



## VENTE D'IMMEUBLE

En tant que « *contrat modèle* », le contrat de vente se voit appliquer le principe du consensualisme au stade de sa formation. Cette application en matière immobilière ne peut que surprendre en ce qu'elle apparaît en décalage tant avec la pratique quotidienne qu'avec l'objectif de protection poursuivi par le législateur. Les risques de contentieux inhérents à l'application du principe du consensualisme finissent de nous convaincre de la nécessité d'y apporter une critique constructive et prospective. La solennisation de la vente d'immeuble semble être la solution adaptée. Appliquée au droit immobilier, l'ingénierie du notaire nous apparaît au cœur de cette problématique.

1006

# Vers une solennisation de la vente d'immeuble ?



Étude rédigée par Olivier Valard,  
Laure Pasquier-Mignot  
et Romain Illhé

Olivier Valard, notaire à Paris, président de la 1<sup>re</sup> commission du 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France. Laure Pasquier-Mignot, notaire à Paris, rapporteur de la 1<sup>re</sup> commission. Romain Illhé, notaire à Ambarès-et-Lagrave, rapporteur de la 1<sup>re</sup> commission

**Ndlr** : Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France aura pour thème « *L'ingénierie notariale* ». Il aura lieu à Marseille les 12, 13 et 14 octobre 2022

<sup>1</sup> - À travers l'ordonnance du 10 février 2016<sup>1</sup>, certains principes d'ores et déjà applicables ont bénéficié d'une consécration formelle dans le Code civil. Il en va ainsi notamment du principe de liberté contractuelle, le nouvel article 1102 du Code civil prévoyant sous son premier alinéa que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat*

<sup>1</sup> Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016 ; JCP N 2017, n° 43-44, act. 904 (Ordonnance ratifiée en application de L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, art. 1 : JCP N 2018, n° 17, act. 414 ; M. Mekki, Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 : JCP N 2018, n° 18, 1175).



dans les limites fixées par la loi ». Cette manifestation d'une conception libérale du droit français des contrats en justifie implicitement une autre, ayant trait cette fois aux modalités de formation des contrats.

2 - Pour devenir la « loi des parties »<sup>2</sup>, les contrats doivent être légalement « formés ». Se pose ainsi la question de la formation des contrats pour que ceux-ci soient revêtus de la force obligatoire voulue par les cocontractants. Bien que les parties puissent en décider autrement<sup>3</sup>, le contrat est par principe consensuel en droit français et n'est donc pas soumis au respect de règles de forme pour être valable<sup>4</sup>. De la même manière que les parties sont libres de contracter, elles bénéficient de la liberté de choisir la forme de leur convention<sup>5</sup>. Cette liberté de forme, qui complète la liberté de contracter dont elle est le corollaire, n'est limitée que par la loi.

3 - Le contrat de vente est présenté comme le « contrat modèle » du Code civil<sup>6</sup>, l'archétype des contrats, celui qui en est la matrice, le plus soumis à la théorie générale des obligations<sup>7</sup>. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater que le principe du consensualisme s'y applique. De sa définition donnée par l'article 1582 du Code civil<sup>8</sup>, particulièrement sobre, il ne ressort aucun formalisme ni aucune solennité. Cette simplicité, autant que l'application du principe général du consensualisme, sont reprises, s'agissant de la vente, à l'article suivant. L'article 1583 du Code civil dispose ainsi 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 ». Se dégage alors le triptyque défini pour fixer les conditions de formation du contrat de vente : un accord des parties (1<sup>er</sup> élément) sur la chose (2<sup>e</sup> élément) et sur le prix (3<sup>e</sup> élément). À ce titre donc, et par application du principe énoncé par l'article 1172 du Code civil, sauf exception, le contrat de vente est bel et bien consensuel<sup>9</sup>.

2 C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ».

3 Dans les limites fixées par la loi, V. C. civ., art. 1102 ci-dessus rappelé.

4 C. civ., art. 1172 : « Les contrats sont par principe consensuels ».

5 « Le consensualisme consacre la liberté d'expression du consentement » – F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations* : Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002, n° 127.

6 M.-E. Ancel, *La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel*, in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, (ss dir.) T. Revet : LGDJ, 2005, p. 285 et s.

7 P. Malaurie, L. Aynes et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux* : LGDJ, coll. D. civ., 11<sup>e</sup> éd., p. 55, n° 54. – Citant J. Carbonnier, *Sociologie de la vente, Travaux et conférences de l'université libre de Bruxelles, faculté de droit*, VIII : Bruxelles, Larcier, 1960. – Repris dans *Flexible droit* : LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 191-4204. – Et dans *Écrits* : PUF, 2008, p. 521.

