attestation du sol qui est considérée en droit bruxellois et flamand comme un élément essentiel pour conclure valablement un contrat de vente immobilière¹⁴³.

Enfin, dans une troisième section, nous effectuerons une analyse en deux temps de l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016¹⁴⁴. Dans un premier volet, il sera question de la formation d'une vente immobilière par e-mails et, dans un deuxième volet, de la preuve de celle-ci.

3) *Une jurisprudence étonnante de la Cour d'appel de Bruxelles*

a) **L'arrêt du 23 juin 2011**¹⁴⁵

1. Les faits

Pour simplifier les choses¹⁴⁶, deux époux ont émis une offre d'achat portant sur un immeuble rédigée comme suit : « Suite à nos différentes visites ces derniers jours, nous

¹⁴² Du moins, d'un point de vue purement juridique.

¹⁴³ Il en est de même à l'article 31, §1^{er}, du Décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019 (Article 31, §1^{er}, du Décret relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, *M.B.*, 22 mars 2018).

¹⁴⁴ Anvers, 19 décembre 2016, *R.G.* n° 2014/1280, inédit.

¹⁴⁵ Bruxelles, 23 juin 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 180 à 184.

¹⁴⁶ Le litige est en réalité bien plus complexe que ce que nous allons le présenter. En effet, il y avait diverses demandes portant, notamment, sur l'existence d'un mandat entre un propriétaire et les autres co-

aimerions vous présenter une offre ferme et définitive pour le bien sis (...) pour un montant de 640. 000 euros. La présente offre est exempte de toute condition et est valable jusqu'au 18 avril 23h59 ». Le même jour, un des propriétaires, se présentant comme mandaté par les autres co-indivisaires, accepte cette offre.

Le lendemain, un notaire est chargé de rédiger un compromis de vente. Par la suite, deux des co-indivisaires souhaitent rencontrer les époux acquéreurs afin de leur demander de renoncer à la vente. Aucun accord n'étant intervenu, les deux co-indivisaires ne se présentent pas le 30 avril 2007, jour de la signature du compromis de vente.

Les candidats-acquéreurs assignent alors les propriétaires en passation forcée de l'acte authentique devant le tribunal de première instance et, à défaut, souhaitent que le jugement tienne lieu d'acte authentique. Le tribunal, à bon droit, estime que la vente a été valablement formée, un accord ferme et définitif sur la chose et le prix ayant eu lieu et aucun élément substantiel n'ayant été déterminé par les parties pendant la phase précontractuelle. Les vendeurs interjettent appel de ce jugement.

2. La Décision de la Cour

La Cour d'appel de Bruxelles ne voit pas les choses du même œil. En effet, selon elle, la vente entre les parties n'a pas parfaitement été conclue. Elle commence par rappeler les principes traditionnellement admis en matière de formation de la vente immobilière, à savoir que « L'offre est une proposition définitive qui contient tous les éléments essentiels et substantiels à la conclusion du contrat, de sorte que celui-ci est formé par la simple acceptation de l'autre partie. Elle doit être ferme et précise, c'est-à-dire comporter tous les éléments essentiels au contrat projeté ainsi que, le cas échéant, les éléments accessoires que l'auteur de l'offre a souhaité considérer comme également essentiels ».

La Cour considère ensuite que « la vente d'immeuble est un contrat qui donne lieu à des négociations parfois longues et compliquées. Même lorsque celles-ci comportent une offre au départ, l'élaboration du contrat se réalise successivement par une série d'accord sur les points de discussion. Le contrat ne peut se former que lorsque les parties sont d'accord sur tous¹⁴⁷ les éléments essentiels et les éléments substantiels ». L'accord sur la chose et le prix ne suffit donc parfois pas et ce « notamment lorsque les parties ont convenu de signer un compromis et doivent encore s'accorder sur les éléments substantiels du contrat ».

La Cour d'appel de Bruxelles applique ensuite ces principes aux circonstances de l'espèce et juge que l'offre des époux acquéreurs est « une offre incomplète, en ce sens que, si elle contient les éléments essentiels, elle ne contient pas les éléments substantiels du contrat

indivisaires, sur la validité de la convention entre l'agent immobilier et le propriétaire etc. Nous n'exposerons que la demande relative à la validité de la vente immobilière intervenue entre les parties.

¹⁴⁷ La Cour souligne.

sur lesquels les parties devaient encore s'accorder, à savoir : la signature d'un compromis, les modalités de paiement du prix, en ce compris celui d'un acompte, et la délivrance du bien (...). La Cour déduit ceci du fait que, postérieurement à l'accord intervenu le 18 avril 2007, les parties projetaient de signer un compromis de vente. La Cour continue son raisonnement en estimant que, même postérieurement à l'acceptation de l'offre, « les parties étaient encore dans la phase de négociations préalables à la conclusion du contrat de vente » et que « l'offre, *contrairement aux termes de celle-ci*¹⁴⁸, n'était ni ferme, ni définitive et les parties ne s'étaient pas encore accordées sur le contenu du compromis de vente qu'elles avaient convenu de signer, sur les modalités de paiement du prix et sur la délivrance du bien lorsque (le vendeur) a accepté cette offre incomplète ».

Le jugement du tribunal de première instance est donc réformé par la Cour et celle-ci constate que la vente n'a pas été conclue.

b) L'arrêt du 18 novembre 2011¹⁴⁹

1. Les faits

Les parties avaient signé une promesse de vente¹⁵⁰ formulée en ces termes : « les deux parties promettent d'acheter / de vendre le bien décrit ci-après. Par conséquence (sic) les deux parties promettent de (signer) le compromis de vente (pour autant que les notaires jugent utile d'officialiser cette vente (...) par compromis) dudit bien immobilier (...). Pour les parties, il y a vente à partir d'aujourd'hui, et ceci sans conditions suspensives (...). L'acte authentique passera (sic) au plus tard le 14 avril 2003 ».

Dans cette convention, étaient également mentionnés l'adresse du bien, le montant du prix (632. 128 euros) ainsi que l'acompte, la désignation du notaire et l'indemnité due en cas de défaut de signature de l'acte authentique par une des parties.

Les acquéreurs ont remis un chèque non provisionné pour le paiement de l'acompte et restent passifs malgré les mises en demeure leur étant adressées. Les vendeurs demandent donc au tribunal de première instance de les condamner au paiement de l'indemnité due en cas de non-passation de l'acte authentique.

Le tribunal, à l'instar de la première affaire, estime que la vente a été valablement conclue et condamne les acquéreurs au paiement de l'indemnité. Ces derniers interjettent appel.

¹⁴⁸ Nous soulignons en italique.

¹⁴⁹ Bruxelles, 18 novembre, *T.B.O.*, 2013, pp. 185 à 186.

¹⁵⁰ Plus qu'une simple offre, en vertu de l'article 1589 du Code civil, la promesse de vente qui contient un accord sur la chose et le prix vaut vente.

2. La décision de la Cour

La Cour juge que les parties n'avaient pas la ferme intention de se lier lors de la signature de cette promesse de vente. Celle-ci déduit ceci « non seulement par le fait qu'en tête de la convention, les parties se qualifient “candidat-acheteur” et “candidat-acquéreur” et non comme acheteur et vendeur, mais aussi par le fait que les parties ont expressément envisagé de signer (...) un compromis (...) alors que (les vendeurs) ni ne démontrent, ni même n'offrent de démontrer que leur notaire aurait émis l'avis qu'un tel compromis aurait été inutile ».

Selon la Cour, la circonstance « qu'il y avait pu avoir un accord sur le prix (...) et sur la chose (...) ne peut suffire pour que la vente soit parfaite à cette date ». Cette dernière remarque que, dans les faits, « la vente d'immeuble se négocie de manière très différente de celle d'un bien meuble » et que « le processus contractuel en matière de vente immobilière se décompose généralement en plusieurs étapes au cours desquelles les parties définissent les éléments essentiels et substantiels de leur accord, celui-ci ne dépendant pas nécessairement de leur seul accord sur la chose et le prix, mais pouvant également dépendre d'autres éléments auxquels les parties ont entendu subordonner leur accord (...) comme peuvent l'être les modalités de paiement du prix ou de transfert de propriété, la situation hypothécaire, urbanistique ou locative de l'immeuble, la signature d'un compromis (qui est souvent l'occasion de préciser les points essentiels de la vente), (...) ».

La Cour d'appel réforme donc le jugement de première instance, juge que la vente n'est pas intervenue entre les parties et n'octroie pas l'indemnité aux vendeurs.

c) Critiques de ces deux arrêts

Ces arrêts ont été fortement critiqués en doctrine¹⁵¹. Quant à la jurisprudence ultérieure, elle reste majoritairement fidèle à la thèse classique¹⁵². Bien que les deux arrêts

¹⁵¹ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, pp. 15 à 19 ; J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 26 à 33 ; Y. NINANE, « La vente est parfaite “dès qu'on est convenu de la chose et du prix” : un principe légal simple cachant certaines complexités », in *Vente immobilière : la phase préalable et ses écueils*, Actes du colloque du 26 avril 2012 organisé par le 'Guide droit immobilier' et la Chambre de Conciliation d'Arbitrage et de Médiation en matière immobilière, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 40 à 46 ; J. CALLEBAUT, « Een onderhandse akte als voorwaarde voor de verkoop van onroerend goed ? - Over het toenemende belang van essentiële voorwaarden tijdens de onderhandelingsfase van het contract », note sous Bruxelles, 18 novembre 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 187 à 192 ; A. CABY, « Vente d'immeubles : attention danger ! - Évolution jurisprudentielle de la portée de l'article 1583 du Code civil », *Pli jur.*, n° 26, 2013, pp. 7 à 10 ; G. CARNOY, « L'accord sur la chose et le prix ne suffit plus », 12 février 2012, disponible sur le site www.gillescarnoy.be.

