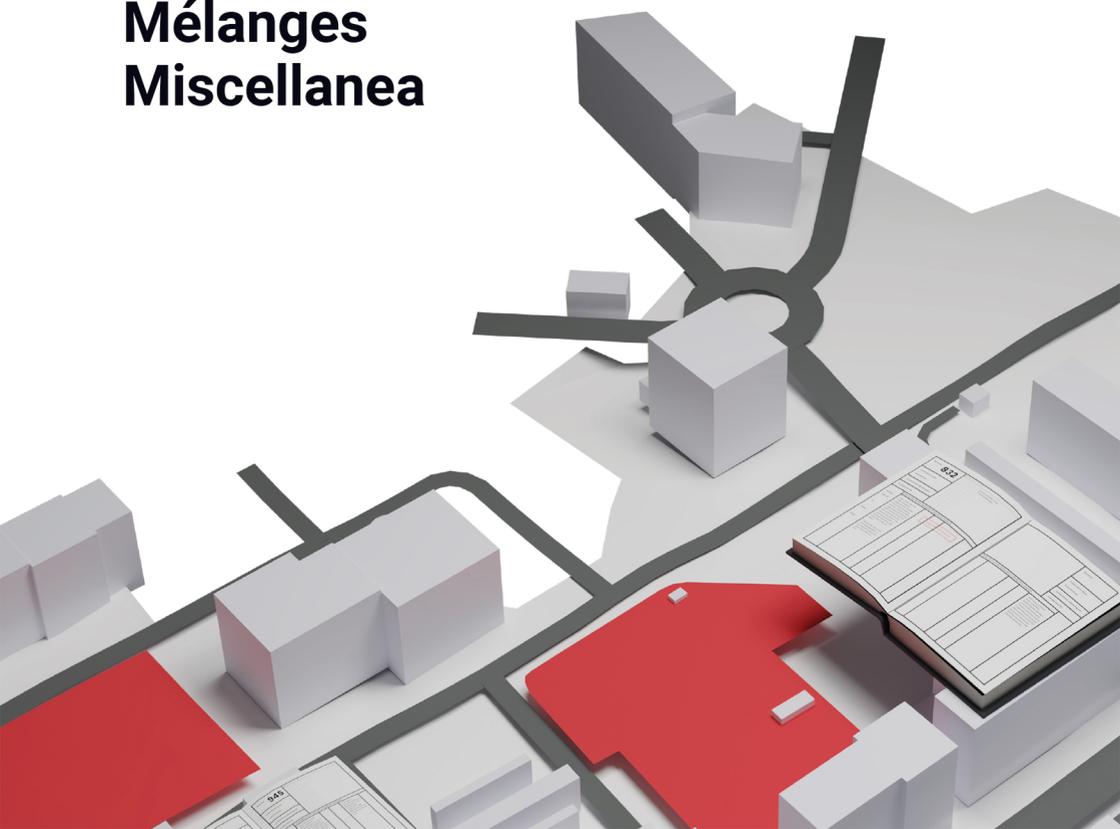




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /  
Philipp Adam / Andrea Gautschi

# Festschrift Mélanges Miscellanea



# La portée de l'exigence de la forme authentique dans la vente immobilière et dans d'autres contrats innommés

Maryse Pradervand-Kernen

*La présente contribution traite de la portée de l'exigence de la forme authentique dans la vente immobilière et dans d'autres contrats innommés. Toute d'abord, les notions d'acte authentique et de forme authentique, les buts recherchés par l'exigence de la forme authentique et les transferts d'immeubles visés par cette exigence seront présentés. Ensuite, l'objet de la forme authentique dans le contrat de vente immobilière ainsi que dans d'autres contrats innommés sera analysé. Une attention particulière sera accordée à la question du prix de vente. Pour terminer, les questions controversées liées aux conséquences de l'inobservation de la forme authentique seront examinées.*

## Table des matières

1. Introduction .....	144
2. Les fondements .....	145
2.1. L'acte authentique .....	145
2.2. La forme authentique .....	146
2.3. Les buts poursuivis par l'exigence de la forme authentique .....	148
2.4. Les transferts d'immeubles visés par l'exigence de forme authentique .....	150
3. L'objet de la forme authentique dans le contrat de vente immobilière .....	152
3.1. Les différentes théories relatives à la portée de la forme authentique .....	152
3.2. Les éléments objectivement essentiels .....	153

3.3. Les éléments subjectivement essentiels .....	155
3.4. Les éléments secondaires .....	157
4. Les particularités liées à l'objet de la forme authentique dans les contrats innommés.....	158
4.1. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat d'entreprise .....	158
4.2. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de prêt.....	160
4.3. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de vente mobilière .....	161
4.4. Le contrat de leasing combiné à un droit d'emption.....	162
5. L'étendue du prix de vente.....	163
5.1. L'indication du prix intégral.....	163
5.2. L'indication du prix véritable .....	166
5.3. L'indication d'un prix déterminé ou déterminable .....	167
4.4. L'indication d'un prix global dans les contrats mixtes.....	167
6. Les conséquences en cas d'inobservation de la forme authentique.....	169
6.1. Le principe.....	170
6.2. La nullité absolue ou la nullité relative ? .....	171
6.3. La nullité totale et la nullité partielle.....	173
6.4. L'interdiction de l'abus de droit .....	173
7. Conclusion .....	178

## **1. Introduction**

Les art. 657 al. 1 CC et art. 216 al. 1 CO prévoient, en dérogation au principe de la liberté de la forme en matière contractuelle (art. 11 CO), que les contrats entre vifs ayant pour objet la vente d'immeubles doivent revêtir la forme authentique. De nombreuses questions se posent dans ce contexte, notamment quant aux clauses du contrat soumises à l'exigence de forme et aux sanctions en cas d'inobservation de celle-ci.

Les conservateurs du Registre foncier peuvent ainsi se trouver confrontés à des transferts immobiliers se fondant sur des contrats dont certaines clauses ne revêtent pas la

forme authentique. Se pose alors la question de savoir si le titre d'acquisition est tout de même valable. Si tel n'est pas le cas, la validité de l'inscription pourrait être remise en cause en vertu du principe de causalité (art. 974 s. CC). Il nous semble opportun, alors que la Société Suisse des Conservateurs du Registre Foncier fête son 75<sup>e</sup> anniversaire, d'évoquer ces questions complexes, controversées et non sans intérêt pour la pratique, et d'y apporter des réponses.