8 C. civ., art. 1582 : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. ».

9 Cass. civ., 31 mars 1936 : « La vente étant un contrat purement consensuel, sa validité est indépendante de l'instrument qui la constate ; qu'il suit de là que la transcription d'une vente est opposable aux tiers, alors même que

4 - L'application du principe du consensualisme au contrat de vente a le double mérite de la simplicité et de la cohérence. Nul besoin de respecter un formalisme particulier pour engager les parties<sup>10</sup>, et nul besoin non plus d'écarter l'application de la règle générale au contrat spécial auquel est souvent assigné le rôle de modèle pour les autres contrats spéciaux. À bien y regarder néanmoins, l'application du consensualisme au contrat de vente, en ce qu'il porte spécifiquement sur un bien immobilier, a de quoi surprendre. Pour des raisons de fait tout d'abord. Est-il raisonnable d'admettre qu'en la matière les parties puissent être engagées sans formalisme spécifique ? Peut-on réellement considérer que la formation d'un contrat de vente d'immeuble puisse répondre aux mêmes règles de formation qu'une vente portant sur un bien de consommation courante ? Pour des raisons de droit ensuite, sur lesquelles nous reviendrons plus spécifiquement. En premier lieu, la simplicité apparente du processus de formation du contrat de vente laisse bien souvent la place à un manque de maîtrise par les parties, source de contentieux. S'y ajoute une incohérence flagrante avec les pratiques en place au stade de la signature d'avant-contrats, y compris notariés. Enfin, cette situation est à mettre en perspective avec d'autres, pour lesquelles des atténuations, voire des exceptions au principe du consensualisme, sont prévues. Ces différentes raisons de droit, s'ajoutant à celles de fait déjà énoncées, nous amènent naturellement à nous interroger, *in fine*, sur la pertinence du maintien de la règle du consensualisme au contrat de vente d'immeuble.

## 1. Un processus de formation mal maîtrisé à l'origine d'un contentieux abondant

5 - Le processus de formation du contrat de vente nécessite traditionnellement de distinguer trois étapes successives bien que non obligatoires<sup>11</sup> : la préparation de la formation du contrat à travers la tenue d'échanges, de discussions et/ou de négociations sur l'objet même du contrat et ses principales conditions, notamment financières (les pourparlers) ; la proposition d'une offre de contracter puis, lorsque les parties constateront qu'elles sont tombées d'accord, l'acceptation de l'offre. La consécration de ces différentes étapes par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>12</sup> n'a pas suffi à écarter les difficultés liées à leur application pratique.

*L'acte qui la constate serait incomplet ou irrégulier, s'il n'est pas démontré [...] que la convention elle-même soit entachée de nullité. »*

10 « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain. » : A. Loisel, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France* : Paris, 1611, rééd. M. Reulos, Sirey, 1935, n° 342 (III, I, II).

11 Les parties restant libres, sous certaines réserves (ex : la nécessaire purge de droit de préemption, etc.), de passer directement à la signature de la vente « définitive ».

12 L'ordonnance a ainsi introduit dans un chapitre ayant trait à la formation du contrat, une section 1 portant sur la conclusion du contrat répar-



6 - Intervenant avant la formation du contrat, les pourparlers incombent à une double réflexion portant sur l'opportunité même du contrat et sur ses principales conditions. C'est le temps où s'exerce plus particulièrement le principe d'autonomie de la volonté ou, pour ne retenir que sa traduction contemporaine, celui de liberté contractuelle. Les dispositions de l'article 1112 du Code civil<sup>13</sup> organisent et listent d'une certaine façon les conditions permettant d'aboutir au plein exercice de la liberté contractuelle prévue sous l'article 1102 du Code civil<sup>14</sup>. La décision d'entamer ces discussions et échanges (le Code civil parle d'« initiative »), leur déroulé comme leur éventuelle rupture sont ainsi couverts par un principe de liberté. Il s'agit ici de ne pas anticiper sur le contrat et sa force obligatoire en maintenant les parties libres d'exprimer leur volonté comme elles l'entendent. Cette liberté contractuelle a vocation à garantir la possibilité de rompre les discussions sans encourir de responsabilité.

### REMARQUE

→ Les parties peuvent décider d'atténuer ce principe de liberté contractuelle en ajoutant des contraintes ou engagements spécifiques avant même la formation du contrat. Ces aménagements pourront porter sur l'organisation des discussions (engagement de confidentialité, processus d'appel d'offres, calendrier, etc.). Ces accords renferment en réalité de véritables conventions, distinctes du contrat principal qu'elles ont vocation à précéder (le contrat de vente dans notre cas), et sont donc susceptibles d'engager une responsabilité de nature contractuelle en cas de non-respect (le plus souvent à travers la condamnation en dommages et intérêts).