¹⁵² Quelques décisions, isolées, se sont basées sur le raisonnement de ces deux arrêts (Nivelles, 14 janvier 2013, inédit ; Civ. Nivelles, 30 juillet 2013, inédit ; Civ. Bruxelles, 3 mai 2013, inédit.). Une jurisprudence

présentent quelques différences factuelles, les décisions de la Cour sont presque identiques et, partant, les remarques générales pouvant leur être adressées le sont aussi. Pour cette raison, nous nous attarderons uniquement sur l'arrêt du 23 juin 2011 pour la critique. Celui-ci est principalement contestable sur deux aspects.

Premièrement, la Cour a raison lorsqu'elle rappelle que l'offre doit être ferme et précise et comprendre les éléments essentiels ainsi que les éléments substantiels, c'est-à-dire, « les éléments accessoires que l'auteur de l'offre a souhaité considérer comme également essentiels »¹⁵³. Cependant, d'après celle-ci, en matière de vente immobilière, les négociations sont parfois longues et le contrat se conclut par une série d'accords successifs. Ainsi, l'accord sur la chose et le prix ne suffit *parfois*¹⁵⁴ pas à conclure le contrat. Au contraire, les parties doivent s'accorder sur tous les éléments essentiels ainsi que sur *tous*¹⁵⁵ les éléments substantiels. Ainsi que le remarquent B. Kohl et F. Onclin, il n'est pas « exact de considérer que, lors de toute vente, les parties entendent subordonner la formation de la vente à un accord sur d'autres éléments que la chose et le prix »¹⁵⁶ puisque, dans la majorité des cas, ce n'est qu'au moment de signer le compromis qu'elles découvrent leurs droits et obligations découlant du régime de la vente¹⁵⁷. Aussi, comment un élément accessoire peut-il devenir un élément substantiel sans que son importance ait été soulignée lors de la phase précontractuelle¹⁵⁸ ? De plus, la Cour semble considérer qu'il existe des éléments substantiels « par nature »¹⁵⁹ sans, toutefois, les préciser. La volonté des parties de s'accorder sur d'autres éléments que la chose et le prix résulterait, d'après la Cour, de la circonstance que celles-ci aient prévu de signer un compromis. Si on suit le raisonnement de la Cour, le simple fait de prévoir la signature d'un compromis de vente après l'acceptation de l'offre permettrait à une partie de mauvaise foi de se délier de son engagement et, comme le souligne Y. Ninane, cela nuirait fortement à la sécurité juridique des ventes immobilières¹⁶⁰. Ainsi que nous l'avons remarqué *supra*, le contrat se forme au moment de la rencontre d'une acceptation

majoritaire reste fidèle à l'approche traditionnelle. La Cour d'appel de Bruxelles est même revenue à celle-ci dans un arrêt du 5 juin 2014 (Bruxelles, 5 juin 2014, inédit.).

¹⁵³ Bruxelles, 23 juin 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 180 à 184.

¹⁵⁴ Nous soulignons en italique.

¹⁵⁵ Nous soulignons en italique.

¹⁵⁶ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 18.

¹⁵⁷ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 18.

¹⁵⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 162.

¹⁵⁹ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 18.

¹⁶⁰ Y. NINANE, « La vente est parfaite "dès qu'on est convenu de la chose et du prix" : un principe légal simple cachant certaines complexités », in *Vente immobilière : la phase préalable et ses écueils*, Actes du colloque du 26 avril 2012 organisé par le 'Guide droit immobilier' et la Chambre de Conciliation d'Arbitrage et de Médiation en matière immobilière, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 46.

inconditionnelle et d'une offre ferme et définitive de s'engager¹⁶¹. La signature d'un compromis de vente après cette rencontre vient uniquement formaliser cet accord¹⁶².

Deuxièmement, certes le juge a le pouvoir de ne pas être lié par la volonté déclarée et d'interpréter la volonté réelle des parties¹⁶³ mais, en jugeant que « l'offre, contrairement aux termes de celle-ci, n'était ni ferme, ni définitive », ne méconnaît-il pas la foi due aux actes ? Comme le souligne J. Fonteyn, « le juge ne peut aller à l'encontre des termes de la convention. Il doit, au contraire, donner à cette dernière une interprétation compatible avec sa lettre »¹⁶⁴. En l'espèce, les parties ont explicitement manifesté leur volonté de s'engager.

La Cour juge que « l'offre incomplète, en ce sens, par exemple qu'elle ne contient pas tous les éléments substantiels du contrat projeté peut (...) donner naissance à (...) un accord de principe » et « pour accéder au rang du contrat accompli, ces arrangements précontractuels devront être complétés à la suite de nouvelles tractations ». Il semblerait que, tout comme Marcel Fontaine, cette jurisprudence estime que l'approche classique de la formation instantanée du contrat ne convient plus à tous les contrats. La vente d'immeuble étant « un contrat qui donne lieu à des négociations parfois longues et compliquées », la Cour substitue à l'approche classique, une approche processuelle de la formation du contrat de vente immobilière¹⁶⁵.

Plus fondamentalement, cette jurisprudence semble imposer la signature d'un compromis de vente¹⁶⁶ pour parfaire la conclusion de la vente immobilière. Ce faisant, ne remettrait-elle pas en cause, ne fut-ce de manière indirecte, le caractère consensuel du contrat de vente immobilière ?

¹⁶¹ M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.145 à 193 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1e partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 550 à 561 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (2e partie) », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 5 à 22 ; L. COLLON, « Les dangers de l'offre d'achat et de la promesse de vente », in *Le compromis de vente*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 10 et 11 ; J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 19 à 26.

¹⁶² M. VANWIJCK-ALEXANDRE ET A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 146.

¹⁶³ Article 1156 du Code civil.

¹⁶⁴ J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 30.

¹⁶⁵ P.-Y. ERNEUX, « Le lent ralentissement mais ô combien visible du processus de formation des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2016/1, p. 11. Cet auteur se rallie clairement à ce concept de formation processuelle du contrat de vente immobilière.

¹⁶⁶ Ou même la signature d'un acte authentique si tous les éléments substantiels n'ont pas encore fait l'objet d'un accord au moment de la signature d'un compromis de vente.

4) *La multiplication des exigences urbanistiques, environnementales et énergétiques*

La matière de la vente immobilière, particulièrement dans le domaine du droit administratif, fait l'objet d'une « épidémie de production législative et réglementaire »¹⁶⁷. Dossier d'intervention ultérieure, procès-verbal de contrôle des installations électriques, attestation du sol, certificat de performance énergétique (certificat PEB), extrait urbanistique sont autant d'éléments qui doivent être portés à la connaissance de l'acquéreur¹⁶⁸. Si certes, certaines exigences ne sont que des obligations contractuelles dont l'inobservation est réprimée par des amendes administratives voire des sanctions pénales, d'autres, au contraire, sont considérées comme de véritables conditions de forme dont le non-respect impacte la validité même du contrat de vente immobilière¹⁶⁹. C'est précisément le cas de « l'attestation de sol » exigée tant en région flamande qu'en région bruxelloise. Dès l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2019, du Décret relatif à la gestion et l'assainissement des sols, il en sera de même en région wallonne. Dans ces trois législations, la vente est à chaque fois concernée si ce n'est que le législateur flamand vise la « convention relative à la cession de terrains »¹⁷⁰, le législateur bruxellois exige cette attestation pour toute « aliénation de droits réels » et le législateur wallon, quant à lui, l'impose pour la cession de « tout terrain et de tout permis d'environnement »¹⁷¹. Précisons que, la délivrance d'une attestation du sol ainsi que les autres formes faisant l'objet de notre étude, ressortissent au formalisme de protection et ont pour objectif de protéger la partie jugée faible à savoir, l'acquéreur¹⁷².

Comme le remarque F. Onclin, les législations administratives peuvent emporter l'annulation de la vente par la théorie des vices du consentement mais aussi, « de plus en plus souvent (...) en cas de méconnaissance d'une condition de forme »¹⁷³. Dans le cadre de ce

¹⁶⁷ L. BARNICH, « La vente immobilière : difficultés de la promesse de vente d'immeuble », in B. TILLEMANS et P.-A. FORIERS (dir.), *La vente / De koop*, série « droit et entreprise », n° 4, Bruges, La Charte, 2002, pp. 197 à 220, spéc. p. 199, n° 1. Cité dans B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 14.

¹⁶⁸ A. LEMMERLING, « Exécution du contrat de vente d'immeubles : délivrance des accessoires et transfert des garanties », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 127 à 152.

¹⁶⁹ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 32.

¹⁷⁰ Article 101, §1^{er}, du Décret du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol (*M.B.* 20 février 2007).

¹⁷¹ Il s'agit de l'article 31, §1^{er}, du Décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019 (Article 31, §1^{er}, du Décret relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, *M.B.*, 22 mars 2018).

¹⁷² Par conséquent, la nullité est relative et l'inobservation de la formalité doit avoir empêché l'acquéreur d'exprimer son consentement en pleine connaissance de cause pour qu'elle soit prononcée. Voy. *Supra*.

