

## CHAPITRE 15

# LA VENTE D'IMMEUBLE DE GRÉ À GRÉ ET LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Prof. Dr. Benoît KOHL

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Avocat au Barreau de Bruxelles

*Une vente ne sera pas nulle par cela seul qu'elle n'aura pas été rédigée par écrit. Elle aura tout son effet, s'il conste d'ailleurs, de son existence<sup>(1)</sup>.*

**Introduction.** «*Solus consensus obligat*»<sup>(2)</sup>. La vente, quel qu'en soit son objet, est un contrat consensuel. Dès lors que les parties ont l'intention de se lier en droit, elles sont libres d'exprimer leur consentement de la manière qu'elles souhaitent, sans qu'aucune formalité soit requise à cet effet. Le principe du consensualisme prolonge le principe de l'autonomie des volontés, qui consacre la liberté des parties de créer, de modifier, de transmettre ou d'éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de contrats<sup>(3)</sup>.

Dans le contrat de vente d'immeuble, les principes de l'autonomie des volontés et du consensualisme se trouvent toutefois malmenés.

(1) J. PORTAIS, « Code civil. Titre XI du III<sup>e</sup> Livre du Code civil. De la Vente », in *Code civil français. Discours et Exposé des motifs*, Tome IV, Bruxelles, G. Huyghe éd., An XII (1804), p. 5.

(2) Cet adage se retrouve notamment dans le titre « *De Pactis* » des décrétales de GRÉGOIRE IX, chap. I, XXXV (cité par H. ROLAND et L. BOVEZ, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd, 1999, p. 839).

(3) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 152.

Outre l'influence indirecte du formalisme d'opposabilité, qui justifie le recours à l'acte authentique en cette matière, la multiplication des dispositions protectrices du consommateur, l'accroissement du rôle dévolu au juge et la standardisation de certaines clauses, permettent de s'intéresser sur les « espaces de liberté »<sup>(4)</sup> laissés aux parties, et ce tant du point de vue de la forme que du point de vue du contenu de ce contrat. Ces contraintes s'ajoutent à l'emprise croissante du droit public immobilier sur le contenu des conventions translatives de propriété, dont l'étude fait l'objet d'une autre contribution dans le présent ouvrage.

### Section 1

## Le principe de la liberté contractuelle

**Consécration de la liberté individuelle.** La liberté individuelle se manifeste, en droit des obligations et des contrats, dans l'expression de deux principes fondamentaux, consacrés de longue date par la jurisprudence et la doctrine, à défaut d'être énoncés comme tels par le Code civil.

D'une part, le principe de l'autonomie de la volonté. En vertu de ce principe, déduit de l'article 6 du Code civil, mais également de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>(5)</sup>, les sujets de droit sont libres de contracter ou de ne pas contracter ; ils sont libres de contracter avec la personne de leur choix ; en outre, ce principe permet aux parties de

(4) La formule est tirée du thème du colloque organisé à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Commission Royale de Droit et Vie des Affaires de l'Université de Liège (*Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007).

(5) La règle de la convention-loi constitue le prolongement de l'autonomie de la volonté (voy. B. DELCOURT, « La convention-loi », in *Les obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2001, n° II.1.3.10). En d'autres termes, si le contenu obligationnel de l'acte contractuel lie les parties, c'est parce qu'elles l'ont librement décidé. Selon P.A. FORTIER, la reconnaissance du principe de la liberté contractuelle ne semble pas tant résulter des tendances libérales qui se sont manifestées à l'occasion de la révolution française, que « (...) de la prise en compte par le droit objectif de l'utilité que le contrat présente, comme outil, dans la vie sociale et économique et de la constatation que, dans une certaine sphère d'activité, les parties intéressées sont les mieux à même à veiller au respect de leurs intérêts particuliers dans le cadre de diverses opérations qu'elles envisagent de réaliser » (P.A. FORTIER, « Espaces de liberté en droit des contrats », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 29).

fixer librement le contenu de leur contrat<sup>(6)</sup>. Le principe de l'autonomie de la volonté est néanmoins assorti de multiples exceptions, qui résultent de l'ordre public, des bonnes mœurs et des lois impératives<sup>(7)</sup>. Pour l'essentiel, ces interventions législatives sont justifiées, soit par le constat de l'existence d'un déséquilibre économique entre les parties, l'une étant considérée plus « faible » que l'autre et moins à même de protéger ses propres intérêts, soit par des impératifs liés à l'intérêt général.

D'autre part, le principe du consensualisme. Pas plus que le premier, ce principe n'est consacré, en tant que tel, par le Code civil. Quelques dispositions relatives à certains contrats spéciaux en constituent néanmoins d'indubitables applications. Au premier rang de celles-ci figure, en matière de vente, l'article 1583 du Code civil, aux termes duquel 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 ». Le consensualisme consacre donc également la liberté des parties, quant à la forme de leurs conventions. Ce principe est antérieur au Code civil : si, en droit romain primitif, les actes juridiques furent longtemps formalistes « au sens le plus rigoureux du terme »<sup>(8)</sup> (une simple convention - appelée « pacte » - étant impuisante à faire naître une obligation), le Moyen Âge vit consacrer, de

(6) Selon M. COPEL, le principe de l'autonomie de la volonté constitue une « fabule symbolique qui tend à occulter la dure réalité des limites et de l'inconsistance de la volonté humaine ». Citant E. GOURNOT, l'auteur estime que le postulat selon lequel le droit des contrats (et spécialement la force obligatoire du contrat) repose sur la volonté individuelle, n'est pas exact : si la promesse d'un débiteur contractuel l'engage, ce ne serait pas en raison de la volonté individuelle souveraine des parties, mais parce que l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil le lui impose (voy. M. COPEL, « L'autonomie de la volonté : mythique ou en déclin ? », *J.T.*, 2007, p. 331). En réalité, ce n'est pas tant le principe de l'autonomie de la volonté qui, en soi, paraît remis en question au travers de cette thèse, mais plutôt la justification que certains trouvent dans ce principe pour expliquer la force obligatoire des conventions : « élever la volonté des parties en source et mesure des engagements contractuels correspond, dans une certaine mesure, à une fiction » (P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume I. Théorie générale des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 122).

(7) En Belgique, la notion de « lois impératives » - c'est-à-dire de lois qui visent à protéger la partie faible au rapport contractuel et qui, à la différence de l'ordre public et des bonnes mœurs, sont sanctionnées par la nullité relative de la convention - ne fut définitivement consacrée par la Cour de cassation que par son arrêt du 6 décembre 1956 (*Pas.*, 1957, I, p. 361, concl. HAYOT DE TERMICOURT) ; voy. entre autres à ce sujet M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (éd.), *La nullité des contrats*, coll. Commission Université Palais, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 56.

(8) P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », in M. FONTAINE (éd.), *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. Bibliothèque de l'UCL, vol. XXXV, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2002, p. 616.

manière fondamentale, le consensualisme. Loysel l'énonçait par cette formule devenue célèbre : « 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 »<sup>(9)</sup>.

3. **La formation dynamique des contrats.** Du principe du consensualisme, il découle que, en règle, le contrat de vente ne se forme que - mais également qu'il se forme dès que - les parties ont échangé leurs consentements sur les points jugés essentiels à leur accord, c'est-à-dire lorsque l'offrant a pris ou, à tout le moins, aurait raisonnablement pu prendre connaissance de l'acceptation formulée par l'autre partie<sup>(10)</sup>. Aucun formalisme particulier n'est exigé, ni quant à l'expression de offre, ni quant à celle de l'acceptation.

Pour constituer une offre, une proposition doit contenir tous les éléments essentiels au futur contrat. S'agissant du contrat de vente, les éléments essentiels sont, au sens de l'article 1583 du Code civil, la chose vendue ainsi que son prix. Rien n'interdit par ailleurs à l'offrant de préciser dans son offre des éléments *a priori* accessoires, lesquels se trouvent dès lors « essentialisés » par l'expression de sa volonté - on parle également d'élément « substantiels »<sup>(11)</sup>.

Au contraire, les éléments accessoires (telles les modalités relatives au paiement de l'acompte et du solde du prix, au moment du transfert de propriété et à la charge des risques, à la délivrance, etc.), ne doivent pas être contenus dans la proposition pour que celle-ci constitue une offre. Si l'offre, limitée aux éléments essentiels, est acceptée en l'état, le contrat sera parfaitement formé et les lacunes seront comblées par les règles supplétives du droit commun de la vente, ainsi que, le cas échéant, par les usages auxquels les parties sont censées se référer<sup>(12)</sup>.

(9) A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, 1607, livre III, I, 2 (voy. H. ROLAND et L. BOYZE, *op.cit.*, p. 841).

(10) La Cour de cassation reconnaît que le contrat de se forme « au moment où le pollicitant a eu connaissance ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation ; (...) ce moment détermine également le lieu où le contrat est présumé avoir été conclu » (Cass., 25 mai 1990, *Pact.*, 1990, I, p. 1087 ; Cass., 19 juin 1990, *Pact.*, 1990, I, p. 1182).

(11) P. WÉRY, *op.cit.*, p. 142.

(12) Voy. M. VANWYCK-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. Les auteurs citent en particulier Liège, 3 octobre 1986, *Rev. not. b.*, 1989, p. 543 ; à défaut de mention du délai de paiement du prix, ce dernier n'est pas laissé à la discrétion du vendeur, mais peut être fixé par le juge à quatre mois, s'inspirant de l'usage selon lequel, de manière habituelle, le compromis de vente stipule que l'acte authentique sera reçu et le prix payé dans un tel délai de quatre mois.

Le contrat se forme donc dès l'instant où les parties consentent sur les éléments essentiels et sur les éléments considérés par elles comme substantiels<sup>(13)</sup>. L'absence d'accord sur des éléments accessoires ne fait pas obstacle à la formation du contrat. Tel en est assurément le cas lorsque ces éléments accessoires n'ont jamais fait l'objet de négociations, lorsque les deux parties ont manifesté leur intention de ne pas faire dépendre la formation du contrat de leur accord sur ces éléments, ou encore lorsque ces éléments accessoires ne figureraient pas dans l'offre initialement acceptée, mais ont été soulevés par la suite par l'une ou l'autre des parties.

La détermination du caractère « substantiel » aux yeux des parties d'éléments objectivement accessoires apparaît dès lors cruciale. Elle dépend, pour l'essentiel, de l'analyse de la volonté des parties, qui relève en grande partie du pouvoir d'appréciation souverain du juge<sup>(14)</sup>. À cet égard, T. Starosselets estime que « (...) le fait pour l'acceptant de modifier ou d'ajouter à l'offre un élément - fût-il mineur *a priori* - indique généralement qu'en l'espèce, il entend y attacher une importance particulière. Pourquoi sinon prendrait-il la peine de se départir des termes de la proposition initiale, ou d'y faire l'ajout de certains points, si ce n'est parce qu'il s'agit d'un élément substantiel dans son chef ? »<sup>(15)</sup>. En d'autres termes, pour constituer une nouvelle offre, il n'est pas nécessaire que la contre-proposition du destinataire de l'offre initiale renferme des différences majeures. « Si celui-ci prend la peine de demander des informations complémentaires ou d'introduire des précisions, n'est-ce pas justement parce que ces « détails » pourraient être - mais ne le sont pas nécessairement - déterminants de son engagement ? »<sup>(16)</sup>.

(13) Certains auteurs font valoir que cette conception traditionnelle n'est guère adaptée dans les négociations de contrats complexes, où le contrat se met en place progressivement par une série de documents, d'actes et de comportements et où il est malaisé de déterminer avec précision le moment de la formation du contrat, c'est-à-dire celui de la rencontre de l'offre et de l'acceptation (voy. spécialement M. FONTAINE, « Offre et acceptation. Approche dépassée du processus de la formation des contrats », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 115 ; M. FONTAINE, « La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires 40<sup>e</sup> anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 681).

(14) Voy. M. VANWYCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *op.cit.*, p. 184.

(15) T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in M. VANWYCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (coord.), *Le processus de formation du contrat*, coll. Commission Université-Palais, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 46-47, n° 34 ; voy. également dans ce sens B. WILLEMANS, « Kanitekening bij de leer van de bindende kracht van het aanbod », R.G.D.C., 1994, p. 478.

(16) T. STAROSSELETS, *op.cit.*, p. 47 ; voy. cependant contra C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 171.

4. — **Le consensualisme dans la vente d'immeuble : règle supplétive de volonté.** Appliqué à la vente d'immeuble, le principe du consensualisme présente pour conséquence que le contrat de vente existe *solo consensu*, dès l'échange des consentements, sans qu'il y ait lieu à cet égard de s'interroger sur la forme choisie par les parties pour exprimer leur accord. En d'autres termes, sous réserve des difficultés de preuve en cas de contestation (17), la vente d'immeuble faite verbalement est, par principe, parfaitement valable entre parties.

La passation de l'acte authentique ne s'impose donc, *stricto sensu*, que pour assurer le formalisme d'opposabilité aux tiers - de bonne foi (18) - de la convention avenue entre les parties. L'acheteur ayant un intérêt à transcrire son titre, l'on en déduit qu'il détient le droit d'exiger du vendeur la passation d'un acte authentique; à défaut d'exécution volontaire de son obligation, le vendeur peut y être contraint par le juge, dont la décision pourra tenir lieu d'acte authentique, si le vendeur ne s'y soumet pas (19).

Le caractère fondamentalement consensuel du contrat de vente d'immeuble ne fait cependant pas obstacle à la volonté commune des parties de solenniser leur consentement. Par principe en effet, le consensualisme - qui n'est que l'application du principe plus large selon lequel les parties ont toute liberté dans la manière de conclure leurs conventions (20) - emporte que les parties peuvent choisir de soumettre leur échange des volontés à la réalisation d'une forme solennelle, telle la signature d'un

(17) L'article 1341 du Code civil impose la preuve par écrit lorsque le contrat porte sur une chose excédant une somme ou une valeur de 375 euros. L'article 1347 autorise cependant la preuve par témoins ou présomptions en présence d'un commencement de preuve par écrit. Dès lors, « avant même que le compromis ne soit signé, il est donc vivement conseillé à l'une et l'autre des parties de se ménager une preuve écrite de l'accord intervenu, par un échange de correspondance » (M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *op. cit.*, p. 189). Cette correspondance peut aussi bien être « postale » qu'électronique (voy. l'article 2281 du Code civil). Le paiement par l'acquéreur de l'acompte sur le prix peut également constituer un aveu de celui-ci, lorsque ce paiement peut être interprété comme un acte d'exécution de la vente intervenue. Sur la preuve de l'offre ou de l'acceptation lorsque leur existence est contestée, voy. N. VERHEYDEN-JEANNART, *Droit de la preuve*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 129-132, n°s 258-266.