7 - La tenue de négociations doit obligatoirement respecter le principe de bonne foi<sup>15</sup>, sous peine d'engager la responsabilité de la partie défaillante. La liberté de contracter emportant mécaniquement la liberté de ne pas contracter, ce n'est pas *stricto sensu* le refus de contracter qui est susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle. Cette responsabilité sera recherchée dans les circonstances d'une rupture ou d'un comportement considéré(e) comme déloyal(e) ou tendant à tromper la confiance du partenaire. Cette période de liberté cesse ou s'atténue lorsque les échanges d'écrits engageants commencent.

8 - Le principe du consensualisme ne se limite pas à la forme attachée au contrat ou, plus précisément, au libre choix de cette forme.

tie en sous-section 1 « Les négociations » et sous-section 2 « l'offre et l'acceptation ».

13 C. civ., art. 1112, al. 1 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. [...] »

14 C. civ., art. 1102, al. 1 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. »

15 Étendu par l'ordonnance du 10 février 2016 aux négociations précontractuelles (C. civ., art. 1104 et 1112).

L'expression de la volonté des parties est également soumise au principe de liberté quant à la forme prise par celle-ci. L'offre peut donc, par principe, être formalisée librement, de manière expresse ou tacite. Le Code civil prévoit ainsi que l'offre doit être prise en compte tant lorsqu'elle résulte d'une déclaration que d'un comportement, dès lors que l'un comme l'autre expriment de manière non équivoque la volonté de son auteur. Pour être retenue en tant qu'offre, elle doit être précise (et comprendre ainsi notamment, s'agissant d'une vente, la chose et le prix) et ferme (C. civ., art. 1114). Le critère de la fermeté est à l'origine d'un contentieux fourni, étant alors contesté par l'émetteur repentant de l'offre qui, à bien y réfléchir, ne souhaite plus de ce contrat. Il invoquera alors la qualification d'« invitation à entrer en pourparlers » en lieu et place de celle d'« offre », en retenant que ses termes laissaient à penser qu'il ne souhaitait pas être lié en cas de réponse positive. À défaut d'indication précise dans l'offre sur sa fermeté et son caractère engageant, les parties devront s'en remettre à l'appréciation des tribunaux.

9 - À ces difficultés inhérentes à l'appréciation de la fermeté de l'offre s'ajoute l'analyse de ses effets dans le temps. C'est ainsi que tant que l'offre n'a pas été acceptée, sa révocation est possible et empêche la formation du contrat (C. civ., art. 1116, al. 2). En revanche, la révocation, bien qu'efficace, peut être considérée comme fautive lorsqu'elle intervient après sa réception par son destinataire et avant l'expiration de sa durée de validité (C. civ., art. 1116, al. 1). Elle engage dès lors la responsabilité extracontractuelle de son auteur (C. civ., art. 1116, al. 3). La complexité du mécanisme semble empêcher les auteurs des offres (de vente ou d'achat) d'en maîtriser les subtilités, en particulier s'ils sont néophytes. Une autre illustration pourrait être trouvée, s'il en fallait, qui renvoie cette fois à la date à laquelle il convient de considérer que la rétractation de l'offre est efficace (en ce qu'elle empêche la formation du contrat). S'agit-il de la date d'émission de la rétractation de l'offre ou de la date de sa réception par son destinataire ? Le silence, ou plus exactement le manque de précision de l'article 1115 du Code civil, laisse à penser que l'émission seule de la rétractation serait suffisante, sans attendre que celle-ci parvienne au destinataire de l'offre, ce qui compliquerait encore la maîtrise de cette situation par les protagonistes<sup>16</sup>.

10 - Vient ensuite l'acceptation de l'offre, emportant la formation du contrat. Le principe du consensualisme est applicable à l'acceptation comme il l'est à l'offre de contracter, l'acceptation étant définie comme la « manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre » (C. civ., art. 1118, al. 1). Cette manifestation de volonté peut s'exprimer par tout moyen, dès lors qu'elle ne

16 En ce sens : V. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* : Dalloz, n° 206, p. 172, pour qui cette lecture stricte est renforcée, à la faveur d'un raisonnement *a contrario*, par la rédaction de l'article 1118, alinéa 2 du Code civil, issu également de l'ordonnance du 10 février 2016, qui prévoit en sens inverse que la rétractation de l'acceptation de l'offre doit, pour être efficace, être parvenue à son destinataire (le pollicitant) avant l'acceptation.