¹⁷³ F. ONCLIN, « Police administrative et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 72 et 73.

travail, notre propos se limitera uniquement à l'étude de la nullité résultant de l'inobservation d'une condition de forme. Le non-respect de certaines formalités dont la sanction n'est pas expressément spécifiée dans le texte légal qui les contient, nous le verrons, peut aussi conduire à la conclusion par le juge que le contrat de vente immobilière n'est pas formé¹⁷⁴.

Tout d'abord, nous exposerons le mécanisme par lequel une partie met sous condition suspensive l'une ou l'autre formalité administrative¹⁷⁵. Nous découvrirons l'avantage de celui-ci ainsi que les raisons pour lesquelles il est condamné, à juste titre, par une doctrine majoritaire (a). Ensuite, nous analyserons un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 14 décembre 2013 dans lequel il est question d'une nullité prétorienne. Enfin, nous terminerons par l'analyse d'un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016 concernant une vente formée par un échange d'e-mails.

a) Attestation du sol et condition suspensive

Avant d'entamer cette sous-section, il convient d'écrire, de manière générale, quelques lignes sur la condition suspensive.

1. Notion de condition suspensive

La condition suspensive est « un événement futur et incertain, dont dépend l'exécution (...) d'un droit »¹⁷⁶. Celle-ci peut soit porter sur une obligation déterminée, soit sur le contrat tout entier¹⁷⁷. L'approche classique considèrerait que, avant la réalisation de la condition, l'obligation n'existait pas¹⁷⁸. En 1981, un revirement de jurisprudence a lieu et la Cour de cassation affirme que, lorsque la condition est pendante, ce n'est pas la naissance de l'obligation qui est suspendue mais son exécution¹⁷⁹. Si la condition se réalise, les obligations (ou l'obligation) découlant du contrat deviendront exigibles. En vertu de l'article 1179 du Code civil, « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour duquel cet engagement a été contracté (...) »¹⁸⁰. Les éléments essentiels du contrat ne peuvent faire l'objet d'une condition suspensive. En effet, la condition suspendant l'exécution du contrat et non sa formation, il est logique que ce dernier ne puisse naître si un de ses éléments essentiels est mis sous

¹⁷⁴ Il est alors question de nullité prétorienne. Voy. *Infra*.

¹⁷⁵ Comme précisé *supra*, nous nous concentrerons uniquement sur l'exigence environnementale imposant la délivrance d'une attestation de sol.

¹⁷⁶ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 15.

¹⁷⁷ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 17.

¹⁷⁸ Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103.

¹⁷⁹ Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, p. 1149.

¹⁸⁰ Article 1179 du Code civil.

condition¹⁸¹. Aussi, la Cour de cassation considère que cette condition ne peut pas non plus viser une obligation contractuelle¹⁸².

2. Les interactions entre le droit administratif immobilier et la condition suspensive

En matière de vente immobilière, il n'est pas rare que les parties utilisent ce mécanisme. Ainsi, dans la pratique, la conclusion du contrat sous condition suspensive d'obtention d'un crédit est largement répandue. Il semblerait que, suite à la multiplication des législations administratives, les cocontractants utilisent de plus en plus ce mécanisme et qu'elle est devenue « un outil privilégié — sinon incontournable — de la vente immobilière »¹⁸³.

La formalité de la transmission de l'attestation de sol imposée par les législations régionales, au plus tard lors de la signature de l'acte sous seing privé, semble a priori requise à titre probatoire. Toutefois, ces textes légaux, en sanctionnant l'inobservation de cette formalité par la nullité, ne font-ils pas de cette attestation du sol un élément essentiel nécessaire, en plus de la chose et du prix, pour former valablement le contrat ?

P.-Y. Erneux, M. Von Kuegelgen et une doctrine minoritaire s'étonnent du fait qu'en Flandre, certains auteurs, suite à un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2010¹⁸⁴, condamnent la pratique consistant à conclure une convention sous la condition suspensive de la remise d'une attestation de sol. Ils ne comprennent pas les motifs de cette condamnation, « sauf à considérer (...) l'attestation comme indispensable à la formation du contrat lui-même »¹⁸⁵. Or, selon la doctrine majoritaire, à partir du moment où cette attestation devient un élément de validité du contrat, elle ne peut être mise sous condition suspensive¹⁸⁶.

Par contre, la condition suspensive est explicitement prévue par l'article 12 de l'Ordonnance bruxelloise relative au sol. Or la délivrance de cette attestation du sol, en plus d'être une obligation contractuelle, constitue aussi un élément essentiel du contrat puisque le législateur bruxellois prévoit la nullité comme sanction de son inobservation¹⁸⁷.

¹⁸¹ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 21.

¹⁸² Cass., 8 septembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1581.

¹⁸³ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 31.

¹⁸⁴ Dans cet arrêt, la Cour considère que si l'attestation n'a pas été délivrée au stade du compromis de vente, l'acquéreur peut demander la nullité de la vente (Cass., 24 juin 2010, n° C.09.0065.N).

¹⁸⁵ P.-Y. ERNEUX et M. VON KUEGELGEN, « L'ancrage de l'ordre public environnemental dans le droit privé des contrats immobiliers - Typologie et portée des obligations issues du droit de l'environnement – Réflexion à propos des contours de l'autonomie des volontés résiduelle dans le droit privé des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2012/2, p. 96.

¹⁸⁶ Voy. *Supra*.

¹⁸⁷ B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, p. 47.

Enfin, précisons que le législateur wallon, dans le Décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, a aussi prévu la nullité de la convention¹⁸⁸ en cas de méconnaissance de cette formalité.

Encore une fois, dans ce contexte d'immixtion du droit administratif dans les relations de droit privé, il est permis de se poser des questions sur la nature consensuelle de la formation du contrat de vente immobilière.

b) L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 14 octobre 2013¹⁸⁹

Dans cette affaire, il était question d'options croisées¹⁹⁰ à savoir, une promesse réciproque de vente et d'achat, conclue le 4 mai 2009. Le vendeur a levé son option de vente le 9 septembre 2009. Suite à quoi, l'acquéreur refuse de signer l'acte authentique. Le vendeur l'assigne devant le tribunal de première instance et demande sa condamnation au paiement de l'indemnité contractuelle s'élevant à 10% du prix de vente. Le juge déboute le vendeur au motif que les formalités imposées par l'article 141 DRO¹⁹¹ n'ont pas été respectées. Par conséquent, l'acquéreur a le droit de demander l'annulation de la convention signée le 4 mai 2009.

En appel, le vendeur se réfère à une clause contenue dans la convention de promesse réciproque d'achat et de vente retardant la naissance du contrat à la signature de l'acte authentique. Comme J. Callebaut le remarque, « De partijen kunnen op basis van hun contractsvrijheid afwijken van het principe van het consensualisme door de totstandkoming van de overeenkomst aan een bepaalde formaliteit te onderwerpen zolang dit niet in strijd is met de openbare orde, met de goede zeden of met dwingende rechtsbepalingen »¹⁹². Or,

¹⁸⁸ Voy. l'article 31, §3, du Décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019 (Article 31, §1^{er}, du Décret relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, *M.B.*, 22 mars 2018).

¹⁸⁹ Anvers, 14 octobre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 494, note J. CALLEBAUT, *T. Not.*, 2014, p. 94, note A. VAN OEVELEN.

¹⁹⁰ Les options croisées consistent dans « l'accolement de deux options, l'une de vente, l'autre d'achat, concluent simultanément entre les mêmes parties relativement à un même objet » (J. FONTEYN, « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 36).

¹⁹¹ Remplacé aujourd'hui par l'article 5.2.5 VCRO disposant que : « Iedereen die een onderhandse akte van verkoop of van verhuring voor meer dan negen jaar van een onroerend goed, en ook van vestiging van erfpacht of opstal opmaakt, moet vermelden of er voor het onroerend goed een omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen is uitgereikt en moet de meest recente stedenbouwkundige bestemming van dit goed met de benamingen gebruikt in het plannenregister overnemen ». Trad. : « Toute personne qui établit un acte sous seing privé de vente ou de location pour une durée supérieure à neuf ans d'un bien immeuble, ainsi que d'établissement d'une emphytéose ou d'un droit de superficie, doit indiquer si une autorisation urbanistique a été délivrée pour le bien immeuble et doit préciser dans le registre des plans l'affectation urbanistique la plus récente du bien en question ».

¹⁹² J. CALLEBAUT, « Een subjectief plechtige verkoop is nietig als de stedenbouwkundige informatie ontbreekt », *R.G.D.C.*, 2014, liv. 10, p. 497. Trad. Lib. : « Sur la base de leur liberté contractuelle, les parties peuvent déroger au principe du consensualisme en soumettant la conclusion du contrat à une certaine formalité tant qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou à des dispositions légales impératives ».

selon la Cour, cette clause est illicite car elle permet de déroger à une disposition d'ordre public ou à tout le moins, de nature impérative. En effet, l'acheteur s'engage définitivement pour le futur sans même avoir reçu les informations urbanistiques et l'article 141 DRO a précisément pour objectif d'éviter cela¹⁹³. La Cour ayant écarté la clause illicite, déclare que la vente a été valablement formée le jour de la levée de l'option par le vendeur et, faute pour ce dernier d'avoir informé à temps l'acquéreur, celle-ci annule la vente¹⁹⁴.