Après avoir rappelé quelques fondements en relation avec le thème (chiff. 2.), il s'agira d'examiner l'objet de la forme authentique dans le contrat de vente immobilière (chiff. 3.) et dans les contrats innommés (chiff. 4.). La question particulière de l'étendue du prix de vente sera analysée séparément (chiff. 5.). Avant de conclure, les conséquences en cas d'inobservation de la forme authentique seront expliquées (chiff. 6.).

## **2. Les fondements**

Avant d'examiner la portée de l'exigence de la forme authentique, il convient de poser quelques fondements. Il s'agit ainsi d'examiner les notions d'acte authentique (chiff. 2.1.) et de forme authentique (chiff. 2.2.), les buts poursuivis par l'exigence de la forme authentique (chiff. 2.3.) et les transferts visés (chiff. 2.4.).

### **2.1. L'acte authentique**

L'acte authentique est un document écrit qui consigne des déclarations de volonté ou la constatation de faits. Il est établi par un officier public chargé de cette tâche par l'Etat, en la forme et selon la procédure prescrites par l'Etat<sup>1</sup>. Cette exigence de forme déroge au principe de la liberté de la forme en matière contractuelle (art. 11 CO). Elle ne s'impose que dans des cas précis, lorsqu'une loi fédérale le prévoit dans le but de protéger des intérêts privés ou publics (chiff. 2.3.). Les droits fédéral et cantonal imposent diverses

---

<sup>1</sup> ATF 99 II 159 consid 2a, JdT 122 I, p. 66 ; ATF 90 II 274 consid. 6 ; ég. PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II : Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 5e éd., Berne 2020, n. 2092 ; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2e éd., Berne 2014, n. 422 et n. 435 ss ; URS FASEL, in : Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7e éd., Bâle 2020, art. 216 CO n. 5 (cité BSK AUTEUR) ; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5e éd., Zurich 2017, n. 845.

obligations à l'officier public qui a la tâche de rédiger en termes clairs le contenu de l'accord des parties, mais également de renseigner les parties, de rester impartial, de respecter le secret professionnel ou encore de veiller à la conservation de l'acte<sup>2</sup>. L'acte authentique doit notamment contenir tous les faits et toutes les déclarations de volonté objectivement et subjectivement essentiels à la conclusion de l'acte. Dans le cadre d'un contrat de vente immobilière, les parties à l'acte, la désignation de l'immeuble, la contre-prestation et la cause de la transaction doivent impérativement être couvertes par la forme authentique (pour les détails, voir chiff. 3.2.).

## 2.2. La forme authentique

La notion de forme authentique, son objet et son contenu minimal sont réglés par le droit fédéral<sup>3</sup>. En revanche, les modalités, c'est-à-dire par exemple la procédure d'instrumentation, la désignation de la personne autorisée à établir l'acte authentique (un officier public) ainsi que la responsabilité qui incombe à cette dernière sont déterminées par les cantons (art. 55 s. CC T.f.)<sup>4</sup>. Si les dispositions fédérales sur la forme authentique relèvent du droit civil privé, la réglementation cantonale relève du droit public dans la mesure où la procédure d'instrumentation constitue une tâche étatique<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Pour des développements détaillés, voir MOOSER (nbp. 1), n. 139 ss ; FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumsübertragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 20, Bern 2017, p. 61 ss.

<sup>3</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 106 II 146 consid. 1, JdT 1980 I, p. 580 ; ATF 93 II 239, JdT 1968 I, p. 239 ; ATF 90 II 274 consid. 5 ; ATF 84 II 636 consid. 1 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_24/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd., Zurich 2016, n. 967 ; MOOSER (nbp. 1), n. 32 ss.

<sup>4</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 99 II 159 consid. 2a, JdT 122 I, p. 66 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4 ; MOOSER (nbp. 1), n. 45 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (nbp. 1), n. 847 ; PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, in : Traité de droit privé suisse, T. II/1, Bâle 2009, n. 729 ; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, ausgewählte bundesrechtliche Probleme, 2e éd., Fribourg 1988, n. 275 ss. Sur les différentes règles et les avis divergents de la doctrine s'agissant de la procédure d'instrumentation, voir DENIS PIOTET, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, RNRf 84/2003, p. 130 ss.

<sup>5</sup> MOOSER (nbp. 1), n. 26 ; LORENZ STREBEL, in : Thomas Geiser/Stephan Wolf (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 6e éd., Bâle 2019, art. 657 CC n. 3 (cité BSK AUTEUR).

Les cantons doivent respecter les exigences minimales fixées par le droit fédéral liées à la fonction de l'acte authentique et à sa force probante accrue (art. 9 CC)<sup>6</sup>. Si ces derniers adoptent une réglementation qui dépasse ces prescriptions minimales, ils doivent veiller à ce qu'elle n'entrave pas le recours à la forme authentique et éviter qu'elle ne complique inutilement la procédure d'instrumentation<sup>7</sup>. Partant, le droit cantonal est limité par des exigences minimales, mais également maximales.

Le droit fédéral définit en outre exclusivement les actes dont la validité est soumise au respect de la forme authentique ; les cantons ne peuvent imposer cette exigence de forme à d'autres actes<sup>8</sup>. Savoir si les cantons peuvent décider du type d'invalidité (chiff. 6.2.) qu'entraîne l'inobservation de la forme est controversé en doctrine. De notre point de vue, s'il est exclu que les cantons définissent les conséquences de la nullité d'une règle de droit fédéral<sup>9</sup>, ils peuvent en revanche prévoir que la violation des règles sur les modalités d'exécution qu'ils ont eux-mêmes adoptées entraîne la nullité de l'acte. En d'autres termes, ils décident si les normes procédurales qu'ils édictent constituent des règles de validité ou de simples prescriptions d'ordre<sup>10</sup>. Ils ne sont en revanche pas légitimés à statuer sur le caractère absolu ou relatif de la nullité<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> ATF 106 II 146 consid. 2b, JdT 1980 I, p. 580 ; ATF 99 II 159 consid. 2a, JdT 122 I, p. 66 ; ATF 93 II 239, JdT 1968 I, p. 239 ; MOOSER (nbp. 1), n. 41 ; STEINAUER (nbp. 1), n. 2092 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 6 ; BSK FASEL, art. 216 CO n. 6.