## L'expression de la volonté des parties est également soumise au principe de liberté quant à la forme prise par celle-ci. L'offre peut donc, par principe, être formalisée librement, de manière expresse ou tacite

suscite pas l'équivoque. C'est ainsi que l'acceptation peut être expresse ou tacite, le silence pouvant même être efficace sous certaines conditions. Dès lors qu'elle est pure et simple, l'acceptation entraîne la formation du contrat, quelle que soit sa forme. L'application de ces principes ne tient pas compte de la qualité des parties en présence<sup>17</sup>. À titre d'exemple, et c'est une situation souvent méconnue, le principe du consensualisme et sa mise en œuvre au stade de la formation du contrat de vente s'appliquent également aux personnes publiques, tant pour la vente de biens dépendant de leur domaine privé<sup>18</sup> que pour la vente de biens dépendant de leur domaine public<sup>19</sup>.

11 - Le processus de formation du contrat de vente apparaît donc bien plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord. L'apparente simplicité du principe du consensualisme peut être lourde de conséquences pour des vendeurs ou acquéreurs ne maîtrisant pas toujours leurs paroles ou leurs écrits, et surtout n'ayant pas conscience de la gravité des engagements qu'ils souscrivent à ce titre. En dehors de certaines situations, et plus particulièrement pour l'acquéreur pouvant bénéficier d'un droit de rétractation ou de réflexion, il ne sera pas possible pour les parties de revenir en arrière. Par une application du principe du consensualisme à la vente d'immeuble, le contrat est formé dès lors que ces dernières se sont accordées sur la chose et sur le prix dans les conditions, bien souvent sommaires, rappelées ci-avant. Le refus opposé par l'une des parties d'appliquer le contrat de vente désormais formé peut déboucher sur un contentieux dès lors que la partie « *non défaillante* » décide de ne pas abandonner ses prétentions. C'est le contentieux bien connu de l'offre acceptée. Deux possibilités s'ouvrent alors à celle des deux parties qui souhaite invoquer la formation du contrat de vente. Elle dispose tout d'abord de la possibilité d'invoquer les règles applicables en cas d'inexécution du contrat, en ce que celui-ci recouvre une véritable obligation de faire non respectée. Il s'agira dès lors,

et à titre principal, de demander le versement de dommages et intérêts. La partie non défaillante pourra également faire constater la vente directement par le juge. La vente interviendra de manière forcée, dès lors que les critères de formation du contrat de vente seront réunis, et le cas échéant alors même qu'aucun acte n'aurait été signé.

12 - L'engagement d'une procédure en exécution forcée d'une

vente immobilière, assise sur un accord des parties sur la chose et sur le prix, nécessite qu'une assignation soit notifiée à la partie récalcitrante. Celle-ci est toutefois inopposable aux tiers de bonne foi à la procédure, lesquels peuvent se voir conférer des droits réels concurrents sur les biens immobiliers objet de la procédure en exécution forcée, avant même l'issue de celle-ci, et publier efficacement leur droit au service de publicité foncière. Afin d'y remédier, l'auteur de l'assignation peut publier celle-ci au fichier immobilier à travers le système de la prénotation<sup>20</sup>. Il s'agira de « *prendre date* » à travers une première publication (celle de l'assignation en exécution forcée), dans l'attente de l'issue du contentieux au fond sur la reconnaissance de la vente passée et l'exécution forcée de celle-ci. Ce faisant, et dès lors que cette reconnaissance judiciaire intervient dans les 3 années suivant la première publication, la publication de la vente rétroagira à la date de la première publication (celle de la prénotation).

### REMARQUE

→ La pratique laisse apparaître une dérive dans l'utilisation de la technique de la prénotation lors de contentieux portant sur des offres acceptées. C'est ainsi que la prénotation est parfois utilisée pour bloquer les biens immobiliers concernés, dans l'attente d'une décision au fond, et sans que les prétentions juridiques de l'auteur de l'assignation publiée n'apparaissent solides. La Cour de cassation a récemment considéré que l'utilisation de cette technique pouvait apparaître abusive en ce que le comportement de l'acquéreur évincé marquait de sa part l'intention de « *faire obstruction à tout autre projet que le sien* », ainsi confirmé par l'envoi d'une lettre comminatoire à un cabinet d'architectes « *afin de le faire renoncer à poursuivre la consultation de promoteurs* » pour le compte des vendeurs, ce qui

17 Nous réservons le cas où, eu égard à la nature des biens vendus et à la qualité de l'acquéreur, celui-ci bénéficie d'un délai de rétractation ou de réflexion.