La Cour ne se base sur aucune disposition légale pour prononcer la nullité¹⁹⁵. Toutefois, comme nous l'avons vu les formes pour lesquelles la jurisprudence applique la nullité prétorienne peuvent également être classées dans la catégorie du formalisme solennel¹⁹⁶. La sanction étant la nullité, nous nous demandons si la Cour ne considère pas l'exigence prescrite par l'article 141 DRO comme un élément essentiel à la formation du contrat.

c) L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016¹⁹⁷

1. Les faits

Les parties, par un échange d'e-mails, négocient une vente immobilière. Celles-ci parviennent à un accord sur la chose et le prix. Par la suite, la partie venderesse nie la conclusion du contrat intervenu. L'acquéreur assigne alors cette dernière devant le tribunal de première instance de Turnhout et réclame une indemnité. Le tribunal, à bon droit, considère que le contrat de vente a été valablement formé. Le vendeur interjette alors appel.

2. La décision

Tout d'abord, la Cour rappelle que la vente est un contrat consensuel et que cette dernière est conclue dès qu'on est au moins parvenu à un accord sur la chose et le prix. Cependant, ce principe n'est pas d'application en matière de vente immobilière. La Cour fait remarquer que « voor de geldige totstandkoming van verkoopovereenkomsten die in het

¹⁹³ Selon un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2011, il s'agit d'une norme impérative qui vise à protéger l'acquéreur. La nullité est donc relative. Voy. Cass., 3 novembre 2011, *T. Not.*, 2012, liv. 11, p. 621.

¹⁹⁴ B. KOHL, D. GRISARD, F. ONCLIN, A. RIGOLET et R. SALZBURGER, « Le contrat de vente immobilière. Développements récents », in *La vente immobilière*, coll. Commission Université-Palais, vol. 161, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 79.

¹⁹⁵ Sur ce point une doctrine flamande majoritaire estime que la nullité est textuelle et qu'elle est prévue par l'article 6.3.1. du Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO). La Cour ne précise pas son fondement. Même si il est permis de supposer qu'elle se fonde sur l'article 6.3.1 VCRO, nous pensons que la nullité est prétorienne en l'espèce. Voy. F. ONCLIN, « Police administrative et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 80 à 82.

¹⁹⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp. 261 et 262.

¹⁹⁷ Anvers, 19 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, afl. 5, pp. 408-413.

bijzonder onroerende goederen tot voorwerp hebben, volstaat de loutere wilsovereenstemming tussen de partijen niet (meer) en gelden specifieke door de wet opgelegde vormvereisten. (...) Gelet op de bepaling van voormeld decreet¹⁹⁸ is voor de rechtsgeldige totstandkoming van een verkoopovereenkomst betreffende onroerende goederen, de redactie van een onderhandse akte vereist waarin de inhoud van het bodemattest wordt opgenomen. Vandaar dat de verkoopovereenkomst betreffende onroerende goederen veeleer een plechtig contract is »¹⁹⁹.

Malgré cette affirmation, la Cour continue son raisonnement sur le plan de la preuve. Selon cette dernière, il ressort de l'article XII.15 du Code de droit économique que la conclusion du contrat de vente par échange d'e-mails doit être considérée comme celle d'un contrat par voie électronique. Or, l'article XII.16 du Code de droit économique prévoit que le contrat de vente portant sur un immeuble ne peut pas être conclu par voie électronique. C'est pour ces motifs que la Cour d'appel d'Anvers juge que les acheteurs « kunnen zich niet baseren op het e-mailverkeer om het bewijs te leveren van het bestaan van de overeenkomst »²⁰⁰.

La Cour refuse ensuite d'admettre les e-mails échangés comme commencement de preuve écrit ou comme aveu extrajudiciaire et, par conséquent, donne raison aux appelants.

3. La preuve de la vente immobilière à l'aune des nouvelles technologies de l'information

Bien que dans cette section nous allons principalement analyser le formalisme probatoire, nous rappelons que *idem est non esse aut non probari*²⁰¹. Dans cette optique, la difficulté ou l'impossibilité de prouver, emporte des conséquences semblables à la nullité du contrat²⁰².

Pour commencer, la Cour estime que le contrat de vente immobilière est un contrat de vente solennel²⁰³ en ce sens que la délivrance de l'attestation du sol est une formalité requise *ad validitatem* et que son inobservation entraîne la nullité du contrat. S'agissant d'une formalité de protection de la partie faible, rappelons-le, la nullité ne peut être que relative et

¹⁹⁸ L'article 101, §1^{er}, du Décret du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol (M.B. 20 février 2007).

¹⁹⁹ Anvers, 19 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, afl. 5, p. 410. Trad. Lib. : « Pour la formation valide d'un contrat de vente immobilière, le simple échange des consentements entre les parties ne suffit plus, il y a aussi des conditions de forme légales spécifiques qui doivent s'appliquer. (...) Compte tenu de la disposition du décret susmentionné, la formation valide d'un contrat de vente immobilière nécessite l'établissement d'un acte sous seing privé dans lequel figure le contenu de l'attestation du sol. C'est pourquoi le contrat de vente immobilière est plutôt un contrat solennel ».

²⁰⁰ Anvers, 19 décembre 2016, *T. Not.*, 2017, afl. 5, p. 412. Trad. Lib. : « ne peuvent pas se baser sur un échange d'e-mails pour apporter la preuve de l'existence du contrat ».

²⁰¹ Ce qui signifie que « c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé »

²⁰² H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 238.

²⁰³ Nous avons vu *supra* que, dans le contexte actuel, il était permis de se le demander.

elle ne peut être prononcée que si la méconnaissance de l'exigence n'a pas permis à l'acquéreur de donner son consentement en pleine connaissance de cause²⁰⁴. Or, ainsi que le remarque H. Jacquemin, « en l'espèce, les parties n'invoquent a priori pas la violation de dispositions qui imposeraient le respect de formes solennelles »²⁰⁵. Ce dernier en conclut qu'on se situe dans un contexte probatoire. Par ailleurs, la Cour, par la suite, se demande uniquement si l'échange d'e-mails est admissible comme preuve.

La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information²⁰⁶ a été intégrée au livre XII du Code de droit économique. Le paragraphe 1^{er} de l'article XII.15 du Code de droit économique consacre le principe de l'équivalence fonctionnelle en droit belge. Cette disposition énonce que « Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées »²⁰⁷. Cependant, l'article XII.16 dispose que l'article XII.15 n'est pas applicable aux « contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers ». La Cour d'appel d'Anvers en déduit qu'il n'est donc pas possible de prouver l'existence d'une vente immobilière par un échange d'e-mails²⁰⁸.

La preuve du contrat de vente portant sur des biens immobiliers, pour être efficace, doit respecter le prescrit de l'article 1341 du Code civil. Ce dernier impose l'établissement d'un écrit pour prouver les actes supérieurs à 375 euros. Il est majoritairement admis qu'un e-mail ne peut constituer un écrit au sens de l'article XII.15 du Code économique, faute d'une signature valable²⁰⁹. Cependant, est-ce à dire que toute chance de prouver l'accord intervenu est anéantie ? La réponse à cette question est négative. En effet, il existe des tempéraments à l'article 1341 du Code civil dont le commencement de preuve par écrit prévu à l'article 1347 du Code civil. Si celui-ci est établi, il n'est pas une preuve à proprement parler mais il ouvre la possibilité de prouver par présomptions ou témoignages²¹⁰. La Cour d'appel d'Anvers fait partie d'un courant jurisprudentiel estimant que, si l'écrit est écarté par l'article XII.16 du

²⁰⁴ F. ONCLIN, « Police administrative et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 80.

²⁰⁵ H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016, n° 4, p. 88.

²⁰⁶ *M.B.*, 17 mars 2003.

²⁰⁷ L'article XII. 15, §2, est rédigé comme suit : « Pour l'application du § 1er, il y a lieu de considérer :
- que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ;
- que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 3.12. du règlement 910/2014 ;
- que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.

²⁰⁸ Ni de la former d'ailleurs.

²⁰⁹ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 23.

²¹⁰ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 27.

Code économique, alors le commencement de preuve par écrit doit l'être aussi²¹¹. Il en résulte que l'acquéreur ne dispose plus d'aucun moyen pour prouver le contrat de vente immobilière.

La doctrine, à juste titre, a fortement critiqué cet arrêt²¹². Dans la pratique il est fréquent que les parties communiquent par e-mails. Or d'après cette jurisprudence²¹³, une partie ayant négocié de bonne foi par e-mail²¹⁴ se retrouverait d'office sur le carreau. L'objectif de l'article 9 de la Directive européenne du 8 juin 2000 (2000/31/CE) n'était pas de créer des obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique mais, au contraire, de faciliter la formation de ces derniers²¹⁵. Quel était le but du législateur en édictant l'article XII.16 du Code de droit économique ? Celui-ci aurait-il considéré que, la vente d'un immeuble étant un acte important, elle méritait d'être formalisée dans un compromis papier ? En réalité, l'exception prévue à l'article XII.16 du Code de droit économique en ce qui concerne les biens immeubles était uniquement prévue, parce qu'à l'époque, certaines formalités spécifiques pouvaient plus difficilement être mises en œuvre par la voie électronique²¹⁶. Pour mettre fin à l'insécurité juridique résultant de cette jurisprudence, certains ont appelé de leurs vœux une intervention du législateur²¹⁷. Le Ministre Alexander De Croo a répondu aux attentes de ces auteurs puisqu'un projet de loi de loi allant dans ce sens a été adopté le 12 juillet 2018²¹⁸. Dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette loi, nous

²¹¹ Un autre courant estime que l'e-mail ou le SMS peut constituer un commencement de preuve par écrit. Civ. Termonde, 8 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 270 ; Gand, 26 septembre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116 ; Civ. Gand, 10 avril 2012, *T.B.O.*, 2012, p. 158.