<sup>7</sup> ATF 106 II 146 consid. 2b, JdT 1980 I, p. 580 ; MOOSER (nbp. 1), n. 42 s ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 7 ; HANS GIGER, in : Heinz Hausheer (édit.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI : Obligationenrecht, 2. Abteilung : Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband : Kauf und Tausch, 3. Abschnitt : Der Grundstückskauf, Art. 216–221 OR, Bern 1997, art. 216 CO n. 16 (cité : BK AUTEURS) ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (nbp. 1), n. 848.

<sup>8</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 90 II 274 consid. 5 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_24/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1 ; MOOSER (nbp. 1), n. 43 ; PIOTET (nbp. 4), p. 131 ; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/INGEBORG SCHWENZER, in : Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7e éd., Bâle 2020, art. 11 CO n. 1 (cité BSK AUTEURS).

<sup>9</sup> Dans ce sens, MOOSER (nbp. 1), n. 35 et n. 677 ; ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückskauf, in : Alfred Koller (édit.), Der Grundstückskauf, 3e éd., Berne 2017, p. 81 ss, n. 22.

<sup>10</sup> MOOSER (nbp. 1), n. 44 et n. 678 ; KOLLER (nbp. 9), n. 22 s ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 59 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 450 ; PIOTET (nbp. 4), p. 141 s ; SCHMID (nbp. 4), n. 288.

<sup>11</sup> Dans ce sens, KOLLER (nbp. 9), n. 22 ; MOOSER (nbp. 1), n. 44 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 59 ; SCHMID (nbp. 4), n. 289. *Contra* : ATF 106 II 146 consid. 3, JdT 1980 I, p. 580.

Une révision des art. 55 à 55t Tit. fin. CC est actuellement en cours, l'Office fédéral de la justice ayant mis en consultation un avant-projet de révision le 14 décembre 2012. Le premier volet de cet avant-projet, dont le but est de rendre la procédure d'instrumentation entièrement électronique, a été mis en consultation en janvier 2019. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les cantons peuvent déjà autoriser les officiers publics exerçant sur leur territoire à produire des expéditions électroniques des actes (art. 55a Tit. fin. CC et OAAE<sup>12</sup>). Celles-ci sont établies sur la base des actes originaux dans leur teneur papier et sont certifiées être en conformité avec ces derniers (art. 55a al. 1 et 2 Tit. fin. CC). Les cantons décident librement d'autoriser ou non l'instrumentation électronique ; le droit fédéral ne leur impose pour le moment pas de permettre ce mode d'instrumentation. Le second volet de l'avant-projet a pour objectif de définir des exigences fédérales minimales en matière de forme authentique. L'Office fédéral de la justice a constitué un groupe de réflexion qui a publié en août 2021 ses premières conceptions sur la possibilité d'unifier la procédure d'instrumentation<sup>13</sup>.

### **2.3. Les buts poursuivis par l'exigence de la forme authentique**

Il convient d'interpréter restrictivement les règles de forme afin de respecter les principes de la liberté contractuelle et de la *favor negotii*. Celles-ci doivent se limiter à poursuivre la finalité pour laquelle elles ont été prescrites. Partant, il est déterminant de définir les buts poursuivis par les prescriptions de forme imposées par le législateur.

---

<sup>12</sup> Ordonnance sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique du 8 décembre 2017 (OAAE ; RS. 211.435.1), dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2018.

<sup>13</sup> L'avant-projet, le résumé des résultats de la procédure de consultation ainsi que les conceptions du groupe de réflexions sont disponibles à l'adresse suivante ([www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html](http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html)) (dernière consultation le 25 août 2022). Sur la révision, voir JULIA XOUDIS, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 11 CO n. 20a (cité : CR AUTEURS) ; DENIS PIOTET, L'avant-projet des articles 55 à 55t du titre final du code civil, in : Fédération suisse des notaires (édit.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 3e Congrès des Notaires Suisses, Muri bei Bern 2015, p. 79 ss.

L'obligation de recourir à la forme authentique pour les transferts de la propriété immobilière vise principalement à assurer la sécurité du droit. La présence de l'officier public et les particularités de cette forme permettent<sup>14</sup> :

- *d'inciter les parties à manifester clairement et complètement leur volonté* afin d'assurer l'exactitude de l'acte authentique ; les déclarations de volontés sont exprimées devant l'officier public et ce dernier a seul compétence pour établir l'acte authentique, ce qui en fait un moyen de preuve particulièrement fiable auquel le législateur accorde une force probante accrue (art. 9 CC) ;
- *de protéger les parties contre des engagements irréfléchis* ; la présence de l'officier public qui a un devoir d'information et le caractère solennel de la procédure permettent aux parties de prendre conscience de la portée de leur engagement et d'obtenir une information adéquate ; l'officier public ayant l'obligation d'être impartial, les parties sont également protégées contre le risque de conclure un acte qui leur serait défavorable ou dont elles n'auraient pas saisi la portée ;
- *d'assurer que l'acte authentique constitue une base sûre pour les inscriptions portées au Registre foncier* ; il est dans l'intérêt de la collectivité de renforcer la sécurité juridique dans les transactions immobilières ; la précision de l'acte est accrue grâce à l'intervention de l'officier public qui s'assure de la véracité des informations fournies par les parties ainsi que de la légalité des transactions ; cette garantie est de nature à faciliter le travail des conservateurs des registres concernés et à protéger les tiers dont les droits dépendent des inscriptions.

---

<sup>14</sup> ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II , p. 401 ; ATF 119 II 135 consid. 2.b, JdT 1994 I, p. 99 ; ATF 99 II 159 consid 2a, JdT 122 I , p. 66 ; ATF 90 II 274 consid. 6 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 1 ss ; MOOSER (nbp. 1), n. 427 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (nbp. 1), n. 844 ; LIECHTI (nbp. 2), p. 56 ss ; SCHMID (nbp. 4), n. 11 ss ; CHRISTINE CHAPPUIS/NICOLAS KUONEN, Contenu matériel de l'acte de vente immobilière, in : Jürg Schmid (édit.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zurich 2010, p. 15 ss, p. 17. Pour une critique voir Christian BRÜCKNER, Umfang des Formzwangs, in : Jürg Schmid (édit.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zurich 2010, p. 1 ss , p. 2 ss, selon lequel ces buts pourraient être poursuivis par d'autres moyens.