18 CE, 15 mars 2017, n° 393407, SARL Bowling du Hainaut, SARL Bowling de Saint-Amand-les-Eaux : *JurisData* n° 2017-004734 ; *Lebon T.* ; *JCP A* 2017, act. 209, obs. Touzeil-Divina ; *JCP A* 2017, 2132, note Hansen. – Suivi de CE, 26 janv. 2021, n° 433817, Sté Pigeon Entreprises c/ Cne Châteaubourg : *JurisData* n° 2021-000885 ; *Lebon T.* ; *JCP A* 2021, act. 92 ; *JCP A* 2021, 2126, comm. Ph. Yolka.

19 CE, 8 janv. 1982, n° 21510 : *Lebon T.*, p. 619. – CE, 29 juill. 2020, n° 427738, SIVOM de la région de Chevreuse : *JurisData* n° 2020-010891 ; *JCP A* 2020, act. 476, obs. Erstein ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 304, note Soler-Couteaux ; V. Condemin et J.-M. Poisson, *Projet immobilier et domaine public : comment sécuriser les intérêts des intervenants ? : Opérations Immobilières* n° 130, déc. 2020, 38433001.

20 *Pouvant se définir comme la « succession dans le temps de deux publicités relatives au même droit ou au même acte, et dont l'effet se produira à compter de la première publicité, alors que la publicité n'atteindra sa perfection que lors de la deuxième formalité ».* M. Dagot, *Le temps et la publicité foncière, Mélanges offerts à Pierre Hébraud* : Paris, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 221.



constituait un abus de droit engageant sa responsabilité<sup>21</sup>. Dans l'affaire ainsi jugée, les vendeurs étaient un couple de retraités belges âgés au moment des faits de plus de 70 et 80 ans. La procédure avait débuté en 2015, entraînant une indisponibilité de fait des biens pendant 6 années...

13 - Le processus de formation du contrat de vente résultant de l'application du principe du consensualisme apparaît donc méconnu et source de contentieux pour les parties. Au regard des enjeux, notamment financiers, de ces contrats pour les parties dès lors qu'ils concernent des biens immobiliers, la règle du consensualisme semble dans le meilleur des cas inadaptée, et dans le pire dangereuse en ce qu'elle est à l'origine d'un contentieux important<sup>22</sup>. Elle est, par ailleurs, en décalage avec la pratique qui est faite des avant-contrats de vente immobilière.

## 2. La pratique des promesses de vente et le consensualisme

14 - L'accord des parties sur la chose et sur le prix entraîne la formation du contrat de vente. Toutefois, la lettre d'offre et son acceptation, formant cet accord, ne comprennent que trop rarement, pour ne pas dire jamais, les éléments permettant d'effectuer l'ensemble des démarches nécessaires à la signature d'un acte de vente ayant vocation à être publié au service de publicité foncière compétent. Un financement doit bien souvent être recherché et accordé, des diagnostics doivent être établis, des renseignements d'urbanisme et hypothécaires obtenus, des droits de priorité, de préférence ou de préemption purgés, ainsi que le cas échéant un délai de rétractation, sans oublier les vérifications inhérentes à la capacité des parties à signer un acte de mutation immobilière. La tendance est donc grande, et finalement naturelle, à ce que soit conclu un avant-contrat de vente immobilière alors même que les parties se sont accordées sur les principales caractéristiques de la vente à travers l'échange d'une offre et de son acceptation reprenant les critères de l'article 1583 du Code civil.

15 - Mais c'est alors oublier que la vente est déjà formée, par une application du principe du consensualisme à la vente d'immeuble. Comment comprendre dès lors qu'une option soit consentie à l'une des parties (bien souvent l'acquéreur) de contracter ou de ne pas contracter, à travers la signature d'une promesse unilatérale, alors même que le contrat de vente a d'ores et déjà et préalablement été formé ? Moins flagrante, mais également étonnante, est la situation d'un contrat déjà formé et suivi de la signature d'une promesse synallagmatique, engageante il est vrai pour les deux par-

ties, à laquelle succédera un (troisième) acte définitif, nécessairement notarié, ayant vocation à être publié au fichier immobilier ? Ce non-sens juridique a été dénoncé<sup>23</sup>, et découle des difficultés rencontrées par les praticiens appelés à appliquer des accords non formalisés et incomplets, mais néanmoins engageants par application du principe du consensualisme. Ces difficultés ont d'autant plus de raisons d'étonner qu'ailleurs, pour d'autres contrats, ou même pour le contrat de vente, des atténuations ou exceptions au principe du consensualisme existent d'ores et déjà.