²¹² B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 22 à 28 ; H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016, n° 4, pp. 77 à 89 ; W. VANDENBUSSCHE, « “O tempora, o mores” over de totstandkoming en het bewijs van de verkoop van onroerend goed via elektronische weg, *TBBR*, 2018, afl. 2, pp. 73-82 ; J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NJW* 2017, liv. 354, pp. 210-215 ; D. PETOSA, « De Antwerpse “e-mailgate”. Koop van een onroerend goed langs elektronische weg », *Not. Fisc. M.* 2017, liv. 5, pp. 129-134 ; J. BAECK en I. CLAEYS, « Verkoop van een onroerend goed per e-mail ? - De ene vormvereiste is de andere niet », *R.W.* 2017-18, liv. 20, pp. 763-777 ; E. TERRYIN, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », *D.C.C.R.*, 2017, liv. 115, 83-90.

²¹³ Qui n'est pas isolée.

²¹⁴ Ou bien par SMS. À ce sujet, la Cour d'appel de Gand a jugé le 26 septembre 2013 qu'un SMS pouvait constituer un commencement de preuve par écrit. Voy. Gand, 26 septembre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116.

²¹⁵ B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 25.

²¹⁶ Projet de loi visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. *Parl.*, Ch. repr. 2017-2018, n° 3153/1.

²¹⁷ H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016, n° 4, p. 89 ; W. VANDENBUSSCHE, « “O tempora, o mores” over de totstandkoming en het bewijs van de verkoop van onroerend goed via elektronische weg, *TBBR*, 2018, afl. 2, p. 82.

²¹⁸ Projet de loi visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. *Parl.*, Ch. repr. 2017-2018, n° 3153/1. L'article 9 de cet avant projet est rédigé comme suit : « Dans l'article XII.16, du même Code, inséré par la loi du 15 décembre 2013, les mots “L'article XII.15 n'est pas applicable” sont remplacés par les mots “A la condition qu'ils constatent l'existence d'obstacles pratiques à la réalisation d'une exigence légale ou réglementaire de forme dans le cadre du processus de conclusion d'un contrat par voie électronique, les cours et tribunaux compétents peuvent ne pas appliquer l'article XII.15” »

ne pouvons qu'inviter les particuliers et les praticiens du droit immobilier à prendre leurs précautions.

III.-LES REMÈDES À LA COMPLEXIFICATION DE LA VENTE IMMOBILIÈRE

À travers l'analyse d'une certaine jurisprudence, nous avons découvert en quoi le principe du consensualisme dans la formation de la vente immobilière était mis à mal. Sans légitimité, le juge s'érige en législateur et consacre, *de lege feranda*, des conditions requises *ad validitatem* à la formation du contrat²¹⁹. Comme nous l'avons vu, cette décision témoigne de la réalité. De plus en plus de voix s'élèvent pour s'écarter de la vente immobilière conclue *solo consensu*²²⁰. Le premier chapitre sera consacré à l'analyse de la formation du contrat de vente immobilière en droit français. Il n'est pas rare que la doctrine, la jurisprudence et le législateur s'inspirent du droit étranger²²¹. Dans un deuxième chapitre, nous présenterons quelques propositions doctrinales pour sécuriser les transactions immobilières.

A. LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE IMMOBILIERE EN DROIT FRANÇAIS

Les droits contractuels belges et français sont similaires sur bien des aspects. Premièrement, les règles concernant les pourparlers préalables à la conclusion d'une vente immobilière sont semblables. Dans l'un et l'autre droit, ces négociations appellent à la bonne foi et à la loyauté²²² et la rupture fautive des négociations engage la responsabilité délictuelle de son auteur sur base de l'article 1382 du Code civil. Rappelons tout de même que, à la différence du droit français, le droit belge n'a pas encore intégré le régime de la rupture

²¹⁹ A. CABY, « Vente d'immeubles : attention danger ! - Évolution jurisprudentielle de la portée de l'article 1583 du Code civil », *Pli jur.*, n° 26, 2013, p. 10.

²²⁰ B. KOHL, « La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle » in *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 485.

²²¹ P. WERY, « mutations et défis du nouveau droit belge des obligations », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Kluwer, vol. 60, n° 2, p. 211. Ce fut encore le cas récemment, avec l'avant-projet belge de réforme du droit des obligations (approuvé le 30 mars 2018 par le Conseil des ministres) qui s'inspire largement de cette réforme en droit français.

²²² P. BRASSEUR, B. DE CONINCK, C. DELFORGE, M. DEMOULIN, E. MONTERO, M. FONTAINE, S. MICHAUX et L. VANDENHOUTEN, *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 21 à 52.

fautive des pourparlers dans son Code civil²²³. En ce qui concerne la formation du contrat, celle-ci s'opère également par la rencontre d'une offre ferme et précise et d'une acceptation inconditionnelle. Si certes, le droit français, à la différence du droit belge, autorisait la libre révocation de l'offre, le nouvel article 1116 du Code civil français empêche une telle rétractation²²⁴. Le contrat, sur base de la théorie de la réception, se forme quand l'acceptation est portée à la connaissance de l'offrant²²⁵. En France comme en Belgique, un accord sur la chose et le prix ainsi que d'éventuels éléments substantiels suffit à former valablement le contrat de vente immobilière.

Après avoir brièvement exposé les points communs en la matière entre ces deux droits, il convient à présent d'en souligner les divergences majeures. Premièrement, en ce qui concerne la pratique, il est rare en Belgique que les parties subordonnent la naissance de la vente immobilière à la signature d'un acte authentique. En effet, la plupart du temps, la vente est définitive dès la signature d'un compromis de vente aménagé par les contractants²²⁶. En France, il est fréquent de postposer la formation définitive du contrat à la signature de l'acte authentique²²⁷. La vente immobilière, considérée comme une opération complexe, est généralement préparée par un avant-contrat²²⁸. Ce dernier prend soit la forme d'une promesse unilatérale de vente²²⁹ soit d'une promesse synallagmatique de vente²³⁰.

La promesse unilatérale de vente est « un contrat par lequel une partie²³¹ s'engage à contracter par la suite dans certaines conditions d'ores et déjà précisées »²³². Ainsi, bien que les éléments essentiels du contrat soient déjà déterminés à ce stade, le consentement de l'acheteur est manquant et, partant, la vente n'est pas née. L'acquéreur dispose en réalité de droit de lever, dans un certain délai, l'option qui lui est offerte par le vendeur. Ce n'est qu'au moment où l'acquéreur lève l'option que la vente se forme²³³. Le droit d'option dont dispose l'acquéreur a souvent, pour contrepartie, une indemnité d'immobilisation que celui-ci paie au vendeur. Si l'acquéreur n'exerce pas l'option, le vendeur bénéficiera de cette indemnité²³⁴. La

²²³ Voy. Les articles 1112 à 1112-2 du Code civil français. En ce qui concerne le droit belge, l'avant-projet de réforme du droit des obligations intègre ce régime dans les articles 5.18 à 5.21 du futur livre 5 du Code civil belge.

²²⁴ Inséré dans le Code civil français par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²²⁵ Article 1121 du Code civil français. Précisons que dans le passé, la jurisprudence française adhérait à la théorie de l'émission. Voy. not. Cass., 7 janvier 1981, *Bull.*, IV, p. 11, n° 14.

²²⁶ Ces aménagements concernent principalement le report du transfert de propriété et du paiement du prix à la passation de l'acte authentique.

²²⁷ B. KOHL, « La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle » in *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 453.

²²⁸ J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 423.

²²⁹ Souvent appelée promesse de vente.

²³⁰ Appelé également compromis de vente.

²³¹ Il s'agit le plus souvent du vendeur.

²³² F. COHET-CORDEY, *Les droits de l'acquéreur d'un bien immobilier*, L'Harmattan, Paris, p. 23.

²³³ Bien que ses effets puissent être suspendus par l'une ou l'autre condition suspensive.

²³⁴ J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 436 à 438.

promesse unilatérale de vente doit être enregistrée dans les dix jours de son acceptation²³⁵ par le bénéficiaire sous peine de nullité absolue²³⁶.

La promesse synallagmatique de vente (ou compromis de vente), quant à elle, est caractérisée par le consentement des deux parties sur les éléments essentiels du contrat. En vertu de l'article 1589 du Code civil, le compromis de vente vaut vente²³⁷. Or, la conclusion d'une telle promesse ne présente a priori aucun intérêt en ce qui concerne la préparation d'une vente définitive puisqu'elle fait office de vente définitive. Pourquoi donc la classer dans la catégorie des « avant-contrats » ? Afin d'avoir le même rôle qu'un avant-contrat, soit le compromis est assorti de conditions suspensives²³⁸, soit les parties retardent la naissance de la vente à la signature de l'acte authentique²³⁹. Dans le premier cas, la vente est formée mais ses effets sont suspendus jusqu'à la réalisation de la condition et, dans le deuxième cas, la vente n'est pas encore née et le compromis de vente est un contrat autonome obligeant les parties à coopérer pour la signature de l'acte authentique dont dépend la formation du contrat de vente²⁴⁰. Le compromis de vente prend le plus souvent la forme d'un acte sous seing privé et n'est pas soumis à l'enregistrement²⁴¹.

En France, pour toute vente d'un immeuble bâti, un « dossier de diagnostic technique » doit être annexé à l'avant-contrat ou, à défaut, à l'acte authentique par le vendeur. Ce dossier fournit toute une série d'informations sur le statut du bien²⁴².