(18) Lorsqu'il peut être établi que le tiers n'est pas de bonne foi (c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence de la vente avant sa transcription), ce dernier peut se voir opposer le droit de propriété immobilière antérieurement cédé (voy. l'article 1<sup>er</sup> de la loi hypothécaire).

(19) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IV, vol. 1 (par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS), Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 168.

(20) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 119.

écrit sous seing privé ou authentique. Dans ce cas, avant la signature du document écrit, « (...) il n'y aura que préliminaire à la vente, même si les parties se sont déjà mises d'accord sur la chose et sur le prix » (21). Ce préliminaire à la vente engendre toutefois pour les parties l'obligation de collaborer à l'accomplissement de la formalité envisagée, sous peine de dommages et intérêts (22). L'absence d'écrit (ou d'acte authentique) ne permettra toutefois pas au juge de considérer la vente conclue, de sorte que, dans cette hypothèse, sa décision ne pourra nullement tenir lieu de titre.

En Belgique, la voie de la solennité authentique conventionnelle est rarement choisie par les parties. Le plus fréquemment, le compromis de vente signé constate l'accord définitif des parties, lequel n'est pas soumis à d'autre forme. Si le transfert de la propriété et le paiement du solde du prix sont fréquemment reportés à la date de la passation de l'acte authentique, la vente est cependant parfaite, sauf - rare - clause contraire, dès la signature du compromis. La situation est différente en France, où la promesse synallagmatique de vente, soumise aux mêmes principes que ceux applicables en droit belge au compromis de vente, est généralement conçue comme « (...) un accord préparatoire du contrat définitif que constitue la vente elle-même, et dont il est convenu qu'elle sera passée dans un certain délai par-devant notaire » (23). La formation de la vente, dont toutes les conditions sont pourtant convenues dès la signature du compromis, s'y trouve donc retardée jusqu'à la réitération de la promesse bilatérale par acte authentique. En d'autres termes, la pratique de la solennité authentique conventionnelle, exceptionnelle en Belgique, constitue bien la règle en France.

**Promesses bilatérales et options croisées.** Nonobstant le danger lié à l'expression consacrée, la « promesse » synallagmatique de vente d'immeuble, ou « compromis », par laquelle le promettant déclare vendre et le bénéficiaire acheter le bien, constitue donc la vente elle-même : chacune des parties s'engage à exécuter envers l'autre et sans réserve toutes les obligations résultant du contrat de vente. Telle est bien la règle énoncée à l'article 1589 du Code civil : « la promesse de vente vaut vente », sauf pour les parties à ériger la forme authentique en condition essentielle de leur accord.

(21) M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 177-178. Comme le relèvent ces auteurs, dans pareil cas, la déduction du droit d'enregistrement sera retardée.

(22) En effet, dans ce cas, « le processus de formation contractuelle sera sans doute déjà suffisamment engagé pour que l'on puisse au minimum considérer que toute rupture injustifiée est fautive » (M. VANWIJCK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, *op. cit.*, p. 178).

(23) J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441.

Le principe posé par cette disposition est désormais clairement établi. Comme le rapporteur au tribunalat, Faure, l'explique : « Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies, la chose, le prix et le consentement » (24). En réalité, l'article 1589 ne vise donc pas l'hypothèse de la promesse unilatérale de vente, mais bien de la promesse bilatérale ; dans ce cas, enseigne F. Laurent, « on ne peut dire que celui qui promet de vendre ne vend pas encore, car son engagement n'est pas isolé, il y a un engagement corrélatif d'acheter ; donc concours de volontés, et partant contrat. En quoi diffèrent, en définitive, la promesse bilatérale de vendre et d'acheter et la vente ? Par les termes dont les parties se servent, au lieu de dire *je consens*, elles disent *je promets*. Est-ce qu'en droit français, il y a encore des termes sacramentels ? Est-ce que celui qui promet ne s'engage pas, et s'engage n'est-ce pas consentir ? (...) et parce que le rédacteur de l'écrit aura employé le mot *promettre*, au lieu du mot *s'engager*, ou consentir, on dira que les parties n'ont pas entendu faire une vente ! » (25). En d'autres termes, quels que soient les termes employés, la vente est parfaitement conclue dès que vendeur et acheteur s'engagent - ou se *promettent* - réciproquement de vendre et d'acheter.

Bien entendu, la transcription de la promesse bilatérale sera nécessaire pour en assurer l'opposabilité aux tiers ; à cet égard, la vente ne sera dès lors « complète » (26), non pas tant à dater de la signature de l'acte authentique, mais bien à dater de celle de sa transcription dans les registres de la Conservation des hypothèques. Il n'en reste pas moins qu'entre parties, la vente est « parfaite », et la propriété transférée (sauf clause retardant le transfert de propriété à une date ultérieure - par exemple lors de la passation de l'acte authentique -), dès la promesse bilatérale, qui peut être formalisée par écrit dans un compromis de vente ; comme l'exprimait déjà Loyssel, « On n'a pas plus tôt vendu la chose qu'on n'y a plus rien » (27).

Pour qu'il reçoive application, l'article 1589 du Code civil suppose toutefois que les parties aient de manière réciproque eu l'intention

(24) FAURE, *Rapport au Tribunalat*, n° 9 (in J. LOCRÉ, *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion des projets de Code civil*, Paris, Imprimerie de la République, 1801-1804, t. VII, p. 90).

(25) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome 24, Bruxelles et Paris, Bruylant et Durand, 1877, pp. 29-30.

(26) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 372, n° 282.

(27) A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, Dupin et Laboulaye, 407 (cité par H. ROLAND et L. BOYEZ, *op. cit.*, p. 599). Comme l'expliquent les auteurs, « la maxime exprime que le contrat de vente opère - à lui seul - le déplacement de la propriété du vendeur à l'acheteur, sans nécessité de recourir à une formalité quelconque de transfert ».

définitive d'acheter et de vendre. À défaut d'indication contraire, l'article 1589 fait donc présumer cette intention, nonobstant le vocable « promesse » employé par les parties. En ce sens, l'article 1589 présente donc une fonction interprétative (28). Partant, scrutant l'intention des parties, l'on doit exclure l'application de cette disposition dans les cas particuliers dans lesquels les parties ont voulu conférer un caractère spécifique à la promesse bilatérale de vente. Il existe en effet des hypothèses qui « (...) se distinguent du contrat définitif par le fait que chacune des parties est titulaire d'une option » (29). Dans pareil cas, les parties se réservent chacune une option de vente et une option d'achat - les praticiens qualifient ce mécanisme d'« options croisées » -, sans que le contrat de vente ne soit définitivement conclu au moment où les options sont réciproquement données (30). Ce mécanisme était déjà reconnu par F. Laurent. Discutant la question de la « promesse de vente ajournée » - c'est-à-dire la promesse muetue, l'une de vendre dans tel délai, l'autre d'acheter après ce délai -, l'auteur examinait si la stipulation d'un terme ajournait seulement l'exécution de la vente, ou si elle altérait la nature même de la convention. Comme l'expliquait à juste titre l'auteur, « la question est avant tout une question d'interprétation. Les parties sont libres de stipuler que la promesse de vente ajournée à deux ans est ajournée, non pour l'exécution, mais pour son existence ; et si elles ont déclaré que telle est leur volonté, il n'y a plus de doute, leur volonté fait loi » (31). La détermination de l'effet de cet ajournement procède dès lors du pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond. Telle est du reste la position de la Cour de cassation : dans un arrêt du 29 juillet 1859, la Cour a refusé de casser la décision d'un juge du fond ayant considéré, au regard des faits et des circonstances de la cause, que jusqu'à la passation de l'acte de vente, il ne s'était opéré entre les parties qu'un simple engagement de vendre et d'acheter, à réaliser par un acte ultérieur de vente (32).

(28) VOY. H. DE DECKER, « De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten », *Ned. Fisc. M.*, 2008, p. 293.

(29) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 179.

(30) De telles options croisées sont fréquemment organisées dans les opérations d'acquisitions d'actions ou de parts de sociétés, et notamment de sociétés immobilières : l'option *call* donne à son titulaire le droit d'acquiescer les parts contre le paiement du prix d'exercice de l'option ; le promettant s'engage donc à céder les parts contre le prix convenu ; en sens inverse, l'option *put* donne à son titulaire le droit de vendre lesdites parts, contre paiement du prix de l'option, tandis que le promettant est tenu de les acquiescer en cas de levée de l'option.

(31) F. LAURENT, *op. cit.*, p. 31.

(32) Cass., 29 juillet 1859, *Pas.*, 1959, I, p. 260.

En d'autres termes, en présence d'options croisées, « chacun est en mesure de provoquer la conclusion du contrat définitif en levant l'option qui lui a été consentie, mais si personne ne se manifeste, celui-ci ne verra pas le jour ; fait bien défaut ce double engagement définitif et par lui-même suffisant qui caractérise la promesse synallagmatique » (33). Au regard des droits d'enregistrement, de telles options croisées ne rendent pas les parties redevables du droit d'enregistrement au taux proportionnel, dans la mesure où l'article 44 du Code des droits d'enregistrement n'applique le droit de vente qu'aux conventions translatives à titre onéreux de propriété ou d'usufruit de bien immobiliers situés en Belgique. Il n'en irait autrement que si les parties étaient l'une et l'autres convenues *in petto* que, de manière certaine, l'option de vente ou l'option d'achat serait levée ; « dans ce cas il y aurait en réalité une forme de simulation tendant, par exemple, à retarder le paiement des droits d'enregistrement sur une vente immobilière. Mais encore faudrait-il que pareille simulation soit établie » (34).

## Section 2

# Les atteintes au principe de la liberté contractuelle

## §1 LES LIMITES CLASSIQUES À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

6. **Interrogation sur le principe du caractère consensuel de la vente.** Parmi les différents contrats spéciaux, le contrat de vente, quel que soit son objet, semble *a priori* constituer l'archétype du contrat consensuel : le principe est rappelé avec force par l'article 1583 du Code

(33) J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 67, cité par P. WÉRY, *op. cit.*, p. 179, note 830.  
 (34) P.A. FORIERS, « Option, promesse de vente, vente et incertitude sur l'identité de l'acquéreur », in *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, coll. Patrimoines et Fiscalités, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 14. L'administration fiscale est un tiers au regard de l'opération convenue entre les parties. L'administration est fondée à invoquer les contre-lettres lorsqu'elle y a intérêt (voy. A. CULOT, *Manuel des droits d'enregistrement*, 4<sup>e</sup> éd., coll. Cahiers de fiscalité pratique, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 64). Le droit proportionnel peut être perçu, même lorsque la convention translatrice de propriété n'est pas constatée par écrit (voy. l'article 31, 1<sup>o</sup> du Code des droits d'enregistrement).

civil : 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 venu de la chose et du prix (...) ».

Pourtant, ainsi que le démontre V. Forray, « (...) la lecture des dispositions qui en réglementent les divers aspects renvoient de la vente à l'image d'un acte écrit » (35). L'auteur explique ainsi que les articles 1630, 1643, 1653 ou encore 1656 du Code civil abordent certaines conséquences de la vente par le biais de « stipulations » contractuelles. Dans le même sens, V. Forray observe que, bien qu'ils n'aient pas pour fonction de réglementer la forme de la vente, l'article 1582, alinéa 2, du Code civil précise que le vente « peut être faite par acte authentique ou sous seing privé », tandis que l'article 1602 dispose que « (...) tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». L'auteur en conclut dès lors que, d'une manière générale, les dispositions du Code civil « tiennent pour acquise l'idée selon laquelle, concrètement, l'opération de vente doit faire l'objet d'une rédaction minimale. Dès l'instant qu'un effet de droit se trouve légalement lié à la présence ou au défaut de stipulation contractuelle, il est excessivement délicat d'en assurer l'effectivité en-dehors de toute formalisation. En conséquence, on dira qu'à compter d'un certain niveau de complexité, la vente doit être rédigée de façon à pouvoir fournir les moyens objectifs d'établir la conformité de l'acte avec le modèle légal » (36). La thèse est séduisante : comment par exemple établir, en l'absence de tout support formel, la limite à la garantie des vices cachés dont le vendeur, de l'accord de l'acheteur, souhaiterait bénéficier ?

En d'autres termes, malgré les apparences, le contrat de vente, contrat consensuel dont aucune règle de forme ne conditionne la validité, est, dans la plus grande majorité des cas, formalisé par écrit, dans la mesure où le respect d'une règle de fond imposera l'insertion d'une stipulation expresse dans le contrat.

**L'ordre public et les bonnes mœurs dans la vente d'immeubles.** La liberté contractuelle des parties contractantes est encadrée par les contraintes liées à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'exigence de licéité des conventions est énoncée à l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent

(35) V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 256.

(36) V. FORRAY, *op. cit.*, p. 257.

l'ordre public et les bonnes mœurs » (37). Cette exigence porte sur l'ensemble des éléments de la convention – essentiels, substantiels ou accessoires. L'ordre public est constitué des « loi[s] qui touche[nt] aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe[nt], dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (38). Ainsi en est-il en matière de vente d'immeubles comme en droit des obligations en général. Dès avant 1804, de multiples dispositions d'ordre public frappaient de nullité certains ventes d'immeubles.

Certaines ont disparu de nos jours ; ainsi, l'article 1554 du Code civil de 1804 frappait de nullité, pour contrariété à l'ordre public, toute vente par le mari, par la femme, ou par les deux conjointement d'un immeuble dotal de la femme mariée (39). Les immeubles constitués en dot étaient donc placés hors du commerce (40).

D'autres ont traversé les âges, telle la prohibition du pacte sur succession future, qui remonte à l'époque romaine (41). L'article 1600 du Code civil en constitue une application en matière de vente, en énonçant qu'« on ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement ». Est dès lors frappée de nullité absolue, pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs la vente de biens, meubles ou immeubles, que le vendeur recevra en succession dans l'avenir.

(37) Cette exigence est ensuite rappelée tant en ce qui concerne l'objet des conventions (voy. l'article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »), qu'en ce qui concerne la cause des conventions (voy. l'article 1131 : « l'obligation (...) sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet » ; voy. également l'article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »).

(38) Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.