## 3. Les atténuations ou exceptions existantes au principe du consensualisme

16 - Le principe du consensualisme n'est pas absolu, en ce qu'il peut faire l'objet d'atténuations ou connaître des exceptions. Les atténuations ou tempéraments, s'ils ne remettent pas en cause la formation même du contrat, réduisent l'impact du consensualisme en y associant des contraintes formelles. Les exceptions quant à elles ont pour effet de reporter la formation du contrat à l'accomplissement d'un formalisme particulier. Elles font clairement et expressément échec au principe du consensualisme. L'article 1173 du Code civil, après avoir rappelé que les atténuations n'affectent pas la validité des contrats, nous précise les principaux objectifs qui leur sont assignés<sup>24</sup>.

17 - C'est ainsi tout d'abord que les atténuations ou tempéraments d'origine légale au consensualisme peuvent avoir vocation à répondre à un objectif de preuve. Aussi consensuel qu'il soit, le contrat de vente n'en est pas moins un acte juridique soumis aux règles générales du droit de la preuve prescrites par le Code civil<sup>25</sup>. Au-delà d'un certain montant, dérisoire lorsque l'on parle de contrat de vente d'immeuble<sup>26</sup>, l'écrit est obligatoire pour apporter la preuve du contrat<sup>27</sup>.

18 - Ce formalisme venant atténuer le principe du consensualisme peut également répondre à un objectif d'opposabilité aux tiers. Il consiste finalement ici en une limite fondamentale : le contrat ne peut pas, en raison seulement de son existence et de sa validité, être

23 B. Bourdelois, *Retour sur les promesses de vente immobilières, Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet* : LGDJ, p. 20.

24 C. civ., art. 1173 : « Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats. »

25 C. civ., art. 1359, al. 1<sup>er</sup> : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. » Principe énoncé auparavant par l'Ordonnance royale de Moulins de 1566.

26 1500 €, par application du D. n° 80-533, 15 juill. 1980, pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil, tel que modifié par D. n° 2016-1278, 29 sept. 2016.

27 Le doyen Carbonnier rappelait ainsi que « les droits sont comme s'ils n'existaient pas s'ils ne peuvent être prouvés » (J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction* : Thémis, 25<sup>e</sup> éd. refondue, p. 308 et 309).

21 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2021, n° 19-24.962 : *Defrénois* n° 19-20, p. 30, comm. M. Luchel.

22 « Le principe du consensualisme s'accommode mal de l'exigence de sécurité en matière immobilière » : 112<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, 2016, « La propriété immobilière », Nantes.



## Le formalisme dans son ensemble semble embrasser l'objectif de protection de la partie faible ou ignorante au moment où celle-ci envisage de souscrire à des engagements d'importance

immédiatement opposable *erga omnes*, et notamment à l'égard des tiers à celui-ci. Le contrat de vente d'immeuble en est une parfaite illustration en ce qu'il est soumis à l'obligation de publication au fichier immobilier<sup>28</sup>.

19 - Nous avons donc rappelé deux séries d'atténuations applicables au contrat de vente d'immeuble : ce dernier nécessite un formalisme pour être prouvé dans les conditions de l'article 1359 du Code civil ; il est également soumis à un formalisme aux fins d'opposabilité auprès de la publicité foncière. Mais d'autres finalités peuvent être attachées au formalisme, au premier rang desquelles se trouve l'objectif de protection. Rejoignant la justification accompagnant habituellement les exigences de solennité auxquelles sont soumis certains actes, qui sont autant de « *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* »<sup>29</sup>, le formalisme dans son ensemble semble embrasser l'objectif de protection de la partie faible ou ignorante au moment où celle-ci envisage de souscrire à des engagements d'importance. Il a ainsi été relevé que « *la forme est devenue l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible et, l'impératif de protection ayant été perçu comme primordial, s'en est nécessairement suivi un développement sans précédent du formalisme* »<sup>30</sup>. Les divers délais de rétractation institués en matière de vente immobilière sont une manifestation patente de cet objectif de protection. Il en va également ainsi de l'obligation de transmission de diagnostics, en nombre et en taille de plus en plus importants, conduisant à un alourdissement du processus de vente immobilière dans l'objectif de protéger l'acquéreur, pris en sa qualité de consommateur immobilier. Comment une vente immobilière peut-elle être formée alors que certains éléments indispensables à sa validité<sup>31</sup> ou à son efficacité<sup>32</sup> ne seront le plus souvent transmis, voire établis qu'après sa formation ? Les différentes contraintes ajoutées par le législateur constituent ainsi autant de remises en question, plus ou moins grandes, du principe du consensualisme lui-même. L'étape ultime est parfois franchie

en ce que le formalisme devient *ad validitatem*, conduisant à ce que le contrat ne puisse être formé sans le respect de solennités particulières.