## 2.4. Les transferts d'immeubles visés par l'exigence de forme authentique

L'art. 657 al. 1 CC prévoit, en dérogation au principe de la liberté de la forme en matière contractuelle (art. 11 CO), que les contrats entre vifs ayant pour objet le transfert de la propriété d'un immeuble doivent revêtir la forme authentique.

La notion d'immeuble est définie à l'art. 655 al. 2 CC. Elle comprend non seulement les biens-fonds, mais également les droits distincts et permanents immatriculés au Registre foncier (en particulier les droits de superficie), les mines et les parts de copropriété d'un immeuble.

L'interprétation de l'art. 657 al. 1 CC doit conduire à son application à tous les contrats visant une acquisition dérivée de la propriété immobilière moyennant une inscription au Registre foncier<sup>15</sup>. Sont ainsi concernés<sup>16</sup> :

- la vente (art. 261 al. 1 CO), y compris la vente aux enchères volontaires privées et le transfert des immeubles du domaine public ;
- la promesse de vente (art. 216 al. 2 CO) ;
- les pactes de préemption limitatifs, d'emption et de réméré (art. 216 al. 2 et 3 CO) ainsi que la cession de ces droits ;
- l'échange (art. 237 CO) ;
- la promesse de donner (art. 243 CO) ;
- l'apport à une fondation (art. 81 CC) ou à une société ;
- la transaction extrajudiciaire ;
- l'aliénation d'une part de copropriété ;
- la modification des parts de copropriété ;
- le contrat de partage d'une copropriété (art. 651 al. 1 CC) ou d'une propriété commune (sauf s'il s'agit d'un partage successoral) ;
- l'avancement d'hoirie ;
- le transfert entre vifs en relation avec un trust (art. 67 al. 1 let. a ORF) etc.

---

<sup>15</sup> MOOSER (nbp. 1), n. 474 ; STEINAUER (nbp. 1), n. 2094.

<sup>16</sup> Voir notamment STEINAUER (nbp. 1), n. 2095 ; MOOSER (nbp. 1), n. 475 ; LIECHTI (nbp. 2), p. 97 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 965. Pour des développements détaillés, voir BSK STREBEL, art. 657 CC n. 10-51a.

En revanche, les transferts suivants obéissent à d'autres règles de form<sup>17</sup>e :

- le contrat de partage successoral peut être conclu en la forme écrite, même s'il concerne un immeuble (art. 634 al. 2 CC) ;
- les dispositions pour cause de mort tendant au transfert de la propriété sont soumises aux exigences de forme prévues par le droit successoral (art. 499 ss et art. 512 CC et art. 245 al. 3 CO) ;
- le contrat de vente d'un immeuble, en cas d'enchères forcées ou volontaires publiques, est conclu par l'adjudication (art. 229 al. 1 et 2 CO)<sup>18</sup> ;
- le contrat de vente des actions d'une société immobilière peut être conclu en la forme écrite car il s'agit d'une vente mobilière ;
- le pacte de préemption ordinaire qui ne fixe pas le prix à l'avance est valable en la forme écrite (art. 216 al. 3 CO) ;
- le contrat de leasing immobilier peut être conclu en la forme écrite, sauf s'il est assorti d'un droit d'emption en faveur du preneur de leasing, qui lui permet d'acquérir l'objet à l'échéance du contrat ; dans ce cas, seule la clause prévoyant le droit d'emption est soumise à la forme authentique (pour des détails, chiff. 4.4.)<sup>19</sup>.

Il peut arriver que les parties s'entendent sur une convention qui réunit des éléments de plusieurs contrats, c'est-à-dire *un contrat mixte*, ou conviennent d'un acte juridique qui n'est pas réglé par la loi, c'est-à-dire *un contrat sui generis*. Dans les deux cas, il s'agit de contrats innommés. Dans ces situations, il faut déterminer si l'obligation de recourir à la forme authentique s'applique, conformément à l'art. 657 CC, ou si la liberté de la forme prévaut, comme le prévoit l'art. 11 CO (à ce sujet, voir chiff. 4.).

---

<sup>17</sup> Voir notamment STEINAUER (nbp. 1), n. 2096 ; MOOSER (nbp. 1), n. 476. Pour des développements détaillés, voir BSK STREBEL, art. 657 CC n. 10-51a.

<sup>18</sup> ATF 128 III 104 consid. 3c, qui revient sur son ancienne jurisprudence et retient que la forme authentique n'est pas nécessaire, dans le cadre d'une faillite, pour la vente de gré à gré et les enchères publiques.

<sup>19</sup> ATF 132 III 549 consid. 2.2 et 2.3, JdT 2008 I, p. 52. Voir les références en nbp. 60 s.

### **3. L'objet de la forme authentique dans le contrat de vente immobilière**

Le droit fédéral ne contient pas de règle déterminant le contenu de l'acte authentique. La doctrine et la jurisprudence sont donc chargées de le préciser, ce qui a donné naissance à des controverses doctrinales (chiff. 3.1.). L'enjeu est de savoir, parmi les éléments objectivement essentiels (chiff. 3.2.), subjectivement essentiels (chiff. 3.3.) et les éléments secondaires (chiff. 3.4.), lesquels doivent impérativement revêtir la forme authentique.

#### **3.1. Les différentes théories relatives à la portée de la forme authentique**

Doctrine et jurisprudence ne s'accordent pas sur le contenu de la forme authentique.

Une partie de la doctrine soutenait initialement *la théorie dite objective*, selon laquelle seuls les éléments objectivement essentiels (chiff. 3.2.) devaient revêtir la forme authentique ; pour les auteurs défendant ce point de vue, la forme authentique n'était pas nécessaire pour les éléments secondaires car le juge, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC, et la loi pouvaient les compléter<sup>20</sup>.