(39) Avant la Révolution, cette disposition faisait également partie du droit coutumier. Ainsi, l'article 3 du Chapitre 14 de la Courume d'Auvergne énonçait que « Le mari et la femme, conjointement ou séparément, constant le mariage ou les fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuer ni autrement disposer des biens dotaux de la femme, au préjudice d'elle ; et sont telles dispositions et aliénations, nulles et de nul effet et valeur, et ne seront validées par serment ». Voy. l'arrêt de la Cour royale de Paris (3<sup>e</sup> ch.) du 24 juillet 1819, *Sirey*, 1820, II, p. 145 (vente d'immeubles dotaux en 1769 pour acquitter une dette hypothécaire antérieure au mariage). L'arrêt précise que la loi romaine était plus stricte encore, prohibant toutes les aliénations du fonds dotal, même celles qui auraient été faites du consentement de la femme.

(40) Voy. G. BELJENS, *Encyclopédie de droit civil belge*, 3<sup>e</sup> éd., Tome V, Livre III, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1906, p. 89. L'article 1554 du Code civil fut abrogé avec la réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 14 juillet 1976.

(41) Voy. P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 177.

D'autres encore sont apparues plus récemment. Ainsi, si jadis la prohibition de la vente de « maisons de tolérance » se fondait, pour l'essentiel, sur l'article 6 du Code civil et la notion de bonnes mœurs (42), l'article 480 du Code pénal sanctionne désormais en outre pénalement la vente, aux fins de la prostitution, de chambres ou de toute autre local dans le but de réaliser un profit anormal. Plus récemment, la lutte contre les marchands de sommeil a poussé le législateur à punir ceux qui abusent de la vulnérabilité d'autrui en vendant, louant ou mettant à disposition des biens – spécialement des biens immeubles – dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine, en vue de réaliser un profit anormal (43).

**L'influence des réglementations de droit administratif sur la liberté contractuelle. Renvoi.** C'est un lieu commun que de constater l'influence croissante des réglementations de droit administratif sur la liberté contractuelle. La prohibition de l'aliénation des biens du domaine public (44), ainsi que le régime de tutelle (45) figurent sans doute parmi les plus anciens exemples.

Au fil du temps, la multiplication des réglementations urbanistiques environnementales, et, plus récemment, énergétiques, ont également

(42) Voy. par exemple les décisions citées par G. GRIOLET et C. VERGÉ (dir.), *Nouveau Code civil annoté et expliqué à l'après la jurisprudence et la doctrine*, tome II, Paris, Dalloz, 1901, p. 1006.

(43) Voy. les articles 433décies à 433 quinquidécies du Code pénal (intégrés par la loi du 10 août 2005). Le maintien de la vente, aux côtés de la location de tels biens, a donné lieu à des controverses. Voy. à ce sujet C.E. CLESSE et F. LUGENTZ, « Les marchands de sommeil », in *Les infractions. Volume 2. Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 663. Les auteurs précisent que « en définitive, la notion [de vente] vise essentiellement la vente de biens meubles, ainsi qu'une forme dérivée de la vente [d'immeuble] à tempérament en vue de contrer une lacune de l'ancien texte de loi qui n'incriminait que la location ou la mise à disposition ».

(44) L'on enseignait traditionnellement que de tels biens étaient en dehors du commerce. Voy. par exemple J.M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, Tome II, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Marescq et Dujardin éd., 1856, p. 639. Comme l'explique D. LAGASSE, « la conception absolue de la règle d'indisponibilité des biens du domaine public est aujourd'hui dépassée (...) N'est (...) exclu de manière absolue que le transfert du droit de propriété lui-même sur le bien du domaine public, que ce soit par vente, donation ou échange » (D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domaniaité publique », *Jurim pratique*, 2008, p. 45).

(45) Voy. l'article 162 de la Constitution. À propos de l'impact du mécanisme de la tutelle sur droit de la vente immobilière, voy. entre autres D. DÉOM, « La tutelle sur les opérations immobilières des provinces, communes et centres publics d'aide sociale », in *Pratique notariale et droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 397 ; N. DEKNUDT, A.J. ETIENNE et E. LEDOUX, « Ventes et achats de biens immobiliers par les C.P.A.S. et les communes », *Rev. not. b.*, 1995, p. 134.

contribué à façonner le contenu des conventions de vente d'immeuble, limitant, fût-ce de manière indirecte, le principe de l'autonomie de la volonté. En outre, certaines de ces réglementations imposent parfois aux rédacteurs d'insérer diverses mentions obligatoires dans leurs conventions – même sous *seing privé* –, ce qui ne manque pas d'alimenter, *de lege ferenda*, le débat autour de l'actualité du dogme du consensualisme. Cet aspect de la question est traité dans la contribution de M. Van Kuegelgen et P.Y. Erneux dans le présent ouvrage, à laquelle il est ici renvoyé.

## §2 DROIT DE LA CONSOMMATION ET LIBERTÉ

9. **Présentation.** Le Code civil de 1804 connaissait déjà différents mécanismes destinés à assurer la protection du consentement de l'une des parties<sup>(46)</sup>. Le phénomène, par l'exigence de forme qu'ils posent, s'est accru par la multiplication, ces dernières décennies, des législations de protection du consommateur. Ces dispositions sont généralement perçues comme impératives, de telle sorte que la violation de ces nouveaux mécanismes de protection sera sanctionnée par la nullité relative. Elles restreignent considérablement la liberté contractuelle et, par la renaissance du formalisme qu'elles emportent, remettent en question, à tout le moins dans les relations « *business to consumer* », le principe du consensualisme.

10. **Protection du consommateur : formalisme et vente d'immeuble. Typologie et fonctions des formalités.** Les législations de protection du consommateur sont légion, même en limitant l'examen au seul secteur de l'immobilier. À côté, bien entendu, de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction (dite « loi Breynne ») et de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, présentent également un intérêt la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, etc.

(46) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 384. L'auteur cite notamment le cas de la donation directe, qui doit être constatée par acte authentique et répondre à des règles de forme particulières (articles 931 et suivants du Code civil), le paiement avec subrogation consentie à l'initiative du débiteur (article 1250, alinéa 2 du Code civil), qui doit être constaté par acte notarié, l'hypothèque conventionnelle (article 76 de la loi hypothécaire) ou encore les diverses formes de testaments.

Bref, dans le secteur immobilier comme dans d'autres, le droit se « consomme ». Le terme « consommateur » n'est certes pas expressément utilisé dans chacune des réglementations précitées. Néanmoins, ce concept est employé depuis quelques années dans ce domaine par la doctrine<sup>(47)</sup> et même par les institutions européennes, en raison de l'état d'infériorité dans lequel se trouve généralement le particulier par rapport au professionnel de l'immobilier. Comme le souligne J. Laffineur, « tantôt cet état découle d'une faiblesse des connaissances (du régime juridique applicable au contrat, de l'état du marché, des usages en vigueur, etc.), tantôt il résulte d'une faiblesse économique (dans le chef du professionnel, position de dominance sur le marché qui lui permet de dicter les termes de la convention ; dans le chef du contractant faible, situation de dépendance liée à son besoin de logement, notamment) »<sup>(48)</sup>. Du reste, il devient de moins en moins rare de voir les ménages changer plusieurs fois de bien immobilier au cours de leur vie, rapprochant ainsi le secteur immobilier de celui de l'acquisition de produits dits « de consommation ». La « consommation » du bien immobilier d'habitation s'est encore accentuée avec l'accroissement de la mobilité de la population notamment au niveau européen, de sorte que bien souvent, cet immeuble ne constitue plus, aux yeux des consommateurs, un élément de leur patrimoine, mais revêt une simple fonction de logement<sup>(49)</sup>.

Dans la mesure où seul le contrat de vente d'immeuble de gré à gré fait l'objet de la présente étude, seules la loi Breynne et la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur retiendront ici notre attention.

Dans sa thèse de doctorat, H. Jacquemin démontre que, pour l'essentiel, les manifestations du formalisme en droit de la consommation

(47) Voy. entre autres B. KOHL, « Protection du consommateur de la construction : vers une interdiction des "ventes couplées forcées" ? (à propos d'un projet de loi récent) », *Rev. Fac. Droit Liège*, 2004, p. 607 ; J. LAFFINEUR, « Transactions immobilières et protection du consommateur », *Redtrim*, 2001, p. 94 ; P.Y. ERNEUX, « Promotions immobilières et protection du consommateur. Pratique contractuelle des ventes d'immeubles et loi sur les pratiques du commerce », *Jurim pratique*, 2008/1, p. 163. Pour un aperçu de cette question au plan européen, voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, pp. 3-4.

(48) J. LAFFINEUR, « Transactions immobilières et protection du consommateur », *Redtrim*, 2001, p. 95.

(49) Voy. E. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 202.



peuvent se regrouper en quatre catégories, qui sont : (i) les mentions obligatoires ; (ii) la signature ; (iii) l'écrit et (iv) les modes de transmission de l'information<sup>(50)</sup>. H. Jacquemin explique que ces différentes manifestations du formalisme remplissent différentes fonctions. Ainsi, les mentions obligatoires ont pour fonction d'énoncer une information ainsi que, selon les cas, de garantir l'authenticité et de préserver l'intégrité de celle-ci et d'attirer l'attention du consommateur. La signature permet d'authentifier l'identité du signataire et de manifester son adhésion au contenu de l'acte. L'écrit garantit la lisibilité de l'information, en garantit la pérennité et en préserve l'intégrité. Enfin, les modalités spécifiques de transmission de l'information assurent notamment la communication de l'information au consommateur.

La sanction du non respect des règles de forme est généralement la nullité du contrat irrégulièrement conclu<sup>(51)</sup>. Cette sanction n'est toutefois pas toujours la manière la plus appropriée d'assurer la protection du consommateur. En effet, comme le souligne P. Brasseur, « (...) cette irrégularité ne porte, en principe, guère atteinte à l'intérêt général et ne lèse pas toujours non plus les droits du consommateur, de sorte que la sanction de nullité qui se rattache à l'irrégularité du contrat pourrait alors aboutir à priver ce dernier des avantages attendus du contrat. Sans doute serait-il plus justifié de laisser le consommateur bénéficiaire du contrat, mais à des conditions plus avantageuses »<sup>(52)</sup>. En outre, dans le secteur immobilier, la nullité n'est pas plus satisfaisante puisqu'elle empêche l'accès à la propriété ; sans exiger la nullité, le consommateur pourrait agir en réparation du préjudice que lui cause l'inobservation des règles de forme, mais il doit prouver le préjudice, ce qui n'est pas toujours facile. Par ailleurs, outre la nullité, la loi assortit souvent de sanctions pénales l'absence des mentions requises, ce qui constitue parfois une sanction plus efficace que la nullité de la convention.

Le droit de la consommation ne porte pas seulement atteinte au principe du consensualisme. Par le mécanisme de l'imprécativité de la norme en droit de la consommation, il limite également la liberté qu'ont les parties de fixer à leur guise le contenu de leur contrat, en

(50) H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 83-205.

(51) En droit belge, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 414, n° 454, qui précise que « le contrat pour lequel la solennité est requise est radicalement nul s'il n'a pas été passé dans les formes prescrites ».

(52) P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 667.

essayant de maintenir un équilibre entre les positions contractuelles des parties et en limitant les abus que peut retirer une partie de sa position dominante<sup>(53)</sup>.

## 11.

**Ventes d'immeubles à construire. Loi Breynne et atteintes à la liberté.** Il n'est pas inutile de rappeler l'importance que présente la loi Breynne (loi du 9 juillet 1971 « réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction ») dans les transactions immobilières. Cette loi comporte plusieurs dispositions impératives et elle régit essentiellement, dans l'intérêt de l'acquéreur et quelle que soit la qualification juridique de l'opération, toutes les opérations de promotion immobilière, de ventes sur plan et clé sur porte ou d'entreprise générale de construction d'une habitation (maisons individuelles ou appartements), pour autant que le vendeur ou l'entrepreneur promette l'achèvement de l'immeuble à usage d'habitation<sup>(54)</sup> - qu'il s'agisse d'une habitation principale ou secondaire - et qu'il exige au moins un paiement avant l'achèvement des travaux<sup>(55)</sup><sup>(56)</sup><sup>(57)</sup>. Les mesures prises par le législateur opèrent à deux

(53) Voy. entre autres A. VAN OVELEN, « Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht », in M. VAN HOECKE (éd.), *Algemene rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 110 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 117 ; S. STIJNS et E. SWAENPOEL, « De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht », in I. SAMOY (éd.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, 2010, Anvers, Intersentia, p. 12.

(54) Ou à usage mixte, professionnel et non professionnel, sauf si l'usage d'habitation s'avérait purement accessoire ou occasionnel (voy. A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breynne Sans Cens*, coll. Bibliothek Burgerlijk Recht, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 10, n° 11 et réf. citées).

(55) Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> de la loi, celle-ci s'applique à toute convention ayant pour objet : « (...) le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction, ainsi qu'à toute convention portant engagement de construire, de faire construire ou de procurer un tel immeuble, lorsque la maison ou l'appartement est destiné à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et que, en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou des versements avant l'achèvement de la construction ».

(56) Donc si l'immeuble est achevé lors de la vente, ou s'il est convenu que le paiement se fera en totalité à la fin des travaux, la loi n'est pas applicable (voy. par exemple civ. Bruges, 18 mars 1990, *Res juris imm.*, 1990, p. 209 ; Gand, 4 février 1988, *R.W.*, 1990-1991, p. 1203) ; sur la question de savoir si la vente d'une habitation est soumise à la loi lorsqu'il ne reste à effectuer que des travaux de finition, voy. entre autres A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breynne*, Collection Droit et Justice, Bruxelles, Ed. Nemesis, 1989, p. 41.

(57) La loi s'applique également aux ventes d'habitations à rénover, lorsque le prix total des travaux de transformation ou d'agrandissement excède 18.600 euros et s'élève à 80 % au moins du prix de vente de l'immeuble (article 1<sup>er</sup>, § 5 de l'arrêté royal d'exécution de la loi Breynne).

niveaux : d'une part, la loi régit certains effets des contrats conclus par les promoteurs immobiliers ; d'autre part, l'acquéreur obtient certaines garanties en ce qui concerne l'achèvement de la construction ou le remboursement des sommes déjà versées.