20 - La validité même de l'acte solennel est subordonnée à l'accomplissement d'un formalisme écrit qui, en fonction des contrats, doit revêtir la forme d'un acte sous signature privée ou celle d'un acte authentique. Il peut également

s'agir de l'obligation d'accomplir des formalités particulières déterminées par la loi (respect d'un délai, etc.). Sans ce formalisme, l'acte n'est pas valable. Le fondement même de la solennité attachée à certains actes réside dans la nécessité de protéger l'ordre public de direction ou l'une des parties à l'acte (ordre public de protection). Les actes concernés sont considérés à ce point graves ou engageants, pour les parties elles-mêmes ou des tiers à l'acte, qu'un écrit, le cas échéant authentique, est nécessaire. À titre d'exemple, doivent ainsi obligatoirement être constatés en la forme authentique la constitution d'hypothèque, le contrat de mariage, la vente d'immeuble à construire du secteur protégé et la promesse de vente consentie par une personne physique pour une durée de plus de 18 mois. Il est alors fait exception au principe du consensualisme pour protéger chacune des parties, ou l'une d'elles, à l'occasion de la signature d'un acte dont la gravité justifie l'accompagnement d'un notaire. Les nombreuses difficultés résultant de l'application du principe du consensualisme à la vente immobilière, telles que rappelées succinctement ci-dessus, conduisent à s'interroger sur la nécessité de transformer le contrat de vente immobilière en contrat solennel.

### 4. La solennisation du contrat : source de protection et de déjudiciarisation

21 - « *Une conclusion semble s'imposer : il faut, purement et simplement, exiger que la vente d'immeubles soit passée par devant notaire* »<sup>33</sup>. C'est en ces termes aussi clairs que catégoriques qu'un auteur conclut sa réflexion il y a maintenant plus de 50 ans, après avoir rappelé certaines difficultés inhérentes à l'application du principe du consensualisme à la vente d'immeuble. D'autres problèmes s'y sont ajoutés par la suite, et ont été rappelés plus avant.

22 - Le formalisme écrit, et plus particulièrement la signature d'un acte écrit, nous semble devoir s'imposer en matière de contrat de vente immobilière. Ce premier étage d'un formalisme nouveau permettrait le plein exercice de la liberté contractuelle en faisant de l'acte écrit « *un élément d'accompagnement de la volonté contrac-*

28 D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, portant réforme de la publicité foncière.

29 G. Couturier, *Les finalités et les sanctions du formalisme* : Defrénois 15 août 2000, n° AD2000DEF880N1, n° 15 et 16, p. 880.

30 X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme* : JCP G 1999, I, 170, n° 2.

31 *Superficie Loi Carrez* - L. n° 2014-1545, 10 juill. 1965, art. 46.

32 À titre d'exemple : la remise de certains documents relevant du dossier de diagnostic technique conditionne l'efficacité de l'exonération au titre de la garantie des vices cachés (CCH, art. L. 271-4), et la transmission d'une documentation importante conditionne la possibilité de purger le délai de rétractation ou de réflexion pour une vente portant sur des lots de copropriété compris dans un immeuble à usage total ou partiel d'habitation (CCH, art. L. 721-2 et L. 721-3).

33 R. Nerson, *La solennisation de la vente d'immeuble*, in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière* : 1964.



tuelle »<sup>34</sup>, sorte de protection ou de garde-fou permettant de s'assurer de la solidité du consentement des parties à l'acte.

23 - Si l'existence d'un acte écrit présente évidemment l'avantage d'apporter plus aisément la preuve des engagements réciproques des parties, elle ne saurait en revanche éclairer davantage les parties si cet écrit n'était point lu et expliqué ! Il convient de constater, à regret, que l'existence d'un écrit n'en fait point forcément un écrit lu et compris des parties. Dès lors, il conviendrait de renvoyer à un formalisme imposant que soient vérifiées la connaissance, la compréhension et l'adhésion sans réserve des parties aux conventions. Il s'agit bien évidemment de l'exigence d'authenticité et de l'accompagnement corrélatif du notaire au moment même de la formation du contrat. C'est ainsi qu'un illustre auteur et notaire remarquait que « sous l'angle du formalisme, tous les contrats que reçoit un notaire présentent la même gravité. Il est toujours essentiel, quel que soit le contrat, de s'assurer de la validité du consentement et de se préoccuper de la protection des tiers sans perdre un instant de vue les objectifs de sécurité et de rapidité »<sup>35</sup>.