La doctrine actuelle et le Tribunal fédéral soutiennent *la théorie dite subjective*, selon laquelle la forme authentique doit couvrir non seulement les éléments objectivement essentiels mais également les éléments subjectivement essentiels (chiff. 3.3.). Initialement, selon cette conception, tous les éléments subjectivement essentiels devaient revêtir la forme authentique<sup>21</sup>. Des critiques se sont toutefois élevées dans la doctrine. Il était reproché à la théorie subjective de conférer une portée trop extensive aux règles de forme, violant ainsi l'art. 11 al. 1 CO qui garantit, sauf prescription spéciale de la loi, la liberté de la forme. Il s'agissait également d'éviter que les actes authentiques ne comportent un nombre trop important de clauses n'entrant pas dans le cadre de la vente, ce qui aurait compliqué la procédure d'instrumentation et rendu la charge de travail de

---

<sup>20</sup> Voir BK GIGER, art. 216 CO n. 255 ss et MOOSER (nbp. 1), n. 519 et les références citées.

<sup>21</sup> ATF 68 II 229 consid. 1, JdT 1943 I, p. 70 ; ATF 54 II 300 consid. 1.

l'officier public disproportionnée<sup>22</sup>. Le Tribunal fédéral ainsi que de nombreux auteurs ont pris en compte ces critiques et ont restreint l'exigence de la forme authentique aux *éléments subjectivement essentiels qui entrent dans le cadre naturel du contrat*<sup>23</sup>. Les éléments subjectivement essentiels concernés sont donc ceux qui affectent le rapport entre la prestation et la contre-prestation (pour les détails, chiff. 3.3.). Bien que les contours de la notion « d'éléments entrant dans le cadre naturel du contrat » ne soient pas toujours clairement définis<sup>24</sup> (chiff. 3.3.), cette conception permet à la fois de tenir compte du besoin de protection des parties assuré par la forme authentique et de veiller au respect de l'art. 11 al. 1 CO qui exige que les règles comportant des exigences formelles soient interprétées restrictivement. A notre sens, cette conception doit donc être suivie.

### 3.2. Les éléments objectivement essentiels

Les éléments objectivement essentiels (*essentialia negotii*) sont ceux qui forment le noyau du contrat et sur lesquels les parties doivent au minimum se mettre d'accord<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Dans ce sens, ATF 119 II 135 consid. 2.b, JdT 1994 I, p. 99 ; ATF 113 II 402 consid. 2c, JdT 1988 I, p. 67 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages, in : Alfred Koller (édit.), Der Grundstückskauf, 2e éd., Berne 2001, p. 27 ss, n. 62 ss.

<sup>23</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; ATF 119 II 135 consid. 2.a, JdT 1994 I, p. 99 ; ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 90 II 34 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.2, SJ 2019 I, p. 193 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_331/2010 du 27 septembre 2010 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4 ; ég. CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 29 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 976 ss ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 7 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 69 s ; STÉPHANE SPAHR, Forme authentique et prix de vente immobilière, in : Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 813 ss, p. 817.

<sup>24</sup> Voir les conceptions de LEUENBERGER (nbp. 22), n. 73 s, qui ne soumet à l'exigence de forme authentique que les éléments qui forment une unité indissociable avec les éléments objectivement essentiels, afin de pouvoir se référer à des critères de distinction plus précis que le Tribunal fédéral ; ég. SCHMID (nbp. 4), n. 560 ss et n. 580 ss et de BSK STREBEL, art. 657 CC n. 55, qui propose de définir l'étendue de l'exigence de forme en fonction du but que celle-ci poursuit.

<sup>25</sup> ATF 68 II 229 consid. 1, JdT 1943 I, p. 70 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.72/2006 du 30 mai 2006 consid. 2 ; PETER GAUCH/WALTER RENÉ SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11 éd., Zurich 2020, n. 332 ss ; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6e éd. Zurich 2019, n. 614.

Ces éléments permettent la qualification du contrat. Si les parties ne s'accordent pas sur ces points, le juge ne peut y suppléer et le contrat est inexistant<sup>26</sup>.

Ces éléments doivent nécessairement revêtir la forme authentique.

Dans la vente immobilière, ils sont les suivants<sup>27</sup> :

- *L'identité des parties*, ainsi que, le cas échéant, *l'identité de leur représentant et le rapport de représentation*, doivent être constatés de manière exacte dans l'acte authentique. Pour éviter toute ambiguïté, la formule « agissant au nom et pour le compte de » devrait être utilisée<sup>28</sup>. En revanche, l'acte octroyant les pouvoirs au représentant, c'est-à-dire la procuration, n'est pas soumis à la forme authentique<sup>29</sup>.
- *L'immeuble* objet de la vente doit être suffisamment déterminé ; la surface, ainsi que la forme et l'emplacement de la parcelle doivent être déterminés ou déterminables sur la base du contrat<sup>30</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il n'est en revanche pas nécessaire que le contrat contienne une liste complète des charges, des servitudes et des gages grevant l'immeuble (ceux-ci faisant partie de la description de l'immeuble)<sup>31</sup>, pour

---

<sup>26</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 334 ; TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 614.

<sup>27</sup> Voir MOOSER (nbp. 1), n. 527 ss ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 22 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 973 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 34 ss ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 75 ss ; SCHMID (nbp. 4), n. 323 ss ; BÉNÉDICT FOËX/IRÈNE MARTIN-RIVARA, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, art. 1-529 CO, commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 216 CO n. 10 (cité CR AUTEURS) ; ROLAND PFÄFFLI, Der Grundstückkauf : Kommentierter Mustervertrag, in : Alfred Koller (éd.), Der Grundstückkauf, 3e éd., Berne 2017, p. 555 ss, p. 573 ss.

<sup>28</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a, JdT 1987 I, p. 70. Sur les devoirs qui incombent à l'officier public s'agissant des représentants, voir Blaise CARRON, La représentation civile volontaire dans les actes authentiques, RNRf 99/2018, p. 69 ss, p. 76 ss.

<sup>29</sup> ATF 112 II 330 consid. 1a, JdT 1987 I, p. 70 ; CARRON (nbp. 28), p. 72.