Par un raccourci de langage, la personne protégée par la loi Breynne est généralement qualifiée de « consommateur ». Rien ne semble cependant empêcher en principe d'accorder le bénéfice de la loi à une personne morale qui acquiert ou fait ériger un immeuble d'habitation et dont l'activité habituelle ne consiste pas à céder à titre onéreux les habitations qu'elle fait construire<sup>(58)</sup>. Par exemple, la personne morale constituée par un particulier afin d'y loger, pour des motifs d'ordre essentiellement fiscal, son habitation - principale ou secondaire - bénéficie des protections de la loi Breynne dans ses rapports avec les professionnels de la construction<sup>(59)</sup>.

La loi protège les consommateurs notamment au niveau de la conclusion du contrat. En effet, la convention (qu'il s'agisse d'un compromis de vente sous seing privé ou d'un acte notarié, ou encore d'un contrat de construction ou de promotion) doit nécessairement renfermer un certain nombre de mentions protégeant le consommateur, énoncées de manière détaillée à l'article 7<sup>(60)</sup>. Ces mentions, qui renferment différentes informations utiles au consommateur, visent à lui permettre de donner son consentement en pleine connaissance de cause. Par là, le législateur consacre également le devoir d'information précontractuelle du vendeur, de l'entrepreneur ou du promoteur<sup>(61)</sup>.

(58) Voy. par exemple civ. Anvers, 17 juin 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 137 ; Comm. Bruxelles 23 juin 1994, *Entr. et dr.*, 1994, p. 329, note G. BAERT ; dans cette dernière affaire, une société commerciale active dans le secteur de l'investissement immobilier chercherait à bénéficier de la protection de la loi Breynne ; le juge ne donna pas suite à cette requête, constatant que l'activité habituelle de cette personne constituait notamment dans la recherche de plus-values, ce qui implique, tôt ou tard, la cession à titre onéreux des immeubles construits.

(59) En revanche, le professionnel de l'immobilier ne bénéficie pas de la protection établie par la loi. L'article 2 exclut en effet de son champ d'application les conventions conclues par certains organismes publics ainsi que par les promoteurs professionnels dont l'activité habituelle consiste « (...) à construire ou à faire construire des maisons ou appartements en vue de les céder à titre onéreux ».

(60) D'autres États membres de l'Union européenne adoptent, dans le secteur de la construction et de la promotion d'immeubles d'habitation, le même formalisme de protection du consommateur. Voy. à ce sujet B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction*, op. cit., pp. 370-420.

(61) Voy. A. VERBEKE et K. VANHOVE, op. cit., p. 29.

Parmi ces mentions, certaines - telle la mention portant sur « la date de début des travaux, le délai d'exécution ou de livraison et les dommages-intérêts pour retard d'exécution ou de livraison (...) » (article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, f) - renseignent également le consommateur sur les droits dont il dispose en cas de manquement du promoteur à ses obligations<sup>(62)</sup>. Outre les mentions obligatoires, la convention doit comporter différentes annexes, tels les plans précis et cahiers des charges détaillés des travaux<sup>(63)</sup>, la copie de l'acte de base établi par acte authentique et du règlement de copropriété, en cas de vente d'un appartement à construire<sup>(64)</sup>, ou encore les conditions de base afférentes aux aides publiques et régionales au logement existantes<sup>(65)</sup>.

La protection du consommateur se trouve renforcée par l'exigence, énoncée à l'article 7, alinéa 2, de la loi, que « la convention mentionnée en tout cas dans un alinéa distinct et en caractères différents et gras, que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi en cas de non-respect des dispositions des articles 7 et 12 ou des dispositions prises en vertu de ces articles, dont le texte doit être repris intégralement dans le contrat ». La convention - même le compromis de vente - doit par ailleurs contenir l'affirmation des parties qu'elles ont depuis quinze jours connaissance des données et des documents mentionnés à l'article 7 de la loi Breynne<sup>(66)</sup>.

Ces mentions et annexes visées par l'article 7 de la loi concernent tant les promesses unilatérales de conventions que les conventions bilatérales sous seing privé et les actes authentiques. En d'autres termes, tout accord, même qualifié « de principe », portant engagement de construire, de faire construire ou de procurer une habitation doit, à peine de nullité, contenir les mentions de l'article 7<sup>(67)</sup>.

En l'absence des mentions énoncées à l'article 7, le consommateur est fondé à invoquer la nullité de la convention. Cette nullité relative doit être invoquée avant la passation de l'acte authentique<sup>(68)</sup>. La question -

(62) Voy. H. JACQUEMIN, op. cit., p. 186.

(63) Art. 7, al. 1<sup>er</sup>, d de la loi.

(64) Art. 7, al. 1<sup>er</sup>, d de la loi. Sur les problèmes posés par cette exigence, voy. B. KOHL et R. VERMEERSCH, « Financier en commercialisatie van bouwprojecten onder de Wet Breynne : capita selecta », *T.B.O.*, 2008, p. 4.

(65) Art. 7, al. 1<sup>er</sup>, e bis de la loi Breynne.

(66) Art. 7, al. 1<sup>er</sup>, h de la loi.

(67) Voy. Comm. Bruxelles, 12 septembre 1978, *B.R.H.*, 1979, p. 84.

(68) Art. 13, al. 3 de la loi.

essentiellement académique – si le contrat de vente soumis à la loi Breynne devient un contrat solennel, demeure controversée. Selon certains, il ne faudrait pas conclure de l'exigence posée à l'article 7 que tout contrat soumis à la loi Breynne serait un contrat solennel car l'exigence de forme n'est prescrite qu'à peine de nullité relative, laquelle ne peut être invoquée que par l'acheteur ou le maître de l'ouvrage dans un délai déterminé : « au-delà de ce délai, la nullité ne pourra plus être invoquée et le contrat se trouvera confirmé. Ces particularités se concilient mal avec le régime des contrats solennels, dans lequel le respect des solennités prévues conditionne non seulement sa formation et son existence mêmes »<sup>(69)</sup> ; A. Verbeke et K. Vanhove expliquent ainsi dans le même sens qu'un contrat verbal serait parfaitement valable *inter partes*, sous réserve qu'il serait annulable à la demande de l'acquéreur dans le délai fixé par la loi<sup>(70)</sup>. En ce sens, ces auteurs s'inscrivent dans le prolongement de l'enseignement de H. De Page : pour ce dernier, lorsque le but poursuivi par la forme consiste à mieux protéger une partie, l'omission de cette forme est sanctionnée par la nullité relative ; « il en résulte que ces actes, quoique soumis à des formes, ne sont pas des actes solennels »<sup>(71)</sup>. D'autres en revanche concluent au caractère solennel des conventions soumises à la loi. Pour J.M. Chandelle, « étant donné les prescriptions de l'article 7, force est de constater qu'en cette matière (...), le sensualisme est mort ; un écrit, fût-il purement sous seing privé, est requis en toute hypothèse »<sup>(72)</sup>. Cette opinion est notamment partagée par H. Jacquemin, qui explique ne pas voir ce qui distingue les formalités conditionnant la validité de l'acte, sa formation et son existence<sup>(73)</sup>. Nuançant l'opinion que nous avons soutenue précédemment<sup>(74)</sup>, il résulte de ce qui précède que si le contrat soumis à la loi Breynne n'est peut-être plus vraiment consensuel, son caractère solennel ne nous paraît pas totalement acquis ; ne pourrait-on finalement considérer avec P. Moreau, que l'on se trouverait ici en présence d'un « contrat solennel atténué »<sup>(75)</sup> ?

(69) A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *op. cit.*, p. 105. Voy. également en ce sens L. ROUSSEAU, *La loi Breynne*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit notarial, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 83.

(70) A. VERBEKE et K. VANHOVE, *op. cit.*, p. 29.

(71) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Compl. 4, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 476, n° 809bis.

(72) J.M. CHANDELLE, *La loi Breynne*, coll. Répertoire Notarial, Tome VII, Livre VI, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 58.

(73) H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 254.

(74) B. KOHL, « La loi Breynne », in *La vente. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. II.1-24.

(75) P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 196, n° 70.

En résumé, pour le contrat de vente soumis à la loi Breynne, le consensualisme est, sinon mort, à tout le moins moribond. Cette législation restreint également l'autonomie de la volonté des cocontractants, en façonnant en grande partie – et de manière impérative – le contenu de leurs engagements. En effet, si l'imposition de mentions obligatoires ne garantit nullement que le consommateur prenne le temps de lire et de comprendre la portée de ses engagements, il n'en reste pas moins que ce système présente l'avantage, sinon d'informer réellement le consommateur, à tout le moins d'écarter du contenu de la convention certaines clauses et conditions trop défavorables à ce dernier. En ce sens, le système des mentions obligatoires n'assure pas uniquement l'information du consommateur ; il modèle également certaines des obligations des parties, en particulier celles du promoteur ou du constructeur.

## 12.

**Ventes d'immeubles aux consommateurs. Clauses abusives et liberté.**

En vertu de son article 2, 1°, 3° et 4°, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur s'applique également aux immeubles – qualifiés de « produits » – acquis à des fins excluant tout caractère professionnel par une personne physique – un « consommateur » – auprès d'une personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique – une « entreprise »<sup>(76)</sup>.

À la différence de la loi Breynne, la loi relative aux pratiques du marché ne s'applique qu'à des seules personnes physiques affectant l'immeuble à des fins exclusivement privées. Cette exigence d'affectation à des fins privées pose la question de l'appréciation de celle-ci : convient-il de rechercher s'il est objectivement impossible – au regard des critères urbanistiques ou architecturaux – d'utiliser l'immeuble acquis à des fins professionnelles ou doit-on avoir égard à la destination subjective que l'acquéreur souhaite donner à son immeuble ? Face à l'incertitude, certains recommandent de prévoir, dans le compromis de vente, une mention explicite de ce que l'acquéreur entend – ou non – affecter l'immeuble à des fins exclusivement privées<sup>(77)</sup>. S'agissant du vendeur, contrairement à la loi Breynne, la loi relative aux pratiques du marché ne

(76) Sur l'influence pour le contrat de vente d'immeuble de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, voy. entre autres P.Y. ERNEUX, « La protection du consommateur dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière : aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. Commission Université Palais, vol. 121, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 275 ; A. DE BOSCK, « De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming. Beknopt overzicht van de belangrijkste nieuwigheden voor de vastgoedsector », *T.V.V.*, 2010, p. 77.

(77) Voy. P.Y. ERNEUX, « La protection du consommateur dans les ventes immobilières : question d'actualité », *op. cit.*, p. 288.

s'applique qu'à la condition qu'il puisse répondre à la définition d'« entreprise », laquelle suppose que le vendeur soit un acteur du marché et qu'un certain degré d'organisation puisse être démontré (78) (79).

La loi relative aux pratiques du marché n'empêche, par principe, aucune obligation de recourir à la forme écrite, même lorsque le produit vendu est un bien immeuble. Sur ce point, le principe du consensualisme demeure sauf. Toutefois, lorsque le contrat a fait l'objet d'un écrit, l'article 40 apporte une exigence quant à la qualité rédactionnelle de l'écrit. Cette disposition précise en effet que « lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible » (80). Les dispositions de la loi relatives aux ventes à distance (articles 45 à 57) ainsi qu'aux ventes conclues en dehors des locaux de l'entreprise (articles 58 à 64) comportent certes l'exigence d'un écrit (81). Toutefois, ces dispositions ont un champ d'application restreint : elles ne visent que les contrats portant sur des biens - c'est-à-dire les « biens meubles corporels » (article 2, 5°) - ou sur des services. Dès lors, si les contrats de construction immobilière sont concernés par ces règles formelles particulières en ce qu'ils constituent des contrats de service (82), tel n'est pas le cas des contrats de vente d'immeuble.

(78) Sur cette notion, voy. notamment T. HEREMANS, « Définitions en algèbre primitives », in T. HEREMANS (éd.), *La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 10-14.

(79) En revanche, la loi Breynne a vocation à s'appliquer au contrat portant sur la construction ou la vente par un promoteur non professionnel d'une habitation à construire (voy. R. DE BUREX, « La promotion immobilière de la loi Breynne : questions choisies », *Jurimé Pratique*, 2008, p. 135).

(80) La loi sur les pratiques du marché sacrifie également le principe de l'interprétation *contra proferentem*, c'est-à-dire le choix, en cas de doute, de l'interprétation la plus favorable au consommateur (voy. l'article 40 § 2 de la loi). Sur l'incidence de ce principe pour la pratique notariale, voy. P.E. ERNEUX, *op. cit.*, p. 303. Après avoir rappelé le devoir du notaire de produire des textes clairs et compréhensibles, l'auteur estime nécessaire de distinguer selon que le notaire est l'auteur de la convention sous seing privé établie avant la passation de l'acte authentique, ou selon que le notaire n'est intervenu que pour authentifier une convention établie en amont. Selon P.Y. ERNEUX, « (...) en pareil cas, il ne semble pas que le comportement du notaire puisse être aisément incriminé, spécialement s'il a pris soin de mettre en garde les parties à propos du texte qui lui est soumis. En effet, le notaire est tiers au contrat et si le texte est valide, il ne peut refuser de l'instrumenter » (*op. cit.*, p. 304).

(81) Voy. en matière de ventes à distance, l'article 46 de la loi : « Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès : (...) ; en matière de ventes conclues en dehors des locaux de l'entreprise, l'article 60 de la loi : « Sans préjudice des règles régissant la preuve en droit commun, les ventes au consommateur visées par la présente section doivent, à peine de nullité, faire l'objet d'un contrat écrit (...) ».

(82) Pour une analyse en droit comparé de cette question, voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction 2*, *op. cit.*, pp. 361-366.

Si la loi relative aux pratiques du marché ne porte pas, en soi, atteinte au caractère consensuel de la vente immobilière au consommateur, l'autonomie de la volonté des parties contractantes se trouve néanmoins limitée par la prohibition des clauses abusives.

La lutte contre les clauses abusives se traduit au travers de deux techniques. D'une part, la technique de l'interdiction générale, énoncée à l'article 75, de toute clause abusive, c'est-à-dire, au sens de l'article 2, 28° de la loi, de « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur » (83). D'autre part, la technique de la « liste noire ». L'article 74 de la loi énonce une liste de clauses qui, en toutes circonstances, sont prohibées dans les contrats de consommation. Dans une étude récente, P.Y. ERNEUX propose un panorama des différentes clauses pouvant se rencontrer dans les conventions de vente d'immeuble et dont la validité pourrait être remise en cause au regard de la liste noire des clauses abusives (84).