24 - Une plume des plus autorisées a relevé que « dans les idées les plus profondes de l'humanité, la terre n'est pas un bien comme les autres. Sa propriété est moins privative : son aliénation est moins libre ; sa vente ne peut pas être affaire courante entre deux individus »<sup>36</sup>. Puisque le bien immobilier n'est pas comparable à tout bien mobilier au regard de son importance (financière, sociétale, environnementale, etc.), l'application à celui-ci du même principe directeur qu'est le consensualisme ne peut que surprendre. Et puisque ces situations ne sont effectivement et objectivement pas comparables, le droit s'est déjà adapté afin de conférer à la vente d'immeuble un caractère plus solennel<sup>37</sup>, en attendant qu'elle revête dans son ensemble les habits d'une solennité nouvelle. La « *resolennisation* »<sup>38</sup> de la vente immobilière n'est pas une préoccupation nouvelle, en ce qu'elle a déjà commencé et a été commentée<sup>39</sup>. Il sera d'une certaine façon proposé d'achever la mécanique enclenchée en tirant les conclusions de la singularité d'une mutation portant sur un bien immobilier. ■

## L'essentiel à retenir

- En prévision de la réforme attendue du droit des contrats spéciaux, l'Association Henri Capitant a élaboré et remis à la Chancellerie deux offres de réforme du droit des contrats spéciaux en juin 2017, puis en avril 2020.
- Les auteurs de ces offres ont choisi de réaffirmer l'application du principe du consensualisme au contrat de vente (art. 14). Ils indiquent notamment que bien que « le principe du transfert solo consensu pouvait être discuté en termes de réalité pratique et d'opportunité », les auteurs du projet n'ont pas « souhaité revenir sur celui-ci ».
- L'argument fondamental présenté est que l'ordonnance du 10 février 2016 est venue confirmer le principe du transfert de propriété solo consensu avec la plus grande netteté dans l'article 1196, alinéa 1 du Code civil. Il est vrai qu'à travers ce nouvel article 1196 du Code civil, le principe de transfert de propriété dès la formation du contrat de vente s'est trouvé conforté.

- Le texte de l'article 1196 du Code civil nous semble traiter ou rappeler l'un des effets immédiats et fondamentaux du contrat de vente, à savoir le transfert de propriété. Il n'est pas fait mention ici, nous semble-t-il, des effets induits du consentement sur le transfert de propriété, d'autant que ce consentement n'entraîne pas la formation du contrat de vente sans un accord sur la chose et sur le prix. La formation de la vente entraîne effectivement le transfert de propriété. C'est ce principe qui nous semble rappelé par l'article 1196 du Code civil, non pas celui qui commande à ce jour la formation du contrat de vente, figurant sous l'article 1583 du Code civil.
- La solennisation de la vente d'immeuble que nous appelons de nos vœux ne nous paraît donc pas en contradiction avec l'ordonnance du 10 février 2016 en ce que celle-ci n'a fait que rappeler l'un des effets attachés à la formation du contrat de vente (le transfert de propriété) sans prendre position sur ses modalités de formation.

34 J.-L. Aubert, *Le formalisme (rapport de synthèse)*, Journée en hommage à Jacques Flour, sur le formalisme : Defrénois 15 août 2000, n° AD2000DEF931N1, qui complète en indiquant que « Le formalisme n'est plus une mesure réservée aux actes les plus graves, mais une assistance accordée aux contractants les plus faibles ».

35 G. Daublon, *Le formalisme point de vue du praticien* : Defrénois 15 août 2000, n° AD2000DEF929N1, n° 15 et 16, p. 929.

36 J. Carbonnier, *Sociologie de la vente : Flexible Droit*, 8<sup>e</sup> éd., p. 325-326.

37 Allant jusqu'à créer un « divorce » entre le principe général du consensualisme et l'ajout constant de formalismes nouveaux par le législateur : « si le phénomène n'est certes pas nouveau, il n'est pas sûr qu'il faille éternellement s'accommoder d'un tel divorce entre les principes clamés haut et fort par le code et le démenti constant que lui apportent les réglementations particulières... » (Ch. Gijsbers, *L'impact de la loi Élan sur les ventes immobilières* : RDI 2019, p. 38).

38 L'expression elle-même est du Doyen Carbonnier.

39 V. not. 111<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique* : Strasbourg, 2015, 4<sup>e</sup> comm., *Sécurité juridique et vente d'immeuble*, p. 912, n° 4357.