À la différence de la Belgique, il existe en France des conditions suspensives légales en ce qui concerne la vente d'un immeuble. Lorsque l'acquéreur doit solliciter un prêt pour l'achat de l'immeuble, l'avant-contrat doit être conclu sous la condition suspensive de l'obtention du prêt sous peine d'être frappé de nullité d'ordre public²⁴³. Cet avant-contrat est également conclu sous la condition suspensive d'absence de rétractation de l'acquéreur. En effet, celui-ci dispose d'un délai de dix jours pour revenir sur son engagement. Nous y arrivons.

Dès 1989, pour les contrats et avant-contrats sous seing privé visant l'acquisition ou la construction d'un logement neuf, les acquéreurs non professionnels avaient la possibilité de se

²³⁵ Précisons qu'il s'agit de l'acceptation de la promesse unilatérale et non de la levée de l'option par l'acheteur.

²³⁶ Voy. l'article 1589-2 du Code civil français (F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 134).

²³⁷ F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 139.

²³⁸ Par exemple, le compromis de vente sera conclu sous condition suspensive de sa réitération en forme authentique. Dans ce cas, la jurisprudence considère que la vente n'a un effet définitif qu'à partir de la signature de l'acte authentique. Voy. par ex. Civ. 3^{ème}, 2 février 1983, Bull. civ. III, n° 34.

²³⁹ F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 141.

²⁴⁰ F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 141.

²⁴¹ J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 444.

²⁴² B. KOHL, « Le droit de repentir dans la vente immobilière - Leçons du droit comparé », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 553 et 554 ; Voy. article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation.

²⁴³ Voy. l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation et l'article L. 313-41 du Code de la consommation (disponible sur www.legifrance.fr). Voy. not. F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 148.

rétracter²⁴⁴. Depuis la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, que l'immeuble soit neuf ou ancien, que le contrat ou l'avant-contrat soit un acte sous seing privé ou un acte authentique et que le vendeur soit professionnel ou non, le dispositif de rétractation s'applique. Comme nous l'avons vu, le droit de rétractation permet à l'acquéreur, pendant un délai de dix jours²⁴⁵, de se délier de son engagement. Il faut distinguer le délai de rétractation du délai de réflexion. Le premier est applicable aux avant-contrats conclus sous seing privé ou par acte authentique. Le deuxième est applicable à l'acte authentique lorsque aucun contrat préparatoire n'a été formé préalablement. Ce délai de réflexion intervient en amont du contrat définitif et suspend sa formation pendant dix jours. Dans les deux cas, le délai commence à courir à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte²⁴⁶. Les deux régimes sont prévus à l'article L. 270-1 du Code de la construction et de l'habitation. Enfin, les notions de délai de réflexion et de rétractation sont entrées, par l'insertion d'un nouvel article 1123, dans le droit commun des obligations du Code civil français²⁴⁷.

Vu la complexité croissante de la vente immobilière, l'utilisation des avants contrats et notamment la formation différée du contrat lors de la signature de l'acte authentique sont des méthodes efficaces afin de ne s'engager que lorsque toutes les questions relatives au contrat définitif projeté sont réglées. La condition suspensive obligatoire en ce qui concerne l'obtention d'un crédit nous paraît aussi être une bonne solution. Cependant, pour ce qui est du droit de rétractation, nous ne pensons pas qu'il soit essentiel. En effet, il semblerait que ce dernier n'ait pas rencontré un grand succès et qu'il ait engendré beaucoup de litiges. De plus, cette règle vise encore à protéger l'acquéreur au détriment de l'intérêt du vendeur²⁴⁸. Les règles de protection de la partie faible en la matière ne sont-elles pas assez nombreuses ?

Enfin, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017 a été remis à la Chancellerie par l'Association Henri Capitant. Ce projet vise principalement à accorder le droit commun des obligations récemment réformé avec le droit des contrats spéciaux. Il y est aussi question d'un titre nommé « droits et obligations spéciaux » reprenant une dizaine d'articles ayant pour vocation de s'appliquer à plusieurs contrats nommés et innommés²⁴⁹. Si ce projet arrive à son terme, peut-être le législateur belge s'en inspirera-t-il comme il l'a fait en ce qui concerne la réforme française du droit des obligations.

²⁴⁴ F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, p. 150.

²⁴⁵ Ce délai était de sept jours avant la loi Macron.

²⁴⁶ Article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, disponible sur www.legifrance.fr.

²⁴⁷ Inséré dans le Code civil français par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁴⁸ Qui est souvent un vendeur particulier.

²⁴⁹ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, disponible sur www.henricapitant.org.

B. VERS UN CONTRAT DE VENTE IMMOBILIERE SOLENNEL ?

Les praticiens du droit recourent régulièrement à des méthodes permettant de sécuriser la vente immobilière. À cette fin, ils utilisent principalement l'offre unilatérale, la convention d'option croisée et l'engagement bilatéral de passer l'acte authentique de vente. Dans ce dernier cas, la signature de l'acte authentique emportera la formation du contrat²⁵⁰. On parle alors, comme nous l'avons vu, de formalisme conventionnel. Si certains prennent leurs précautions face à ce contrat complexe, tel n'est pas le cas de tout le monde. Il conviendrait de trouver des moyens permettant de protéger tous les particuliers, tant les acquéreurs que les vendeurs. Dans cette section, nous présenterons et critiquerons quelques solutions reprises en doctrine afin de sécuriser le contrat de vente immobilière.

1) *Le renforcement du rôle du notaire*

Si certes le notaire est un professionnel du droit et prodigue des conseils avisés, il n'est pas le seul à prendre part au processus de la formation du contrat de vente immobilière. En effet, l'agent immobilier est amené à rédiger des offres d'achat ainsi que des compromis de vente. Or cet agent, même en ayant une connaissance approfondie du droit immobilier, n'est pas un professionnel du droit. Le notaire, dont le ministère est requis pour authentifier l'acte de vente, intervient bien souvent trop tard lorsque la vente est déjà scellée et il s'efforce alors d'essayer de « réparer les pots cassés »²⁵¹.

La vente devenant de plus en plus technique, ne serait-il pas judicieux de renforcer le rôle du notaire ? Que celui-ci assiste les parties des prémisses de la vente à son authentification ? Une proposition de loi de 1992²⁵² visait à soumettre la validité d'un compromis de vente à l'apposition d'un « visa notarié »²⁵³. Cependant, dans la pratique, même lorsque le compromis est rédigé par un agent immobilier, l'expertise du notaire est souvent demandée pour ratifier ou corriger le compromis de vente²⁵⁴. Ce visa notarié n'apporterait donc rien de nouveau puisqu'il ne ferait que consacrer dans un texte de loi une pratique largement répandue.

²⁵⁰ P.-Y. ERNEUX et M. VON KUEGELGEN, « La singularité de la vente immobilière à l'aune des contraintes issues du droit administratif ou vers un indispensable retour aux sources du droit des contrats », *Jurim Pratique*, 2014/2, pp. 232 et 233.

²⁵¹ D. MICHIELS ET R. STIERS, « La proposition de loi Milquet », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 522.

²⁵² Proposition de loi relative à la vente d'immeuble, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1992-1993, n° 822/1, pp. 1 à 5.

²⁵³ B. KOHL, « La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle » in *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 486.

²⁵⁴ B. KOHL, « La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle » in *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 487.

Plus récemment, et suite aux ingérences croissantes du droit administratif dans le droit privé de la vente immobilière, il a été proposé de créer un « dossier immobilier » similaire au « dossier de diagnostic technique » existant chez notre voisin français²⁵⁵. Ce dossier comprendrait toutes les informations urbanistiques, environnementales et énergétiques que le vendeur doit fournir. Ce dernier serait alors obligé de passer chez le notaire avant la mise en vente de son immeuble afin de constituer ce dossier. Le dossier serait ensuite doté d'un code unique et accessible à tous les notaires via le logiciel e-notariat²⁵⁶. Non seulement la sécurité juridique serait assurée, mais aussi la vente immobilière serait plus rapide.

2) *Le contrat de vente immobilière solennel*

Dès le Congrès des notaires de Liège en 1998, on s'interrogeait sur le bien-fondé de reporter la formation de la vente immobilière à la signature de l'acte authentique. La question a gardé *a fortiori* toute son importance dans le contexte actuel²⁵⁷. Une proposition de loi de 1995 de Madame Milquet avait pour objet de solenniser la vente immobilière²⁵⁸. Force est de constater que cette proposition n'a donné suite à aucune réforme législative en ce sens. En effet, si ce procédé garantirait certes un consentement éclairé et réfléchi des parties, une forte insécurité juridique régnerait entre leur accord et la vente définitive. Il faudrait donc recourir à la rédaction d'avant-contrats dans lesquels les parties s'engagent à collaborer à la signature de l'acte authentique. Le comportement fautif d'une partie pendant cette période serait alors sanctionné par des dommages et intérêts. Comme nous l'avons vu, la rédaction de ces avant-contrats est très fréquente en France²⁵⁹. Si cette solennisation de la vente immobilière serait perçue comme une révolution pour les professionnels du droit immobilier, elle concorderait avec l'état d'esprit de la plupart des particuliers profanes qui ont l'impression de n'être définitivement engagés qu'à la signature de l'acte authentique²⁶⁰.

Ne serait-il pas plus opportun de subordonner la naissance de la vente immobilière, non pas à la passation de l'acte authentique chez le notaire, mais à l'établissement d'un acte sous seing privé ? De cette façon, le consentement des parties serait protégé et le recours à cet

²⁵⁵ S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Problèmes actuels dans les dossiers de vente - Solutions pragmatiques et propositions *de lege feranda* », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 161 à 165.