Enfin, au-delà de la sanction générale de l'article 75 et de la liste des clauses abusives, l'article 76 de la loi prévoit que « (...) le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, pour les secteurs d'activité professionnelle ou les catégories de produits qu'il détermine, prescrire ou interdire l'usage de certaines clauses dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Il peut aussi imposer l'utilisation de contrats types ». L'adoption d'une réglementation des clauses abusives spécifiques à un secteur d'activité est précédée de la consultation de la Commission des clauses abusives et du Conseil supérieur des indépendants et des P.M.E. En prescrivant l'usage de certaines clauses ou en imposant l'utilisation de contrats-types, le Roi déroge manifestement, dans les secteurs dont il régit ainsi les conventions, au principe de l'autonomie de la volonté. Dans la mesure où ce principe trouve sa

(83) Le déséquilibre visé à l'article 2, 28° n'est pas le déséquilibre économique entre la prestation ou la valeur de la chose et son prix - en l'espèce entre la valeur de l'immeuble et son prix. En effet, l'article 73, alinéa 3 de la loi, confirmant le principe selon lequel « la lésion ne vicie pas les conventions » (article 1118 du Code civil), précise que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ».

(84) P.Y. ERNEUX, « La protection du consommateur dans la vente immobilière : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 307-329.

justification dans la liberté individuelle, d'aucuns avancent même que ce faisant, le Roi violerait la Constitution, son article 12 proclamant : « la liberté individuelle est garantie » (85). Si aucune réglementation n'a, pour l'heure, été prise en exécution de l'article 76 pour réglementer le contenu du contrat de vente immobilière, l'on doit toutefois mentionner, pour le secteur immobilier, l'arrêté royal du 12 janvier 2007 « relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaires d'agents immobiliers », dont l'article 2 établit une série de mentions devant figurer obligatoirement dans pareils contrats.

**13. Ventes d'immeubles aux consommateurs. À propos du droit de rétractation.** L'obligation pour les parties de prévoir dans leur convention un droit de rétractation porte atteinte à leur liberté, tant sur le plan de la forme que sur celui du contenu de leurs engagements. Ce mécanisme déroge en outre au principe de la convention-loi. Plusieurs directives européennes, transposées en droit belge, limitent le principe de l'effet obligatoire du contrat, en permettant à une des parties de se délier de la convention ; un droit de rétractation est ainsi organisé dans la directive sur les contrats à distance, dans celle relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ou encore dans la directive « *time-sharing* » (86). Au-delà de ces directives, dans le secteur

(85) Voy. en ce sens J. FAGNART, « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », R.D.C., 1991, p. 281.

(86) Pour un relevé de toutes ces directives, voy. E. TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2008, pp. 129-166. Ce droit de rétractation reçoit diverses appellations selon la directive analysée : l'article 5 de la directive « *time-sharing* » parle de « droit de retrait » (« *right of withdrawal* »), alors que l'article 6 de la directive sur les contrats à distance ainsi que l'article 6 de la directive sur la commercialisation à distance de services financiers emploient eux l'expression « droit de rétractation » (également « *right of withdrawal* » en anglais) ; en revanche, l'article 5 de la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux parle plutôt de « droit de résiliation » (« *renunciation* »). Pour une critique de cette harmonie déficiente du droit dérivé, voy. B. Pozzo, « The Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology », R.E.D.P., 2003, pp. 764-766. De surcroît, au sein d'une même directive, des différences de terminologie peuvent apparaître, selon la langue utilisée. Voy. ainsi E. POULLOT, « Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé. L'exemple du droit de rétractation dans la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance », R.I.D.C., 2005, pp. 1021-1022. La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs prévoit d'aplanir les divergences observées. Le projet « académique » du Cadre commun de Référence (*Common Frame of Reference* - ou D.C.F.R.) s'inscrit également dans cette perspective ; il consacre ainsi un chapitre entier au « *right of withdrawal* » (voy. C. VON BAR, E. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE (éd.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Munich, Sellier, 2008, pp. 120-124).

immobilier, la Belgique a également organisé un droit de rétractation dans la réglementation des contrats d'agence immobilière (87).

En revanche, en droit belge, l'acquéreur d'un immeuble ne bénéficie pas d'un tel droit de rétraction, même lorsque le contrat se noue entre une entreprise et un consommateur et qu'il est conclu à distance ou en dehors des locaux de l'entreprise : ainsi que nous l'avons expliqué, les dispositions relatives à ces types de ventes reçoivent, dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, un champ d'application restreint : elles ne visent que les contrats portant sur des biens meubles corporels ou sur des services. Aucun droit général de rétractation n'est établi par ailleurs par cette législation.

La situation est différente aux Pays-Bas, depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2003 de la loi réformant le Code civil « *inzake de koop van onroerende zaken alsmede de aanneming van werk (titel 7.12 BW)* », dont l'un des objectifs vise à accroître la protection de l'acquéreur d'une habitation. En application du nouvel article 7:2 du Code civil néerlandais, ce dernier bénéficie - même dans le cas d'une vente entre particuliers - d'un délai de repentir de trois jours, prenant cours le jour qui suit celui au cours duquel le consommateur aura été mis en possession par le vendeur d'un exemplaire ou d'une copie du contrat de vente (88) (89).

(87) Voy. l'article 2, 11<sup>o</sup> de l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, qui prévoit un délai de réflexion de sept jours ouvrables, quel que soit le lieu où le contrat entre le consommateur et l'agent immobilier a été conclu (voy. à ce sujet R. TIMMERMANS, « Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereglementeerd », N.J.W., 2007, p. 59 ; B. KOHL et R. SALZBURGER, « Chronique de jurisprudence. Les contrats. Agents immobiliers », in Y.H. LEBEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 45, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 144).

(88) La proposition de loi initiale prévoyait de rendre obligatoire l'intervention du notaire pour la formation de tout contrat de vente d'une habitation. Après d'intenses débats, le principe de l'intervention obligatoire du notaire fut abandonné au profit de l'instauration d'un délai de réflexion, bénéficiant tant à l'acquéreur d'une habitation (achevée ou à construire), qu'au maître de l'ouvrage particulier faisant ériger une telle habitation.

(89) Lorsque l'acheteur a exercé son droit de rétractation et que les parties, après avoir renoncé, signent un nouveau contrat de vente portant sur la même habitation, l'acheteur ne bénéficie plus d'un nouveau délai de repentir, sauf si une période de six mois s'est écoulée entre les deux ventes (article 7:2, alinéa 2 du Code civil). Par ailleurs, l'acheteur ne bénéficie d'aucun délai de repentir en cas d'achat à l'occasion d'une vente publique d'immeuble effectuée par un notaire (article 7:2, alinéa 5).

L'instauration de ce mécanisme a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine<sup>(90)</sup>. De même, en France, l'article L. 271-1 du Code de la Construction et de l'Habitation dispose que « (...) pour tout acte sous seing privé ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation (...), l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la première lettre lui notifiant l'acte (...). Lorsqu'un professionnel dispose d'un délai de réflexion de sept jours à compter de la notification ou de la remise d'un projet d'acte (...) ». Cette disposition, telle que modifiée par la loi S.R.U. du 13 décembre 2000<sup>(91)</sup>, généralise le dispositif ancien du délai de réflexion, dont l'application se limitait autrefois aux contrats de construction ou à l'acquisition d'un immeuble neuf d'habitation et qui ne visait que les actes sous seing privé<sup>(92)</sup>. Désormais, ce mécanisme vise aussi les actes authentiques et s'applique également à l'acquisition d'immeubles anciens, que le vendeur soit un particulier ou un professionnel. Cette extension a été unanimement critiquée par la doctrine<sup>(93)</sup>. Lorsque le contrat fait l'objet d'un acte authentique, le consommateur dispose donc en France d'un délai de réflexion de sept jours à compter de la notification ou de la remise d'un projet d'acte ; en aucun cas, l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai. Ce délai de réflexion, « (...) qui choquera plus d'un notaire (...) »<sup>(94)</sup>, voit en réalité son champ d'application limité aux seuls actes authentiques non précédés d'un avant-contrat sous seing privé (ainsi qu'aux actes qui diffèrent de l'avant-contrat)<sup>(95)</sup>. A proprement

(90) Parmi les critiques figurent notamment l'insuffisance du délai octroyé, l'absence de toute réglementation du contenu du contrat, l'absence d'information quant à l'existence de ce droit de rétractation, le fait que le vendeur ne puisse pas profiter d'un tel droit, etc. (voy. notamment J. HJMA, « Bedenktijdoverpeinzigen », *WPN.R.*, 2003, p. 814 ; A.A. VAN VELTEN, « Gerezen problemen bij toepassing van de nieuwe artt. 7:2 en 7:766 BW inzake de bedenktijd », *B.R.*, 2004, p. 313).

(91) Article 72 de loi n° 2000-1208 Solidarité et Renouvellement Urbains (loi « S.R.U. ») du 13 décembre 2000.

(92) Le droit de rétractation en matière de construction et d'acquisition d'immeubles neufs d'habitation avait été créé par l'article 20 de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (dite « loi Néiertz ») et intégré en 1990 à l'article L. 271-1 du Code de la Construction et de l'Habitation.

(93) Voy. entre autres H. PÉRINET-MARQUET, « L'impact de la loi SRU sur la vente immobilière », *J.C.P.(N.)*, 2001, p. 538, n° 21-22 ; B. MONTRAYERS, « Extension du dispositif de réflexion de l'acquéreur immobilier », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 94, p. 36.

(94) H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, n° 30.

(95) Voy. l'article L. 271-1, *in fine* du Code de la Construction et de l'Habitation.

parler, il ne s'agit toutefois pas d'un droit de rétractation, puisque cette technique intervient avant la signature de tout contrat et ne permet donc pas de « revenir » sur son engagement.

Enfin, en Belgique, l'on signale que lors de l'élaboration de la loi Breyne de 1971, certains membres de la Commission parlementaire avaient voulu introduire, comme dans le régime de la vente à tempérament de l'époque, une faculté légale de dédit sans indemnité, le candidat accédant à la propriété (acquéreur sur plan ou maître de l'ouvrage) pouvant se délier, nonobstant sa signature, pendant un délai de quinze jours<sup>(96)</sup>. « La proposition d'amendement fut rejetée en considération du principe de la liberté contractuelle, à raison de la protection importante qui résulte déjà de la loi et de l'insécurité qui se fût introduite dans le domaine des transactions immobilières »<sup>(97)</sup>. Le compromis finalement dégagé consista à imposer au promoteur, au vendeur ou à l'entrepreneur, de communiquer toutes les données et documents énoncés à l'article 7 de la loi au consommateur, quinze jours au moins avant la signature de la promesse ou de la convention (article 7, h) de la loi). Le notaire éprouve toutefois bien des difficultés à contrôler que ce délai de réflexion antérieur à la signature du compromis de vente a bien été respecté<sup>(98)</sup> ; en pratique, il actera la déclaration de l'acquéreur faisant état que ce dernier a eu connaissance de ces données au moins quinze jours avant la conclusion de la convention sous seing privé<sup>(99)</sup>.

(96) Voy. le « rapport ROMBAUT », *Doc. Parl.*, Sénat, 1970-1971, n° 490, p. 23.

(97) P. RIGAUX, « La loi du 9 juillet réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction », *Étude et dr.*, 1972, p. 125.

(98) Sauf dans l'hypothèse où le notaire a personnellement fourni ces éléments d'information à l'acquéreur, ce qui n'est pas pratique courante (voy. J.M. CHANDELLE, *op. cit.*, p. 120).

(99) Voy. L. ROUSSEAU et P. VAN DEN EYNDE, « Comment assurer le respect de la loi ? Cas pratiques. Présentation de formules », in M. GRÉGOIRE et P. VAN DEN EYNDE (coord.), *La réforme de la loi Breyne. La loi du 3 mai 1993*, coll. Patrimoine, vol. XVI, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant et Academia, 1994, p. 96. M. DEVROEY observe qu'à partir du moment où le consommateur déclare dans le contrat avoir disposé de quinze jours pour prendre connaissance des documents et du projet de convention, il ne lui est plus possible d'établir le contraire, fût-ce par témoins (article 1341 du Code civil) ; la preuve contraire suppose un écrit, telle une lettre du promoteur, du notaire ou du constructeur selon le cas, de laquelle il ressortirait que ces documents ne lui ont pas été fournis dans le délai de quinze jours (M. DEVROEY, *De wet Breyne*, nouvelle éd., Lokeren, Konstruktieve Publicaties, 2008, p. 68). Par ailleurs, la vérification du respect de ce délai préalable est encore moins certaine dans l'hypothèse du contrat de construction pour la conclusion duquel l'intervention du notaire n'est pas requise.

La genèse de ce texte aboutit donc à une disposition « (...) utile certes, mais dont le degré de protection est cependant très faible » (100) (101).

La situation pourrait toutefois évoluer, dans la mesure où, parmi les différentes propositions de loi déposées ces dernières années en matière de vente d'immeubles, certaines prévoient l'introduction, dans le Code civil, d'un droit de rétractation généralisé au profit du vendeur et de l'acquéreur d'immeubles d'habitation (102).

### §3 INTERVENTION DU JUGE ET LIBERTÉ

**14. Présentation. De la méfiance envers le juge au rôle actif du juge.** Depuis l'adoption du Code civil en 1804, les juges ont fait évoluer la jurisprudence dans un sens tendant à rendre moins inhabituelles leurs interventions sur le contenu de l'accord des parties. Dans la conception classique, seules les parties peuvent modifier ensemble le contenu de leur contrat, le juge ne pouvant intervenir : son pouvoir se limite à l'interprétation du contrat. Il ne peut l'amender, le compléter, ou le réviser. Comme l'explique C. Jauffret-Spinozi, « (...) c'est l'histoire qui explique cette méfiance à l'égard du juge, la crainte des révolutionnaires (se rappelant l'opposition des Parlements aux édits du roi) que le juge ne remette en cause la loi faite par le peuple souverain. C'est la même idée pour l'expression dans le contrat de la volonté des parties qui leur tient lieu de loi. La liberté contractuelle était l'un des aspects de la Liberté récemment conquise » (103).

(100) J.M. CHANDELLE, *op. cit.*, p. 122. Signalons ici qu'en Belgique, tout projet d'acte notarié doit en principe avoir été communiqué par le notaire au moins cinq jours ouvrables avant la passation de l'acte (comp. article 12, alinéa 6 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat). Ce délai ne peut cependant être assimilé à un délai de réflexion obligatoire, puisqu'un acquéreur belge ayant signé un compromis de vente ne pourrait pas invoquer ce délai pour prétendre se délier de son acquisition. En outre, il est parfaitement possible, et fréquent, de passer outre ce délai moyennant une mention expresse dans l'acte notarié.