<sup>30</sup> ATF 127 III 248 consid. 3d (désaccord sur le tracé d'un plan) ; ATF 106 II 146 consid. 1, JdT 1980 I, p. 580 (désignation de la partie du bien-fonds sur laquelle porte le contrat) ; ATF 103 II 110 consid. 3a s, JdT 1978 I, p. 226 (agrandissement de la part de copropriété) ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.2 et 4.3, SJ 2019 I, p. 193 (plan et assiette du morcellement pas encore déterminés).

<sup>31</sup> ATF 93 II 239, JdT 1968 I, p. 239 ; RNRf 79/1998, p. 49 consid. 1c ; BSK FASEL, art. 216 CO n. 14 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 31 ; voir Sylvain MARCHAND, La procédure d'instrumentation : droit réels, in : Jürg Schmid (édit.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren / La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 26. Januar 2007 in Lausanne und vom 3. Juli 2007 in Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 147 ss, p. 151, qui relève les effets préjudiciables de l'absence de cette indication.

autant qu'une partie du prix ne soit pas payée par la reprise de la dette hypothécaire (chiff. 5.1.).

- *Le prix*, c'est-à-dire la contre-prestation du transfert de propriété de l'immeuble doit être déterminé ou déterminable sur la base du contrat<sup>32</sup>. Le prix comprend toutes les prestations que l'acheteur doit effectuer. Il ne doit pas nécessairement être constitué d'une somme unique. Il peut au contraire comprendre divers éléments, comme la reprise d'une dette, le versement d'arrhes ou la prise en charge de prestations qui incombent en principe au vendeur (commission, impôts etc.). Tous ces éléments doivent être couverts par la forme authentique (pour les détails, chiff. 5.1.).
- *La cause du transfert*, à savoir la volonté de transférer l'immeuble, doit ressortir clairement de l'acte authentique<sup>33</sup>.

### 3.3. Les éléments subjectivement essentiels

Les éléments subjectivement essentiels sont des éléments qu'il n'est pas indispensable de régler selon la loi, c'est-à-dire des éléments en soi objectivement secondaires, mais qui, aux yeux des parties, font partie des éléments déterminants pour la conclusion du contrat<sup>34</sup>. Le contrat est conditionné à un accord des parties sur ces points : s'il fait défaut, le juge ne peut y suppléer et le contrat est inexistant<sup>35</sup>.

En relation avec le contrat de vente immobilière, selon la conception développée par le Tribunal fédéral et soutenue par une partie importante de la doctrine (pour plus de détails, *supra* 3.1.), seules *les clauses qui appartiennent au cadre naturel de la vente* doivent revêtir la forme authentique<sup>36</sup>. Ces clauses sont celles qui concernent le transfert de la

---

<sup>32</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; ATF 103 II 110 consid. 3c, JdT 1978 I, p. 226 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_24/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 consid 2, SJ 2000 I, p. 533. *Contra* : BK GIGER, art. 216 CO n. 225 s, selon lequel il ne suffit pas que le prix soit déterminable.

<sup>33</sup> ATF 86 II 221 consid. 5, JdT 1961 I, p. 203.

<sup>34</sup> ATF 68 II 229 consid. 1, JdT 1943 I, p. 70 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.72/2006 du 30 mai 2006 consid. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 341 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 259 ; TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 615.

<sup>35</sup> TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 615 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 342.

<sup>36</sup> Voir nbp. 23.

propriété ou sa contre-prestation<sup>37</sup>. Partant, elles concernent directement le contenu du contrat et influent sur la situation juridique de la chose<sup>38</sup>.

Il peut s'agir<sup>39</sup> :

- d'une clause de garantie dérogeant au système légal ; bien que cela soit controversé en doctrine, nous considérons qu'une promesse de qualité faite par le vendeur qui a été décisive pour l'acheteur lors de la conclusion du contrat doit revêtir la forme authentique, dans la mesure où elle concerne directement le contenu du contrat<sup>40</sup> ;
- de modalités de paiement si elles divergent des règles habituelles (pour les détails, chiff. 5.1.) ;
- d'une clause arbitrale par laquelle les parties renoncent aux voies juridictionnelles traditionnelles ;
- d'une peine conventionnelle ou d'un dédit ; la clause pénale constitue un élément objectivement ou subjectivement essentiel selon qu'elle se greffe sur une obligation principale qui est elle-même objectivement ou subjectivement essentielle ; elle n'est

---

<sup>37</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 90 II 34 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.2, SJ 2019 I, p. 193 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_331/2010 du 27 septembre 2010 consid. 2 ; MOOSER (nbp. 1), n. 526 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 978 ; SPAHR (nbp. 23), p. 817 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 57 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 262 ss ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 9.

<sup>38</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 90 II 34 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_24/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4 ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 29 ; MOOSER (nbp. 1), n. 526 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 979 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 57.

<sup>39</sup> MOOSER (nbp. 1), n. 526a ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 28 ss ; CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 11 ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 9 et p. 24 s. Certains auteurs considèrent, à notre avis à tort, que ces éléments constituent des éléments objectivement essentiels : BK GIGER, art. 216 CO n. 262 ss ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 99 ss ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 25 et n. 30 et BSK SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 11 CO n. 14 [clauses accessoires [*accidentalita negotii*] qui précisent la prestation et la contreprestation, même si elles ne sont pas déterminantes aux yeux des parties] ; MARCHAND (nbp. 31), p. 153 s, p. 153 s (clauses dérogeant au régime légal applicable).

<sup>40</sup> Dans ce sens, CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 30 s ; SCHMID (nbp. 4), n. 575 ; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, n. 2505 nbp. 137 ; plus nuancé, LEUENBERGER (nbp. 22), n. 139. *Contra*, qui considèrent que les garanties qui ne sont pas contenues dans l'acte authentique restent valables : ATF 73 II 218 consid. 1, JdT 1948 I, p. 362 ; ATF 68 II 229 consid. 2, JdT 1943 I, p. 70 ; ATF 63 II 77 consid. 3, JdT 1937 I, p. 400 ; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, art. 1-529 CO, commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 197 CO n. 15 (cité CR AUTEURS).

toutefois pas soumise à la forme authentique lorsqu'elle a seulement pour but de compenser un intérêt négatif<sup>41</sup> ;

- de l'aménagement de conditions etc.