²⁵⁶ S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Problèmes actuels dans les dossiers de vente - Solutions pragmatiques et propositions *de lege feranda* », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 162.

²⁵⁷ S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Problèmes actuels dans les dossiers de vente - Solutions pragmatiques et propositions *de lege feranda* », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 180.

²⁵⁸ Proposition de loi modifiant les articles 1582, 1583 et 1589 du Code civil, *Doc. Parl. Sén.*, sess. ord. 1995-1996, n° 1-175/1, pp. 1 à 5.

²⁵⁹ Voy. *Supra*.

²⁶⁰ D. MICHIELS ET R. STIERS, « La proposition de loi Milquet », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 533.

écrit attirerait leur attention sur l'importance de l'engagement qu'ils s'apprêtent à conclure²⁶¹. Aussi, l'intervalle entre l'accord et la signature du compromis de vente sera relativement court et, partant, la sécurité juridique ne serait pas trop amoindrie. Pour ces raisons, l'exigence d'un écrit requis *ad validitatem* couplée à une condition suspensive légale d'obtention d'un prêt²⁶² nous paraît être une solution adéquate.

²⁶¹ Voy. B. KOHL ET F. ONCLIN, « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, p. 19 ; S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Problèmes actuels dans les dossiers de vente - Solutions pragmatiques et propositions *de lege ferenda* », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 177.

²⁶² Dans le cas où l'acquéreur sollicite un tel prêt. Nous avons vu que cette condition suspensive légale était prévue en droit français.

Conclusion

La vente immobilière n'est plus celle des débuts du Code civil. Elle est devenue, de nos jours, un contrat technique et complexe qui s'accommode de moins en moins bien avec le principe du consensualisme consacré, notamment, par les articles 1583 et 1589 du Code civil. En effet, le contrat de vente immobilière se singularise de l'« institution-mère » de la vente²⁶³.

L'immixtion du droit administratif dans le droit privé des contrats se caractérise par des exigences urbanistiques, environnementales et énergétiques qui ne cessent de croître et dont certaines sont même requises *ad validitatem*. Ainsi, comme nous l'avons vu, un accord sur la chose et le prix doit parfois être complété par la délivrance d'une attestation du sol pour former valablement le contrat. Ces exigences, bien qu'elles appartiennent à un genre particulier de formalisme²⁶⁴, ressortissent à la catégorie des formalités solennelles en ce que leur inobservation peut²⁶⁵ impacter la validité du contrat.

Les décisions de la Cour d'appel de Bruxelles témoignent d'une approche processuelle de la formation du contrat de vente immobilière. Certes, il s'agit d'une jurisprudence isolée ayant eu peu d'influence sur les autres juridictions du Royaume²⁶⁶, cependant, force est de constater que la Cour a adopté une solution de réalité.

Les arrêts que nous avons commentés sont interpellants en ce qu'ils considèrent, implicitement et parfois même explicitement, le contrat de vente immobilière comme solennel. Ceci dit, bien plus que de bousculer les traditions en matière de formation de la vente immobilière, l'objectif poursuivi par la jurisprudence n'est-il pas plutôt d'interpeller le législateur quant à ce contrat devenant de plus en plus impraticable, tant pour les contractants que pour le professionnel du droit²⁶⁷ ?

²⁶³ P.-Y. ERNEUX, « Le lent ralentissement mais ô combien visible du processus de formation des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2016/1, p. 6.

²⁶⁴ Le formalisme de protection de la partie faible. Voy. *Supra*.

²⁶⁵ Puisqu'il s'agit d'une nullité relative.

²⁶⁶ En effet, la difficulté principale d'une telle approche processuelle est qu'elle ne fournit aucun critère permettant de connaître le moment exact de la formation du contrat. Précisons que l'avant-projet belge de réforme du droit des obligations approuvé le 30 mars 2018 par le Conseil des ministres n'a retenu que l'approche classique.

²⁶⁷ J. Callebaut, en commentant l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016 : « Ik lees daarom in dit arrest een oproep om het huidige wetge-vende kader van de verkoop van onroerend goed aan te passen aan de vastgoedpraktijk. Is het nog te verantwoorden dat een zodanig belangrijk contract als de verkoop van onroerend goed consensueel tot stand komt? » (J. Callebaut, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NJW* 2017, liv. 354, p. 215). Trad. Lib. : « J'ai donc lu dans cet arrêt un appel visant à adapter le cadre législatif actuel de la vente de biens immobiliers à la pratique immobilière. Est-il toujours justifié qu'un contrat aussi important que la vente de biens immobiliers soit consensuel ? ».

Dans l'attente d'une éventuelle réforme législative des contrats spéciaux, « les particuliers et leurs conseillers n'aborderont le contrat de vente qu'avec des mains tremblantes »²⁶⁸.

²⁶⁸ A. CABY, « Formation et preuve du contrat de vente immobilière : quand la jurisprudence et le législateur tirent à hue et à dia ... », *Pli jur.*, n° 41, 2017, p. 26.

Bibliographie

Doctrine

ANCEL, F., FAUVARQUE-COSSON, B. et GEST, J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017.

AUBERT, J.-L., « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 931 et s.

BAECK, J. en CLAEYS, I., « Verkoop van een onroerend goed per e-mail ? - De ene vormvereiste is de andere niet », *R.W.* 2017-18, liv. 20, pp. 763-777.

BASTIAEN, V. et THOREAU, G., « Les nullités en droit civil », E. Vieujean (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 9 et s.

BART, J., *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Paris, Monchrestien, 1998.

BEGUIN, E. et WERY, P., « La notion de prix dans la vente immobilière : principes et questions particulières en rapport avec la pratique notariale », in B. KOHL (dir.), *Le prix et son paiement dans la vente immobilière. Aspects pratiques et rédaction de clauses*, coll. Responsabilités et Contrats, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 7 à 43.

BRASSEUR, P., *Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé*, Université catholique de Louvain. Faculté de droit. Collège Thomas More, 2001.

BRASSEUR, P., DE CONINCK, B., DELFORGE, C., DEMOULIN, M., MONTERO, E., FONTAINE, M., MICHAUX, S et VANDENHOUTEN, L., *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

CABRILLAC, R., *Droit européen comparé des contrats*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016.

CABY, A., « Vente d'immeubles : attention danger ! - Évolution jurisprudentielle de la portée de l'article 1583 du Code civil », *Pli jur.*, n° 26, 2013, pp. 7 à 10.

CABY, A., « Formation et preuve du contrat de vente immobilière : quand la jurisprudence et le législateur tirent à hue et à dia ... », *Pli jur.*, n° 41, 2017, pp. 22 à 26.

CALLEBAUT, J., « Een onderhandse akte als voorwaarde voor de verkoop van onroerend goed ? - Over het toenemende belang van essentiële voorwaarden tijdens de onderhandelingsfase van het contract », note sous Bruxelles, 18 novembre 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 187 à 192.

CALLEBAUT, J., « Hoofdstuk II : Actualia inzake de totstandkoming van de verkoop van onroerend goed », in N. Carette et R. Barbaix (dir.), *Tendensen Vermogensrecht*, 2016, Anvers, Intersentia, pp. 107-192.

CALLEBAUT, J., « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NJW* 2017, liv. 354, pp. 210-215.

- CARNOY, G., « L'accord sur la chose et le prix ne suffit plus », www.gillescarnoy.be, 12 février 2012.
- CARNOY, G., « Une nouvelle approche de la chose et du prix dans la vente immobilière », www.gillescarnoy.be, 8 décembre 2014.
- CATALA, P., « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 897 et s.
- CHARPENTIER, E., « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », *Les cahiers du Droit*, 2002, vol. 43, pp. 257 et s.
- COHET-CORDEY, F., LABORRIER, B et LAFOND, J., *Ventes d'immeubles*, LexisNexis, Paris, 2008.
- COHET-CORDEY, F., *Les droits de l'acquéreur d'un bien immobilier*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- COLLON, L., « Les dangers de l'offre d'achat et de la promesse de vente », in *Le compromis de vente*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 7 à 16.
- COLLON, L., « La rémunération de l'agent immobilier et la nouvelle jurisprudence en matière de vente immobilière », in *Agent immobilier, une profession réglementée, Jurim Pratique*, 1/2013, pp. 57 à 69.
- COUTURIER, G., « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 880 et s.
- DE BOECK, A., « Totstandkoming van overeenkomsten - Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar Verbintenissenrecht*, Kluwer, 2008, pp. 173 et s.
- DECKERS, E., MOREAU-MARGREVE, I., BOURGUIGNON, F. et VAN DER BEEK, G. L., « Suggestion de loi modifiant les articles 1582, 1583 et 1589 du Code civil », in P. Delnoy (éd.), *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, Hermalle-sous-Argenteau, Fortemps publ., 1992, pp. 55 à 59.
- DE CONINCK, B. et DELFORGE C., « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions », in M. Vanwijck-Alexandre et P. Wéry (coord.), *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-Palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 73 à 132
- DELFORGE, C., « L'offre de contracter et la formation du contrat (1e partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 550 à 561.
- DELFORGE, C., « L'offre de contracter et la formation du contrat (2e partie) », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 5 à 22.
- DEMOULIN, M. et MONTERO, E. : « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Cahier du C.R.I.D.* n° 23, 2003, p. 131 à 194.
- DEROUSSIN, D., *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012.
- ERNEUX, P.-Y. et VON KUEGELGEN, M., « L'ancrage de l'ordre public environnemental dans le droit privé des contrats immobiliers - Typologie et portée des obligations issues du droit de

l'environnement – Réflexion à propos des contours de l'autonomie des volontés résiduelle dans le droit privé des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2012/2, pp. 71 à 124.