(101) Si le professionnel souhaite conclure une convention d'étude préalable sans soumettre celle-ci à la loi Breynne, il sera tenu d'accorder, en le stipulant expressément, un délai de repentir de sept jours au moins au candidat acquéreur ou maître de l'ouvrage avant que la convention ne devienne définitive (article 2, alinéa 2 de la loi Breynne, tel qu'inséré à l'occasion de la modification de la loi en 1993).

(102) Voy. *infra*, n° 21.

(103) C. JAUFFRET-SPINOZI, « Les grands systèmes contractuels européens », in R. CABRILLAC, D. MAZEUD et A. PRÜM (éd.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 8, Paris, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 13.

Une évolution s'observe cependant. Le juge s'est progressivement attribué, dans certaines circonstances déterminées, un rôle dans la détermination du contenu contractuel. En outre, en matière immobilière, la loi impose parfois aux parties de soumettre au juge leur accord pour lui donner force obligatoire. Dans chacun des cas, la liberté des parties se trouve donc tempérée par le rôle actif du juge (104).

**Le juge et le contenu du contrat. Formation du contrat.** L'évolution du rôle du juge dans la détermination du contenu contractuel s'est d'abord marquée sur le plan de la formation du contrat (105). En matière immobilière, le juge est, depuis 1804, fondé à rééquilibrer le contrat de vente en présence d'une lésion de plus de sept douzièmes (articles 1674 à 1685 du Code civil). Lorsque l'action en rescision pour lésion énorme est reconnue, l'acheteur dispose du choix de rendre l'immeuble en récupérant le prix payé ou de garder l'immeuble en payant le supplément du juste prix, déduction faite du dixième du prix total (article 1681, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil).

De manière progressive, le pouvoir de rééquilibrer la convention s'est également marqué au travers de la reconnaissance de nouvelles formes de vices de consentement, dont les sanctions ne consistent plus seulement en la nullité du contrat. Ainsi, la reconnaissance par la jurisprudence du dol incident recouvre les situations dans lesquelles les manœuvres intentionnelles de l'un des cocontractants ont conduit l'autre cocontractant à accepter des conditions moins favorables que celles qu'il aurait acceptées s'il n'avait été fautivement et intentionnellement induit en

(104) Certains auteurs, suivant en cela la thèse développée par J. GHESTIN, avancent qu'il conviendrait même d'aller plus loin et de consacrer, de manière très générale, le pouvoir du juge d'intervenir sur le contenu du contrat dès que celui-ci ne correspondrait pas « au juste et à l'utile ». En d'autres termes, le contrat ne deviendrait obligatoire que dans la mesure où il serait juste, c'est-à-dire dans la mesure où ce contrat ne serait pas déséquilibré (voy. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Le contrat : formation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 181-206 ; en Belgique, voy. M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Dregem, Story-Scientia, 1999, pp. 15-28). Le juge étant seul fondé à définir les contours des notions du « juste » et de l'« utile », la théorie est cependant critiquable, étant source d'une importante insécurité juridique.

(105) Le devoir précontractuel d'information joue également un rôle important. Il se fonde sur le principe de bonne foi ou sur certaines dispositions légales spécifiques (tel l'article 4 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, qui impose à l'entrepreneur, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, d'apporter de bonne foi au consommateur « les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques principales du produit et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible »).

erreur (106). En présence d'un dol incident, le contrat n'est pas annulé : un pouvoir de réfaction du contrat est accordé au juge, lequel est fondé à revoir, par l'allocation de dommages et intérêts, les conditions de l'accord des parties de manière à rééquilibrer le contenu contractuel, tel qu'il aurait dû l'être en l'absence du dol incident. De même, l'acceptation progressive par la jurisprudence de la lésion qualifiée comme vice de consentement conduit à une observation similaire (107) : si, comme semble le reconnaître la majorité de la doctrine la plus récente, la responsabilité extracontractuelle constitue le fondement de la lésion qualifiée, la sanction d'une telle lésion consiste, non point de manière automatique en la nullité de la convention, mais en la réparation du dommage subi par la victime ; cette réparation peut soit consister en la réduction de la prestation excessive, de manière à rétablir l'équilibre entre les parties - d'une manière similaire à celle prévue à l'article 1907ter de Code civil en matière de prêt à intérêt lésionnaire, soit, selon les cas, en l'anéantissement de la convention (108). Une réparation par équivalent, consistant en l'allocation de dommages et intérêts, peut également intervenir à défaut de réparation en nature (109).

Bref, les parties ne jouissent plus d'une entière liberté dans la manière selon laquelle elles décident de s'engager. Les nouvelles formes des vices de consentement découvertes par la doctrine et la jurisprudence conduisent à permettre au juge de moduler le contenu contractuel de manière à rétablir l'équilibre rompu dès la formation du contrat. Dans pareilles circonstances, les cocontractants perdent la mainmise sur le contenu de leurs engagements réciproques.

16. **Le juge et le contenu du contrat. L'exécution du contrat.** Le principe de bonne foi permet depuis longtemps au juge d'intervenir pour compléter ou pour modifier le contenu de l'accord des parties.

(106) La théorie du dol incident a été consacrée par la Cour de cassation (voy. Cass., 23 décembre 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 113 ; Cass., 6 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 814 ; Cass., 21 avril 1988, *R.D.C.*, 1991, p. 203, note C. JASSOGNE).

(107) Largement reconnue par la doctrine et par les juges du fond, la théorie de la lésion qualifiée n'a cependant pas encore été explicitement consacrée par la Cour de cassation, même s'il semble qu'elle ait été implicitement admise par son arrêt du 29 avril 1993 (J.T., 1994, p. 294, note J.-F. ROMAÏN).

(108) Pour des applications récentes de la théorie de la lésion qualifiée en matière de vente immobilière, voy. Bruxelles, 30 juin 2006, *R.J.T.*, 2007, p. 266 ; Civ. Tournai, 3 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1054. Voy. également à ce sujet B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière : aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. Commission Université Palais, vol. 121, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 47-49.

(109) Voy. N. RÉSIMONT, « Le point sur la lésion qualifiée », *J.T.*, 2007, p. 525, et les références citées.

Dans sa fonction complétive, la bonne foi autorise le juge, même en l'absence de toute difficulté d'interprétation, à adjoindre aux obligations convenues par les parties, d'autres obligations contractuelles, en visant ainsi, conformément à l'article 1135 du Code civil, à assurer l'équité dans les relations contractuelles. Ces obligations additionnelles ne constituent donc pas l'expression de la volonté implicite des parties, mais trouvent leur source dans le principe d'exécution de bonne foi (110). L'obligation d'information du vendeur professionnel (de meubles ou d'immeubles) - et ce même en dehors des seules conventions auxquelles s'applique l'article 4 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, en constitue une illustration habituelle.

Dans sa fonction modératrice, « le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci » (111) : le juge est donc investi d'un pouvoir d'appréciation marginale lui permettant, face à l'exercice abusif d'un droit contractuel - c'est-à-dire face à l'exercice d'un tel droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente -, de le réduire à son usage normal (112). Comme l'explique P. WÉRY, « le pouvoir modérateur peut, tout d'abord, se traduire par une réduction mathématique. Pareille sanction trouve son terrain d'élection dans le domaine des clauses pénales. Généralement, les juges y tempèrent les prétentions du créancier en lui imposant une diminution du montant de l'indemnité forfaitaire » (113). Le juge peut également condamner le cocontractant à réparer le dommage causé par l'abus (114).

En d'autres termes, la liberté des parties de fixer le contenu de leur contrat se trouve encadrée par le pouvoir du juge, au stade de l'exécution du contrat, de compléter ou de réduire le contenu de leurs droits et obligations respectifs. Le rôle actif que le juge puise dans la norme « ouverte » de l'article 1134 du Code civil, restreint donc les espaces de liberté des parties. Raisonnant au départ du droit européen de la consommation,

(110) Les obligations additionnelles ajoutées par le juge dans le contrat au nom du principe de bonne foi doivent être compatibles avec la nature et l'économie de la convention (Cass., 23 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 874, note A. VAN OVELEEN).

(111) Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

(112) Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

(113) P. WÉRY, *op. cit.* p. 428.

(114) Cette réparation peut notamment consister à priver le titulaire du droit de la possibilité de l'invoquer (Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OVELEEN).



P. Martens constatait à cet égard « (...) que le droit, par le truchement des deux cours européennes, vient s'introduire dans l'économie des conventions pour protéger la partie faible au mépris de la liberté proclamée par l'article 1134 du Code civil. Doit-on y voir le retour à la morale puritaine, qui méprise le commerce et suspecte le profit, ou la reconnaissance moderne de ce que, la consommation étant un phénomène de masse, l'individualisme du Code civil est inadéquat pour apprécier la validité de millions de contrats stéréotypés, inspirés davantage par la suggestion publicitaire que par la négociation raisonnée ? » (115).

17. **Ventes et acquisitions d'immeubles soumises à autorisation préalable.** Certaines ventes d'immeubles sont soumises au respect d'un « formalisme habilitant », pour pallier aux situations d'incapacité de certaines catégories de personnes (116). Ainsi, « l'âge – le grand ou le premier –, les facultés mentales – affaiblies ou absentes –, rendent la personne vulnérable et appellent l'intervention protectrice du droit, quitte à réduire l'autonomie juridique ou physique de l'individu » (117). Ainsi, la vente d'un immeuble d'une personne placée sous le régime de l'administration provisoire nécessite une autorisation spéciale du juge de paix (art. 488bis-F, § 3, du Code civil). Une disposition similaire s'applique lorsqu'il s'agit de vendre un immeuble appartenant à un mineur (art. 378, § 1<sup>er</sup>, et 410, § 1<sup>er</sup>, du Code civil). De même, le conjoint d'une personne présumée absente, interdite ou se trouvant dans l'impossibilité de manifester sa volonté doit se faire autoriser par le tribunal de première instance s'il souhaite disposer des droits qu'il possède dans l'immeuble servant au logement principal de la famille (art. 220, § 1<sup>er</sup>, et 215, § 1<sup>er</sup>, du Code civil).

Si la vente publique est la règle en ce qui concerne la vente du logement du mineur ou de la personne placée sous administration provisoire, le juge de paix peut autoriser la vente de gré à gré dans l'intérêt de la personne protégée. L'article 1193bis du Code judiciaire impose dans ce cas diverses conditions, parmi lesquelles la communication au juge de paix, en annexe à la requête, du projet d'acte de vente établi par le notaire, l'exigence de passer la vente devant le juge de paix de la situation du bien ou encore, si la personne protégée est un mineur en tutelle,

(115) P. MARTENS, « Réflexions sur la liberté, le droit et les affaires », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 10.

(116) H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 217, n° 169.

(117) Y.H. LELU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 199.

l'assistance du subrogé tuteur lors de la vente (118). Lorsque l'autorisation spéciale préalable du juge de paix est requise, la liberté des parties se trouve dès lors restreinte : l'échange de leurs consentements ne peut précéder l'autorisation du juge de paix. À cet égard, il est généralement admis que l'autorisation constitue une condition de validité du contrat, de sorte que les parties ne sont pas fondées à signer leur convention sous la condition suspensive de l'autorisation du juge de paix (119). En sens inverse, l'achat d'un bien immeuble au profit d'une personne placée sous administration provisoire est également soumis à autorisation spéciale (art. 488bis-F, § 3, du Code civil). Le principe est le même en ce qui concerne l'achat d'un bien par un mineur (art. 378, § 1<sup>er</sup>, et 410, § 1<sup>er</sup>, du Code civil).

Les ventes d'immeubles appartenant aux faillis ou aux débiteurs dans le cadre d'un règlement collectif de dettes sont aussi soumises à autorisation préalable. Le principe est également celui de la vente publique, la vente de gré à gré pouvant être autorisée, en cas de faillite et sur demande du curateur, par le tribunal de commerce dans l'intérêt de la masse (art. 1193ter, al. 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire) ou, en cas de règlement collectif de dettes et sur demande du médiateur, par le tribunal du travail (120), sur la base d'une attestation notariée établissant les motifs pour lesquels la vente de gré à gré s'impose, dans l'intérêt des créanciers et du débiteur (art. 1675/14bis et 1580ter du Code judiciaire).

L'autorisation délivrée dans le cadre de ces procédures de vente de gré à gré ne constitue pas une « homologation » : l'autorisation judiciaire

(118) Voy. entre autres à ce sujet E. VIEUJEAN, M. GUSTIN et S. SEQUARIS, « Vente de biens d'incapables », in P. LECOCQ et C. ENGELS (éd.), *Chronique de droit à l'usage des Juges de paix et de police 2006*, Bruges, la Chartre, 2006, p. 11.

(119) Voy. Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1769 : la Cour de cassation énonce que, au sens de l'article 1193bis du Code judiciaire, par « projet d'acte dressé par un notaire », il faut entendre un projet d'acte authentique de vente. Un acte sous seing privé conclu sous la condition suspensive de l'autorisation du juge de paix ne respecte dès lors pas les formalités habilitantes prévues par la loi (voy. E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, « De quelques propos relatifs au compromis de vente d'un immeuble appartenant à un incapable majeur, établi sous condition suspensive de l'autorisation du juge de paix », note sous Cass., 27 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 111, et réf. citées). Voy. également en ce sens P. MOREAU, *op. cit.*, p. 202 ; J.L. JEGHERS et A. HUGÉ, « De quelques embûches autour du compromis de vente », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 722.

(120) Selon certains, le juge des saisies serait, au lieu du tribunal du travail, compétent pour délivrer cette autorisation (voy. sur cette controverse P. JEHASSE et F. FRANSOLET, « Vente immobilière et purge en matière de faillite et de règlement collectif de dettes. Questions pratiques », in *L'endetté, le notaire et l'avocat*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2009, p. 87 et réf. citées).

intervient avant la conclusion du contrat, tandis que l'homologation lui est postérieure. En outre, comme l'observe P. Moreau, « si la technique de l'homologation transforme la nature du contrat, l'autorisation peut, de manière apparemment paradoxale, imposer la modification de son contenu. C'est que le juge de l'homologation, confronté à un contrat préexistant, n'a, en principe, qu'une alternative : homologuer le contrat ou refuser de l'homologuer. Au contraire, le juge de l'autorisation n'est lié par aucune convention. Il pourra donc assortir sa décision de conditions particulières, le(s) requérant(s) ayant alors lui-même (eux-mêmes) le choix de ne pas contracter, soit de contracter aux conditions fixées par la juge » (121). La liberté des parties se trouve dès lors atteinte, tant au regard de la forme qu'au regard du contenu de leur accord. Sur ce dernier point, force est néanmoins de constater que si le juge dispose en théorie du pouvoir d'imposer des conditions autres que celles présentées par le requérant, en pratique, rares sont les cas dans lesquels le juge imposera à ce dernier de se départir du projet de contrat qui lui est présenté.