*Les clauses qui s'éloignent du cadre naturel de la vente* n'ont pas besoin d'être couvertes par la forme authentique. Le point décisif est l'unité du contrat. Celle-ci se détermine en fonction de son objet et non des circonstances de sa conclusion<sup>42</sup>. Ainsi, le fait qu'une clause constitue une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat n'est pas déterminant tant qu'elle n'entre pas dans le cadre du contrat en cause<sup>43</sup>. Il peut s'agir :

- d'une clause prévoyant l'engagement pour l'acheteur de reprendre le mobilier ;
- de l'obligation de porter assistance aux vendeurs (chiff. 5.1.)<sup>44</sup> ;
- de l'engagement d'octroyer un prêt aux conditions usuelles du marché (chiff. 4.2.) ;
- d'autres accords connexes à la vente pour autant qu'ils présentent un caractère indépendant (contrat d'entreprise, de mandat etc.) (pour les détails, voir chiff. 4.)<sup>45</sup>.

### 3.4. Les éléments secondaires

L'art. 2 al. 1 CO prévoit que « si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés ». Cela signifie que si les parties ont pu se mettre d'accord sur tous les points objectivement et subjectivement essentiels, le contrat est conclu. Si aucun accord n'a pu être trouvé sur des éléments secondaires, le juge peut les régler lui-même (art. 2 al. 2 CO).

Les éléments secondaires ne doivent pas revêtir la forme authentique.

---

<sup>41</sup> Bénédicte Foëx, Dédit et clause pénale, in : Jürg Schmid (édit.), *Der Grundstückskauf / La vente immobilière*, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zurich 2010, p. 407 ss, p. 413. Voir ATF 140 III 200 consid. 5.3, JdT 2014 II, p. 401 et Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 6.1.1, SJ 2019 I, p. 193.

<sup>42</sup> ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_140/2014 du 17 octobre 2014 consid. 3.1

<sup>43</sup> ATF 119 II 135 consid. 2.a, JdT 1994 I, p. 99 ; ATF 113 II 402 consid. 2a, JdT 1988 I, p. 67.

<sup>44</sup> ATF 119 II 135 consid. 2.a s, JdT 1994 I, p. 99.

<sup>45</sup> ATF 119 II 135 consid. 2.a s, JdT 1994 I, p. 99 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 980.

## 4. Les particularités liées à l'objet de la forme authentique dans les contrats innommés

En pratique, il n'est pas rare que dans le cadre d'un contrat de vente, les parties conviennent de prestations qui ne font pas directement partie du contrat de vente immobilière. Comme cela a été mentionné plus haut (*supra* 3.3.), les éléments subjectivement essentiels qui n'appartiennent pas au cadre naturel de la vente n'ont pas besoin de revêtir la forme authentique. Lorsqu'un accord comprend à la fois des éléments relevant du contrat de vente immobilière (soumis à la forme authentique) et des obligations appartenant à un autre contrat (non soumises à l'exigence de cette forme), il convient de déterminer si ces dernières peuvent faire l'objet de contrats distincts. Doctrine et jurisprudence reconnaissent en principe que si ces accords revêtent une certaine indépendance par rapport au contrat de vente, ils peuvent faire l'objet de contrats distincts, non soumis à la forme authentique, et cela même si le contrat n'aurait pas été conclu sans eux (chiff. 4.1.)<sup>46</sup>.

Afin d'illustrer les problématiques qui peuvent se poser dans le cadre de contrats innommés, nous analyserons diverses situations : le contrat de vente immobilière combiné à un contrat d'entreprise (chiff. 4.1.), le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de prêt (chiff. 4.2.), le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de vente mobilière (chiff. 4.3.) et le contrat de leasing combiné à un droit d'emption (chiff. 4.4.).

### 4.1. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat d'entreprise

Lorsqu'un bien-fonds est vendu alors qu'il est prévu d'y ériger une construction ou que l'immeuble est en cours de construction, les parties peuvent concrétiser leur accord de différentes manières. La qualification du rapport contractuel dépend de la manière dont elles ont réglé leurs obligations, trois points étant essentiels : l'influence de l'acheteur sur la construction, le moment du transfert de propriété et le prix de la transaction<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> ATF 117 II 259 consid. 2b, JdT 1992 I, p. 559 ; ATF 113 II 402 consid. 2a et consid. 2c, JdT 1988 I, p. 67 ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 35 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 981 ; MOOSER (nbp. 1), n. 529 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 67 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 57.

<sup>47</sup> ATF 117 II 259 consid. 2b, JdT 1992 I, p. 559.

Les parties ont conclu *un pur contrat de vente* portant sur un objet futur si l'acheteur ne peut exercer aucune influence (ou une influence très minime) sur la construction et que le transfert de propriété s'effectue une fois les travaux achevés. Il n'est pas rare qu'un acompte soit versé auparavant par l'acheteur. La seule obligation du vendeur est alors de transférer la propriété de la chose. La future construction et le terrain formant une unité, l'ensemble du prix de vente est alors soumis à la forme authentique<sup>48</sup>.

Un contrat d'entreprise s'ajoute au contrat de vente si l'acheteur peut exercer une influence sur la construction, c'est-à-dire lorsque le bâtiment est planifié et réalisé selon les souhaits individuels de l'acheteur (à tout le moins, celui-ci peut demander d'ajouter une paroi entre la cuisine et la salle à manger<sup>49</sup> ; en revanche, le fait que l'acheteur puisse uniquement choisir des détails tels que la couleur des murs et les revêtements des sols n'est pas suffisant<sup>50</sup>). En présence d'un contrat d'entreprise, le vendeur a alors, outre l'obligation de transférer la propriété de la chose, une obligation de résultat<sup>51</sup>. Dans cette situation, les parties ont alors le choix de conclure *un contrat mixte de vente et d'entreprise* ou *deux contrats indépendants*.

- Si les parties concluent *deux contrats indépendants*, elles doivent prévoir dans quelle mesure l'existence de l'un des contrats dépend de la validité de l'autre. Lorsque les contrats ne forment pas une unité, c'est-à-dire lorsque les prestations du contrat d'entreprise n'affectent pas le contenu de la vente, ils peuvent être conclus à des moments différents et seul le contrat de vente doit revêtir la forme authentique. Le prix de vente de l'immeuble est alors fixé distinctement de la rémunération de l'entrepreneur et du coût de la construction, et cela même si les clauses contenues dans le contrat d'entreprise sont une *condition sine qua non* de la conclusion du

---

<sup>48</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.301/2002 du 22 janvier 2003 consid. 2.1 ; ATF 117 II 259 consid. 2b, JdT 1992 I, p. 559 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 91.