ERNEUX, P.-Y. et VON KUEGELGEN, M., « La singularité de la vente immobilière à l'aune des corallenntraintes issues du droit administratif ou vers un indispensable retour aux sources du droit des contrats », *Jurim Pratique*, 2014/2, pp. 189 à 237.

ERNEUX, P.-Y., « Le lent ralentissement mais ô combien visible du processus de formation des contrats immobiliers », *Jurim Pratique*, 2016/1, pp. 5 à 13.

FLOUR, J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, pp. 93 et s.

FONTAINE, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : rapport de synthèse*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1996.

FONTAINE, M., « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 95 et s.

Fonteyn, J., « Questions de droit civil relatives à la formation du contrat de vente », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 17 à 51.

GENY, F., *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921.

GHESTIN, J., LOISEAU, G., et SERINET Y.M., *La formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, Paris, 2013.

GOBERT, D. et MONTERO, E., « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, n°6000, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 114 à 128.

GUERRIERO, M.A., *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Paris 1975.

HALPERIN, J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 1996.

HUBIN, J.-B. et JACQUEMIN, H., « Contrats de l'informatique et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2015/2-3, n° 59, pp. 7 à 37.

HUBIN, J.-B., « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures » in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 89 à 125.

HUET, J., *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

IMBERT, J., *Histoire du droit privé*, Paris P.U.F., 1950.

JACQUEMIN, H., « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, *Annales de droit de Louvain*, 2010, vol. 70, n°1, pp. 3 à 42.

JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010.

JACQUEMIN, H., « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016, n° 4, pp. 77 à 89.

JADOUL, P., « La négociation immobilière », in B. DUBUISSON et P. WERY (dir.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, De Boeck, 2005, pp. 47-73.

KOHL, B., « La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle » in *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 447 à 490.

KOHL, B. (avec la collaboration de VANWIJCK-ALEXANDRE, M.), *La vente immobilière - Chronique de jurisprudence 1990-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 90, Bruxelles, Larcier, 2012.

KOHL, B. et ONCLIN, F., « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014/1, pp. 13 à 55.

KOHL, B., GRISARD, D., ONCLIN, F., RIGOLET, A. et SALZBURGER, R., « Section 3 - La formation du contrat de vente » in *Chroniques notariales*, Vol. 62, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, pp. 210 à 284.

KOHL, B., GRISARD, D., ONCLIN, F., RIGOLET, A. et SALZBURGER, R., « Le contrat de vente immobilière. Développements récents », in *La vente immobilière*, coll. Commission Université-Palais, vol. 161, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 45 à 87.

KOHL, B., « Le droit de repentir dans la vente immobilière - Leçons du droit comparé », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 529 à 555.

KOHL, B. ET ONCLIN, F., « La formation de la vente immobilière - Questions d'actualité », in *L'acquisition, l'agrandissement et la location d'un bien immobilier*, Limal, Anthémis, 2018, pp. 7 à 28.

LAURENT-BONNE, N. et TISSEYRE, S., « Regards croisés sur le formalisme », in *Le formalisme : sources et techniques en droit positif*, Actes du colloque du 20 octobre 2016 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, pp. 115 à 127.

LEMMERLING, A., « Exécution du contrat de vente d'immeubles : délivrance des accessoires et transfert des garanties », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 127 à 152.

LEPOINTE, G. et MONIER, R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954.

MAS, F., *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005.

MICHIELS, D. et STIERS, R., « La proposition de loi Milquet », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 521 à 536.

NICHOLAS, B., *An introduction to Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

NINANE, Y., « La vente est parfaite “dès qu’on est convenu de la chose et du prix” : un principe légal simple cachant certaines complexités », in *Vente immobilière : la phase préalable et ses écueils*, Actes du colloque du 26 avril 2012 organisé par le ‘Guide droit immobilier’ et la Chambre de Conciliation d’Arbitrage et de Médiation en matière immobilière, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 21 à 59.

NOEL, S., « Les effets pervers du formalisme », Thèse de doctorat en Droit privé, sous la direction de Pierre-Yves Gautier, Paris, Université Panthéon Assas, 2012.

NOËL, M.-P., « La vente aux consommateurs. Tour d’horizon d’un contrat hors du (droit) commun », *La vente, un contrat usuel très réglementé*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 115 et s.

NUYTEN, B. et LESAGE, L., « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 497 et s.

ONCLIN, F., « Police administrative et formation de la vente : l’influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd’hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 51 à 101.

ORBAN DE XIVRY, E., MOERYNCK P. et ROELANTS, C., « L’information environnementale au cours de la phase précontractuelle de la vente immobilière », in *Vente immobilière : la phase préalable et ses écueils*, Actes du colloque du 26 avril 2012 organisé par le ‘Guide droit immobilier’ et la Chambre de Conciliation d’Arbitrage et de Médiation en matière immobilière, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 61 et s.

OURLIAC P. et DE MALAFOSSE J., *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957.

PETOSA, D., « De Antwerpse “e-mailgate“. Koop van een onroerend goed langs elektronische weg », *Not. Fisc. M.* 2017, liv. 5, pp. 129-134.

SAMOY, I. et HOUTMEYERS, S., « Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms : bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *T. Not.*, 2014, pp. 327 à 344.

STAROSSELETS, T., « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 9 à 53.

TABI TABI, G., « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », in *Les Cahiers de droit*, Vol. 53 n° 3, Septembre 2012, pp. 577 à 622.

TAYMANS, J-F., « L’acte authentique de vente et la fonction du notaire », in B. DUBUISSON et P. WERY (dir.), *La mise en vente d’un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 207 à 221.

TERRY, E., LOOS, M., ROTT, P. et PASSANT, G., *Le droit de rétractation : une analyse de droit comparé : droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Bruxelles, Larcier, Paris, L.G.D.J., 2008.

TERRY, E., « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerend goederen », *D.C.C.R.*, 2017, pp. 83 à 90.

TISSEYRE, S., « le renouvellement du formalisme en droit commun des contrats », in *Le formalisme : sources et techniques en droit positif*, Actes du colloque du 20 octobre 2016 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, pp. 97 à 115.

TOUSSAINT, M.-H., « Proposition et analyse de quelques clauses à insérer dans les actes de vente d'immeuble en Région wallonne » in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, pp. 181 à 206.

VANDENBUSSCHE, W., « “ O tempora, o mores ” over de totstandkoming en het bewijs van de verkoop van onroerend goed via elektronische weg, *TBBR*, 2018, afl. 2, pp. 73-82.

VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, S., « Problèmes actuels dans les dossiers de vente - Solutions pragmatiques et propositions *de lege ferenda* », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 155 à 181.

VAN OMMESELAGHE, P., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

VANWIJCK-ALEXANDRE, M. et MAHY-LECLERCQ, A., « Le processus de la formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 103 à 192.

WERY, P., *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2e éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011.

WERY, P., « mutations et défis du nouveau droit belge des obligations », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Kluwer, 2015, vol. 60, n° 2, pp. 203 à 230.

ZAKI MAGDI, S., « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 38 N°4, Octobre-décembre 1986. pp. 1043-1096.

Jurisprudence

- **belge**

- **Cour de cassation**

Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103.

Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301.

Cass., 9 janvier 1975, *Pas.*, I, 1975, p. 482.

Cass., 22 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 229.

Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, p. 1149.

Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p.1087.

Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182.

Cass., 27 mai 2002, R.G. C990051N.

Cass., 8 septembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1581.

Cass., 24 juin 2010, n° C.09.0065.N

Cass., 3 novembre 2011, *T. Not.*, 2012, liv. 11, p. 621.

- **Juridictions d'appel**

Mons, 26 mai 2010, *Rev. not.*, 2010, p. 650.

Mons, 15 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 173.

Anvers, 13 mai 2008, *N.J.W.*, 2008, p. 885.

Anvers, 19 décembre 2016, *R.G.* n° 2014/1280, inédit.

Anvers, 14 octobre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 494, note J. Callebaut, *T. Not.*, 2014, p. 94, note A. Van Oevelen.

Gand, 26 septembre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116.

Bruxelles, 23 juin 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 180 à 184.

Bruxelles 18 novembre 2011, *T.B.O.*, 2013, pp. 185 à 186.

Bruxelles, 5 juin 2014, inédit. Liège, 23 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 40.

Liège, 21 février 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1253.

Liège, 7 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2091.

Liège, 23 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 40.

Nivelles, 14 janvier 2013, inédit.

- **Juridictions de première instance**

Civ. Bruxelles, 3 mai 2013, inédit.

Civ. Bruxelles, 31 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 68.

Civ. Bruxelles, 21 mars 2008, *T. not.*, 2010, p. 217.

Civ. Nivelles, 14 janvier 2013, inédit.

Civ. Nivelles, 30 juillet 2013, inédit.

Civ. Termonde, 8 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 270.

Civ. Gand, 10 avril 2012, *T.B.O.*, 2012, p. 158.

• **française**

Cass., 7 janvier 1981, *Bull.*, IV, p. 11, n° 14.

Civ. 3 ème, 2 février 1983, *Bull. civ.* III, n° 34.

Législation

- **belge**

Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, *M.B.*, 22 décembre 1851.

- **française**

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Code de la construction et de l'habitation.

Code de la consommation.

Sources internet

www.legifrance.gouv.fr.

www.unidroit.org.

www.juridat.be.

www.gillescarnoy.be.

www.henricapitant.org.