#### §4 FORMULAIRES, CLAUSES TYPES ET LIBERTÉ

**La pratique des formulaires types.** Les hommes de loi, et spécialement les conseils et les notaires, recourent de plus en plus fréquemment, à des formulaires ou des modèles dont ces derniers s'inspirent ou qu'ils recopient, en bénéficiant ainsi d'une expérience acquise par une longue pratique de leurs prédécesseurs : comme le résumait de manière quelque peu catégorique J. Ghestin et G. Goubeaux, « (...) les notaires utilisent également pour la rédaction des actes des formulaires, dont toutes les clauses générales sont des clauses de style » (122). Force est en effet de constater l'abondance de formules types, de contrats modèles, de guides pratiques de rédaction à l'usage du praticien ou de recommandations quant à l'emploi de certaines clauses. Cette pratique est bien ancrée dans le milieu notarial. Nombre de contributions publiées à l'occasion de colloques organisés à l'usage des notaires renforcent ainsi des suggestions de clauses répondant à telle ou telle difficulté rencontrée dans la pratique ou générée par l'adoption d'un nouveau texte de loi. De même, la plupart des 120 traités qui composent le *Répertoire Notarial* sont complétés d'un formulaire bilingue

(121) P. MOREAU, *op. cit.*, p. 209.

(122) Voy. J. GHESTIN et C. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1990, p. 444, n° 497.

comprenant des modèles d'actes, souvent commentés (123). Du reste, quel notaire ne conserve-t-il pas ses propres modèles d'actes – et notamment ses modèles de compromis de vente – aux fins de les réutiliser, moyennant les quelques adaptations nécessaires, lorsque son intervention est à nouveau requise à propos d'une opération de même nature ?

La rédaction préalable de telles clauses ou contrats types « (...) permet l'élaboration de véritables blocs quasi normatifs dont l'application conduit à l'exclusion de pans entiers du droit positif. "Tout un droit corporatif se forge qui relègue au second plan, dans son domaine d'application, les dispositions législatives interprétatives et supplémentives" » (124). Quelle que soit l'opinion que l'on adopte au regard de cette pratique, il nous semble à tout le moins que la clause reproduite – parfois trop servilement – « (...) insérée par habitude, (...) sert de référence juridique à une situation contractuelle qui n'a pas été pensée lors de la conclusion de l'opération » (125).

**Formulaires types en matière de vente d'immeubles et liberté contractuelle.** En matière de vente d'immeubles, la pratique des formulaires types est bien ancrée, et ce déjà au stade de la rédaction du compromis de vente sous seing privé. Ainsi, les notaires ont-ils accès à différents formulaires au travers du site internet *e-notariat* auquel l'accès leur est réservé. De même, pour la rédaction des offres d'achat qu'ils soumettent aux candidats, les agents immobiliers « (...) utilisent généralement à cette fin un modèle établi plus ou moins correctement » (126).

Si le recours à de tels formulaires types ne supprime certes pas la liberté contractuelle, elle l'atténue cependant dans certains cas, spécialement en présence de vendeurs ou acquéreurs profanes. Il suffit à cet égard de prendre comme exemple la clause relative à la garantie des vices cachés. Là où le Code civil pose le principe de l'existence d'une garantie que le vendeur doit à son cocontractant, les modèles de compromis comportent invariablement une clause libérant le vendeur de

(123) Le *Répertoire notarial* faisait en 2010 son cinquantième anniversaire (voy. M.R., « Le Répertoire Notarial. Notice historique générale », in G. DE LEVAL, M. RENARD-DECLAIR-FAYT et J.F. TAYMANS (éd.), *Suggestions de loi faites au législateur en matière notariale. Un état de difficultés rencontrées dans la pratique notariale. Pistes de solutions*, coll. Répertoire Notarial, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 1-2).

(124) V. FORBAY, *op. cit.*, p. 267, n° 374. L'auteur cite J. LEAUTE, « Les contrats types », *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 438.

(125) *Id.*, p. 268, n° 377.

(126) L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 329.

toute garantie à cet égard<sup>(127)</sup> ; cette clause n'est écartée que lorsque les parties, informées de leurs droits et obligations à propos de cette règle de droit, auront spécialement négocié ou insisté auprès du rédacteur de leur acte pour en revenir à la règle de principe, supplétive à leur volonté. En d'autres termes, face à ces formulaires, l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle – lorsqu'elles ont l'occasion de l'exercer – se traduit finalement par un retour aux principes fondateurs et équilibrés du Code civil.

En constitue une autre illustration la clause « de style » dérogeant au prescrit supplétif de l'article 1618 du Code civil, relative à la contenance de l'immeuble, les compromis de vente énonçant invariablement que les parties renoncent à tout recours l'une contre l'autre pour toute différence avec la mesure réelle, « cette différence excédât-elle un vingtième ». Combien de compromis de vente sont-ils signés sans que cette clause n'y figure ? Dans ce cas également, la liberté des parties se trouve amoindrie, une solution leur étant – *de facto* – imposée sans souvent qu'elles n'en prennent même conscience<sup>(128)</sup>.

Enfin, la tendance à la standardisation des compromis de vente est sans nul doute encouragée par la prolifération des réglementations impératives. Celles-ci ressortissent non seulement au droit public – notamment au droit de l'environnement, au droit de l'urbanisme, au droit fiscal –, mais également au droit de la consommation. Sur ce dernier point, et au regard du devoir de conseil qui repose sur lui, le notaire (ainsi que, dans une mesure plus limitée, l'agent immobilier) pourrait dans certaines circonstances être tenu responsable de l'insertion dans les compromis qu'il a la charge de rédiger, de clauses que la loi frappe de nullité – telles les clauses figurant parmi la liste des clauses abusives énoncées à l'article 74 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>(129)</sup>. S'agissant de la loi

(127) Voy. J.F. TAVMANS, « L'acte authentique de vente et la fonction de notaire », in B. DURBINSON et P. WERY (coord.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 209. À juste titre, l'auteur s'interroge si cette exonération de la garantie, qui se généralise dans les compromis de vente, est ou non réellement consentie par l'acquéreur (voy. également dans le même sens, J.L. JEGHERS et A. HUGÉ, *op. cit.*, p. 727).

(128) Voy. également en ce sens D. MICHELIS et R. STIERS, « La proposition de loi Milquet », in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 532 : « (...) la garantie des vices cachés, la garantie de contenance ainsi que la problématique des servitudes et mitoyennetés ou encore la situation locative sont réglées, in limine litis, par des clauses de style dérogeant systématiquement au système légal sans analyse casuistique ». (129) Voy. P.Y. ERNEUX, « La protection du consommateur dans les ventes immobilières : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 283-284.

Breyne, la responsabilité du notaire est plus lourde encore, puisque certaines dispositions de l'article 7, combinées avec l'article 12, vont au-delà de la forme et « (...) imposent au notaire de vérifier l'exactitude de certains éléments, allant jusqu'à lui prescrire d'acter sa propre déclaration (...). Sur le plan des principes, nul doute que le notaire y est vu comme comptable non seulement de la forme, mais aussi du fond »<sup>(130)</sup>. Or, si ces législations prescrivent ou interdisent l'usage de certaines clauses, elles ne fournissent cependant pas de modèles réglementaires auxquels les notaires pourraient utilement se référer dans la préparation de leurs actes. Face au risque que représente pour ces derniers la rédaction d'un compromis non conforme à ces réglementations consuméristes, l'on peut parfaitement comprendre le souci de ces professionnels de dévier le moins possible des formules suggérées par les organisations représentatives de la profession<sup>(131)</sup> ou par la doctrine autorisée<sup>(132)</sup>. Cette attitude prudente risque cependant de confiner dans certains cas à la frilosité au regard de solutions contractuelles novatrices librement négociées par les parties dans le respect de la loi, le notaire refusant son intervention au motif que, ne rentrant pas dans le cadre des formules habituellement employées, sa responsabilité pourrait se trouver engagée<sup>(133)</sup>.

(130) J.M. CHANDELLE, *op. cit.*, p. 99, n° 65.

(131) Dans certains cas, les formules ou les pratiques sont suggérées – parfois à tort – par les Assurances du notariat (voy. ainsi la pratique contestable des Assurances du notariat à propos de la scission de l'opération de vente d'habitation à construire entre, d'une part, la vente du terrain et, d'autre part, la construction de l'habitation ; voy. B. KOHL, « Le champ d'application de la loi Breyne », in L. ROUSSEAU (éd.), *La loi Breyne*, coll. Conseil Francophone de la Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 19-21).

(132) Voy. par exemple récemment, à propos de la loi Breyne, les formulaires types proposés par L. ROUSSEAU (L. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 183-208) et par M. DEWROEY (*op. cit.*, pp. 187-227) ; voy. également les modèles de correspondances à utiliser, pour répondre aux prescriptions de la loi Breyne et de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, par P.Y. ERNEUX et I. GERLO (P.Y. ERNEUX et I. GERLO, « La loi Breyne en pratique : essai de cheminement intellectuel en matière de loi Breyne et de loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Questionnaire commenté et modèles de lettres », in L. ROUSSEAU (éd.), *La loi Breyne*, coll. Conseil Francophone de la Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 200-209).

(133) Il ne paraît pas inutile de rappeler que la loi Breyne est de stricte interprétation, les parties demeurant libres de régler toutes les questions qui ne seraient pas régies par les dispositions impératives de celle-ci (voy. Civ. Namur, 11 avril 1978, *R.R.D.*, 1978, p. 589 : « la loi du 9 juillet 1971, en tant qu'elle comporte plusieurs dispositions dérogatoires au droit commun, a un caractère exceptionnel et est comme telle, de stricte interprétation »). Ainsi, seules les pratiques de financement visées par la loi sont prohibées. Pour un aperçu de certaines techniques de financement respectant la loi, voy. B. KOHL et R. VERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 2-7.

## Section 3

## En guise de conclusion : quelques réflexions

**Le contrat de vente d'immeuble : liberté encadrée.** Nonobstant les coups de butoir qui y sont portés en matière de vente d'immeuble, le principe de la liberté contractuelle conserve droit de cité. L'examen de la jurisprudence récente confirme ainsi que contrat de vente doit toujours s'analyser comme étant parfaitement formé *solo consensu* (134). Si l'opinion contraire, selon laquelle « tant que le compromis n'est pas signé, la vente n'est pas conclue », demeure très répandue dans la pratique, elle reste néanmoins erronée en droit : comme l'explique M. Vanwijck-Alexandre, « 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 l'acceptation. Indépendamment des problèmes de preuve qui peuvent surgir, il y a vente même si le compromis n'est pas encore signé » (135). Si le principe de consensuslisme demeure la règle *de lege lata*, tel est aussi le cas du principe de l'autonomie de la volonté.

Certes, les législations protectrices du consommateur, l'intervention sans cesse croissante du juge et la force des formulaires contractuels contribuent à façonner à leur manière le contenu contractuel et réduisent parfois à une peau de chagrin la liberté des parties de fixer elles-mêmes celui-ci ; la loi Breynne en constitue l'une des illustrations les plus évidentes. Malgré ce constat, il n'en reste cependant pas moins que des espaces de liberté - naturellement plus réduits qu'en 1804 - demeurent, spécialement lorsqu'on envisage la vente d'immeubles de gré à gré entre deux profanes ou, mieux encore, entre deux professionnels. En

(134) Voy. par exemple Liège, 6 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 378 ; Civ. Bruges, 24 mars 1997, *Tijds. Not.*, 1998, p. 54 ; Bruxelles, 27 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2006, p. 840 ; Liège, 19 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2009, p. 349, note B. KOHL. Dans les trois dernières affaires, après avoir examiné la correspondance et les autres documents échangés entre les parties, les magistrats sont toutefois arrivés à la conclusion que les volontés des parties, quoique rapprochées, ne s'étaient pas encore rencontrées (voy. B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développement récents », *op. cit.*, pp. 28-34).

(135) M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les contrats. Chronique de jurisprudence », in Y.H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 27.

d'autres termes, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas encore mort en droit de la vente immobilière.

**Liberté contractuelle et vente d'immeuble. Quelques considérations de lege ferenda.** Si la liberté contractuelle demeure la règle dans la vente immobilière - quoique amoindrie, spécialement sous l'influence du droit de la consommation - elle se trouve toutefois régulièrement remise en cause *de lege ferenda*, notamment au travers de différentes propositions de loi visant soit à rendre l'assistance d'un notaire obligatoire au moment de la formation de la vente sous seing privé, soit à rendre le contrat solennel.

En effet, de plus en plus de voix s'élèvent pour s'écarter de l'assimilation traditionnelle du bien immeuble à n'importe quelle « *res in commercio* » dont le transfert de propriété s'opère « *solo consensu* » (136) et pour assurer une protection adéquate des parties, en particulier de l'acquéreur d'un bien à usage de logement ; comme le souligne avec force E. Gavin-Millan, « l'intérêt supérieur de l'acquisition de ce bien provoque l'état de vulnérabilité de l'accédant. Dans le labyrinthe juridique, fiscal, économique, financier, afférent, (l'accédant) cherche sa voie... Le consommateur est tension, il est souffrance ». Son acte de consommation est imprégné d'émotions contradictoires. Il ressent, à la fois, une tension économique, provoquée par l'engagement financier souvent exorbitant, ou l'appréhension de préserver le capital familial et une part d'irrationnel, ou de rêve, dans la recherche chargée d'affectivité d'un logement. L'acquisition ou la construction d'un logement provoque un état de faiblesse. La dépense est souvent importante. Elle grève le budget familial. Cet état de faiblesse est, encore, accentué en droit de la promotion immobilière, car l'accédant se dépossède de son argent à un moment où l'immeuble n'existe pas encore. Cette dépossession anticipée rend l'accédant plus fragile » (137).

Ainsi, une proposition de loi « Milquet » proposait de solenniser le contrat de vente d'immeuble en imposant aux parties de recourir au notaire pour la validité même de ce contrat : la vente ne serait valablement

(136) La formule est employée par E. DECKERS, I. MOREAU-MARGRÈVE, F. BOURGUIGNON et G.L. VAN DER BEEK, « 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, p. 52.

(137) E. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 204 citant spécialement M. DIENER, « Portrait du consommateur immobilier », in *Le consommateur immobilier*, Actes du 81<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Lyon, 1985, pp. 647-648.

conclue que du jour de la signature de l'acte authentique<sup>(138)</sup>. Une autre proposition (« De Clippele e.a. ») prévoyait de soumettre la validité du compromis de vente à l'apposition d'un « visa notarié » ; le projet d'article 1583bis imaginé par les auteurs de cette proposition s'énonçait comme suit : « L'acte sous seing privé portant sur la vente d'immeuble sera soumis par les parties ou par leurs représentants à l'avis d'un notaire qui les éclairera au sujet des obligations souscrites et des dispositions légales et réglementaires qui les concernent. Si les parties maintiennent leur accord, cet accord les lie et le notaire appose son visa au pied de chacun des exemplaires originaux de l'acte sous seing privé. Le Roi détermine le libellé du visa »<sup>(139)</sup>. La proposition se poursuivait par l'instauration d'un délai de réflexion de huit jours à dater du visa notarié. Plus récemment, deux propositions de loi (proposition « Giet e.a. » et proposition « Lejeune e.a. ») ont été déposées dans la perspective d'imposer, sous diverses modalités, que toute convention de vente d'un bien immobilier – ou d'un immeuble d'habitation seulement – soit conclue sous la condition suspensive de l'obtention d'un financement hypothécaire<sup>(140)</sup>.

L'ampleur limitée la présente contribution ne nous permet pas de procéder à l'examen détaillé de ces propositions. En tout état de cause, soumettre la validité du contrat de vente à la solennité d'authentification notariée posera, en raison du délai inhérent à la préparation de l'acte authentique et des formalités au nombre sans cesse croissant devant être accomplies par le notaire, de sérieuses difficultés quant à la situation juridique des parties pour la période précédant la formalisation de leur accord<sup>(141)</sup>. Les parties n'étant plus liées qu'à dater l'acte notarié, le mécanisme de la *culpa in contrahendo* sera-t-il suffisant pour permettre l'indemnisation du cocontractant – ainsi que du notaire ayant engagé des frais pour la réalisation de son acte – devant souffrir

(138) Proposition de loi modifiant les articles 1582, 1583 et 1589 du Code civil, *Doc. Parl.*, Sénat, 1995-1996, n° 1-175/1.

(139) Proposition de loi relative à la vente d'immeuble, *Doc. Parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 822/1. Cette proposition reprenait le texte d'une suggestion de loi rédigée par E. DECKERS, J. MOREAU-MARGRÈVE, F. BOURGUIGNON et G.L. VAN DER BEEK et publiée dans le recueil de suggestions de loi en hommage à P. HARMEL (*op. cit.*, pp. 58-59).

(140) Proposition de loi modifiant l'article 1584 du Code civil et prévoyant une condition suspensive obligatoire lors d'une convention de vente d'un bien immobilier, *Doc. Parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52/1875 ; Proposition de loi insérant un article 1584bis dans le Code civil concernant la convention de vente d'une habitation, *Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51/919.

(141) Voy. à ce sujet D. MICHELIS et R. STIERS, *op. cit.*, pp. 528-529 ; J.F. TAYMANS, *op. cit.*, p. 220.

de la rétractation par l'autre partie de son consentement avant la signature de l'acte authentique ?

En revanche, l'organisation d'un contrôle notarié de l'acte sous seing privé de vente ne ferait sans doute que consacrer une certaine pratique déjà bien ancrée en réalité. Peu de compromis de vente – en particulier dans le secteur résidentiel – sont en effet signés en dehors de toute intervention notariée. L'on ne vise pas ici uniquement les compromis dressés par les notaires à l'issue de la négociation immobilière menée à leur intervention<sup>(142)</sup>. En effet, même dans les cas où un agent immobilier intervient, celui-ci invitera fréquemment le notaire, selon le cas, soit à préparer le compromis scellant l'accord des parties, soit à ratifier ou à corriger le compromis préparé par l'agent immobilier<sup>(143)</sup>. En d'autres termes, l'instauration d'un devoir de vérification du compromis par le notaire, auquel serait subordonnée la validité de ce dernier, ne changerait guère la pratique rencontrée au quotidien dans ce secteur, tout en renforçant la protection des parties. Encore dans ce cas conviendra-t-il de s'interroger, non seulement sur le droit du notaire de percevoir une rémunération pour la vérification opérée<sup>(144)</sup> ou sur les délais laissés au notaire pour procéder à son contrôle – à défaut de quoi l'obstacle identifié ci-dessus ne serait pas rencontré –, mais également sur les conséquences du refus du notaire d'apposer son visa sur un compromis négocié par les parties et présenté ensuite au notaire, lorsque la validité de ce compromis n'empêcherait pas, légitimement ou non, la conviction de ce dernier.

Quant à l'instauration d'un délai de rétractation en matière de vente d'immeuble, fût-il même limité au seul secteur résidentiel, elle ne

(142) Une telle négociation n'est pas interdite aux notaires, lorsqu'elle constitue l'accès-soire de la mission d'authentification du notaire et qu'elle est pratiquée dans le strict respect des règles de déontologie de la profession (voy. Cass., 11 juin 2010, *J.T.*, 2010, p. 536 ; voy. à ce sujet B. KÖHL, « Notariat et courage immobilier : soleil à l'horizon », *J.T.*, 2010, pp. 529-532).

(143) Voy. L. COLLON, *op. cit.*, p. 332. L'auteur recommande aux agents immobiliers de procéder de la sorte, en suggérant un modèle de courrier à adresser au notaire intervenant. Selon L. COLLON, « (...) il conviendra bien entendu de laisser un temps suffisant aux notaires pour leur permettre d'examiner le projet de compromis et d'exprimer leurs remarques éventuelles. Un délai de huit jours nous paraît constituer un minimum » ; citant B. LOUVEAUX, l'auteur poursuit en expliquant que « (...) s'il procède de la sorte, « la faute éventuelle de l'agent immobilier peut ainsi être absorbée par celle du notaire si le rôle de celui-ci était prédominant », ce qui est évidemment le cas pour ce qui concerne la rédaction d'un document à portée hautement juridique, tel un compromis de vente immobilière » (*op. cit.*, p. 333).

(144) L'usage veut, actuellement, que l'intervention du notaire au stade du compromis ne soit pas rémunérée (voy. J.F. TAYMANS, *op. cit.*, p. 220, note 19).

nous paraît pas souhaitable<sup>(145)</sup>. Deux avantages justifient généralement l'octroi d'un délai permettant au consommateur de se retirer de l'opération : d'une part la garantie de son consentement éclairé, lorsqu'il ne dispose pas, lors de la conclusion du contrat, de toutes les informations nécessaires à la formation de sa volonté (ou lorsque la complexité de ces informations justifie qu'il lui soit laissé le temps de les « digérer ») ; d'autre part, la garantie de son consentement libre, lorsque les circonstances qui entourent la conclusion du contrat l'ont précipité dans sa décision d'achat, qu'il n'aurait pas prise sans cela<sup>(146)</sup>. Or, l'achat d'une maison ou d'un appartement constitue le plus souvent une opération d'envergure dans le chef de l'accédant à la propriété ; c'est naturellement, nous semble-t-il, qu'il prendra, avant de se lier définitivement, le temps de la réflexion pour prendre conscience de son engagement<sup>(147)</sup>. La soumission de la validité du compromis de vente – dans le secteur résidentiel – à la présence d'une mention précisant s'il est conclu ou non sous la condition de l'obtention d'un crédit nous semblerait être de nature à rencontrer à suffisance le besoin de protection du consommateur sur le plan de son engagement financier

(145) La proposition « De CUPPELLE e.a. », qui ne se limiterait pas aux immeubles d'habitation, permettrait non seulement à l'acheteur, mais également au vendeur, de « dénoncer » la convention dans un délai de huit jours ; le vendeur était toutefois redoublé à l'acheteur d'une indemnité de 20 % du prix convenu, s'il procédait à une nouvelle vente de l'immeuble dans un délai de un an à dater de la dénonciation, sauf à obtenir du Tribunal une dérogation « pour justes motifs ». Dans une contribution récente, A. DELÜBGE suggère de s'inspirer de la législation française et d'approfondir la réflexion relative à la création d'une faculté de rétractation en matière de vente d'immeubles d'habitation (A. DELÜBGE, « Proposition visant à prévoir un droit de rétractation dans les contrats de vente immobilière », in G. DE LEVAL, M. RENARD-DECLAIRAYAT et J.F. TAYMANS (éd.), *Suggestions de loi faites au législateur en matière notariale. Un état de difficultés rencontrées dans la pratique notariale. Pistes de solutions*, coll. Répertoire Notarial, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 220-221).

(146) Voy. S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, coll. Études de droit de la consommation, vol. 11, Bruxelles et Genève, Bruylant et Schulthess, 2006, p. 181 ; E. TERRY, *op. cit.* p. 577.

(147) Voy. notamment dans ce sens J. CALAIS-AULROY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 423 ; ces auteurs, constatant que le but du législateur est d'éviter le danger d'engagements irréflectifs, se demandent néanmoins « (...) si le danger est assez grand, en cette matière, pour justifier l'octroi d'une faculté de rétractation qui complique la conclusion des contrats. La personne qui achète ou qui fait conclure son logement doit réfléchir avant de signer. On comprend qu'un délai de réflexion soit accordé au consommateur démarché, ou à celui qui achète à crédit, parce que les arguments du démarcheur ou le mirage du crédit risquent d'obscurcir la réflexion. On le comprend moins bien dans le cas présent ». Nous souscrivons pleinement à ce point de vue.

lors de la conclusion du contrat. À l'inverse, reconnaître un droit repentir généralisé risquerait de faire disparaître chez le consommateur immobilier, « (...) le sentiment d'engagement et d'irrévocabilité attaché à la signature de l'acte, (...) et, en conséquence, de l'inciter régulièrement à la signature hâtive d'engagements, conforté qu'il (sera) dans l'idée que ce mécanisme vaut de manière générale pour tous les types de contrats »<sup>(148)</sup>. En d'autres termes, il faut de très bonnes raisons pour déroger à la règle *pacta sunt servanda*, lesquelles ne nous paraissent pas rencontrées en l'espèce<sup>(149)</sup>. Force est également de constater que les expériences menées à l'étranger ne sont guère convaincantes, la doctrine – tant aux Pays-Bas qu'en France – critiquant vigoureusement la généralisation du droit de rétractation dans les transactions immobilières<sup>(150)</sup>. Enfin, l'on signale que depuis la modification (en 2007 en Région flamande et en 2009 en Région wallonne) du Code des droits d'enregistrement, la résolution amiable – « de commun accord » – d'un compromis de vente ne se trouve plus pénalisée au plan fiscal<sup>(151)</sup>. Ceci offre déjà aux cocontractants la possibilité de se retirer sans frais – certes moyennant l'exigence d'un accord des deux parties – de la vente intervenue.

**Liberté contractuelle et vente d'immeuble. Conclusion.** L'on connaît la célèbre formule de Portalis : « L'office de la loi est de nous protéger

(148) L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, XXXV, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2002, p. 600. Du reste, fût-il même accordé, il n'est pas certain que ce droit serait effectivement utilisé par les consommateurs ; comme le souligne V. CHRISTIANOS, le consommateur est parfois gagné d'une sorte de timidité juridique, qui l'empêche d'être actif dans la revendication de ses droits (V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.*, 1993, Chron., p. 30).

(149) En revanche, il semblerait opportun d'étendre le bénéfice à l'acquéreur d'un bien immobilier le droit de repentir dont bénéficient les consommateurs en application de la réglementation des ventes à distances et des ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur. En cas d'acquisition lors d'un démarchage par vendeur « professionnel », le consommateur peut effectivement se trouver dans des circonstances de nature à le précipiter dans sa décision d'achat, qu'il n'aurait pas prise sans cela (voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection des consommateurs en droit de la construction ?*, *op. cit.*, pp. 455-456).

(150) Voy. *supra* n° 13.

(151) Voy. à ce sujet B. KOHL, « Conséquences fiscales de la résolution amiable de compromis de vente. Décret flamand du 23 novembre 2007 et avant-projet de décret wallon », *Rev. not. b.*, 2009, pp. 94-109.

contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre raison » (152).

La formule a conservé toute son actualité. L'acquéreur, mais également le vendeur, trouvent dans l'évolution des principes du droit des obligations d'efficaces protections, aussi bien pour pallier au défaut du consentement frappant l'une ou l'autre des parties que pour contrer l'abus par l'une d'elles de ses droits contractuels. Ces mécanismes limitent implicitement la liberté contractuelle des parties. Leur liberté est également atteinte lorsque, en raison de la situation particulière de l'une des parties, la loi lui fait bénéficier d'un mécanisme protecteur particulier ; les autorisations judiciaires préalables à la vente d'immeuble de certaines personnes sous statut protégé, mais également les dispositions de la loi Breynne et de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur en constituent quelques illustrations.

Au-delà de ces mesures, existe-t-il une raison impérieuse de restreindre plus encore la liberté contractuelle ? De sérieuses plaintes sont-elles élevées quant au mécanisme de formation de la vente d'immeuble tel qu'il est pratiqué actuellement ? Modifier en profondeur le processus de formation du seul contrat de vente d'immeuble (notamment en conditionnant la validité de la vente à la passation d'un acte authentique ou en assortissant celle-ci d'un droit de rétractation généralisé) nous semblerait non seulement constituer une dérogation trop profon-  
fonde aux principes qui résident au cœur du droit des contrats, mais également conduire à un nouveau morcellement de la théorie générale du contrat. Avec d'autres, nous pensons que le temps serait peut-être venu de réfléchir de manière plus générale à une réforme cohérente du droit des obligations et des contrats spéciaux (153). Les avancées du droit européen des contrats, mais également l'exemple de la réforme du droit français des obligations, pourraient constituer autant d'incitants dans cette direction. Dans ce cadre, et en cohérence avec l'ensemble, le sort particulier du contrat de vente d'immeuble pourrait faire l'objet d'un regard nouveau.

(152) J. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in J. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 53.

(153) Voy. E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Chartre, 2004, p. 120.