<sup>49</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.301/2002 du 22 janvier 2003 consid. 2.1.

<sup>50</sup> Christian BRÜCKNER, Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausseses, RNRF 64/1983, p. 65 ss, p. 79 ; ég. LEUENBERGER (nbp. 22), n. 91.

<sup>51</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.301/2002 du 22 janvier 2003 consid. 2.1.

contrat de vente<sup>52</sup>. Lorsque certaines clauses du contrat d'entreprise entrent dans le cadre naturel de la vente, en revanche, elles sont soumises au respect de la forme authentique. Tel est le cas lorsque le contrat de vente contient une clause d'architecte ou une clause d'entrepreneur, par exemple : l'obligation de conclure un contrat de construction constitue une contrepartie du transfert de la propriété et fait donc partie du prix de vente, dans la mesure où la parcelle est en principe vendue moins chère<sup>53</sup>.

- Si les parties concluent *un contrat mixte de vente et d'entreprise*, les clauses relatives au contrat d'entreprise n'ont en principe pas besoin de revêtir la forme authentique, pour autant qu'elles concernent un groupe de prestations indépendant<sup>54</sup>. En effet, bien que les travaux soient liés à l'acquisition du bien-fonds, ils n'appartiennent pas au cadre naturel du contrat de vente et ne sont dès lors pas soumis à la forme authentique. Une exception existe si un prix global pour l'achat du terrain et la construction de l'ouvrage a été prévu (pour les détails, voir chiff. 5.4.).

#### **4.2. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de prêt**

Dans l'ATF 113 II 402, JdT 1988 I, p. 67, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur la validité d'un pacte d'emption lié à un contrat de prêt.

Un droit d'emption a été prévu en la forme authentique, moyennant le prix de Fr. 8'500'000.-, payables par reprise de dettes et versement en espèces pour le solde, à moins que l'empeur ne consente un prêt au propriétaire de l'immeuble, auquel cas une compensation entre les deux dettes aurait lieu. Le même jour, en la forme écrite, l'empeur a consenti un prêt de Fr. 8'500'000.- en faveur du propriétaire de l'immeuble, aux conditions du marché.

---

<sup>52</sup> ATF 117 II 259 consid. 2b, JdT 1992 I, p. 559 ; ATF 113 II 402 consid. 2a s, JdT 1988 I, p. 67 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 981 ; MOOSER (nbp. 1), n. 525a et n. 529 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 114 s ; BSK FASEL, art. 216 CO n. 16.

<sup>53</sup> LEUENBERGER (nbp. 22), n. 122 ; BSK STREBEL, Art. 657 CC n. 56 ; BSK FASEL, art. 216 CO n. 12. *Contra* : ATF 86 II 33 consid. b, p. 40.

<sup>54</sup> ATF 119 II 29 consid. 2, JdT 1994 I, p. 37 ; ATF 117 II 259 consid. 2b, JdT 1992 I, p. 559 ; ATF 113 II 402 consid. 2a s, JdT 1988 I, p. 67 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 981 ; MOOSER (nbp. 1), n. 525a et n. 528c ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 118 s. Pour une critique, voir BK GIGER, art. 216 CO n. 280 s, selon lequel cette solution ne permet pas de prendre en compte la volonté des parties de conclure un accord unique.

Le Tribunal fédéral a estimé que bien que les deux contrats soient liés, les clauses relatives au contrat de prêt ne devaient pas revêtir la forme authentique. En effet, l'empeur n'a pas octroyé le prêt à des conditions particulièrement favorables au propriétaire de l'immeuble. Au contraire, son dessein était plutôt d'obtenir un bon rendement de la somme prêtée. Il résulte de cela que le prêt ne constitue pas une contre-prestation pour l'acquisition de l'immeuble et ne concerne pas le cadre naturel de la vente<sup>55</sup>. Une réduction des intérêts aurait en revanche constitué une contre-partie du prix de vente<sup>56</sup>. La forme authentique n'est donc pas nécessaire. Le pacte d'emption ainsi que le contrat de prêt sont donc valables.

### **4.3. Le contrat de vente immobilière combiné à un contrat de vente mobilière**

Dans le cadre du transfert d'un immeuble agricole, d'une entreprise ou d'une autre exploitation, il arrive que l'acquéreur d'un immeuble soit en outre intéressé à reprendre du mobilier (machines, installations, fourrage etc.). La clause prévoyant la reprise du mobilier par l'acheteur n'est pas soumise à la forme authentique. Toutefois, si cette clause n'est pas énoncée dans l'acte authentique, les prix distincts de l'immeuble et des choses mobilières doivent être déterminables (pour des détails sur le prix global, chiff. 5.4.)<sup>57</sup>.

Si les parties ont fixé un prix global comprenant les immeubles et les choses mobilières, l'acte authentique doit indiquer toutes les prestations convenues, y compris l'obligation de transférer les biens mobiliers<sup>58</sup>.

Dans l'ATF 135 III 295, les parties avaient prévu un prix global et toutes les prestations étaient énumérées dans l'acte authentique. Le contrat était dès lors pleinement valable, bien que le prix propre à l'immeuble ne fût pas mentionné dans le contrat.

---

<sup>55</sup> ATF 113 II 402 consid. 2c, JdT 1988 I, p. 67.

<sup>56</sup> LEUENBERGER (nbp. 22), n. 127.

<sup>57</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2.

<sup>58</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2.

#### 4.4. Le contrat de leasing combiné à un droit d'emption

Le contrat de leasing immobilier ne vise pas le transfert de la propriété mais confère uniquement l'usage et la jouissance de l'immeuble au preneur de leasing. A l'échéance de la durée prévue par les parties, le preneur de leasing ne devient pas propriétaire de l'immeuble, mais a en principe le choix entre trois options : conclure un nouveau contrat de leasing, restituer l'immeuble ou l'acquérir. Seule la troisième option aboutit à un transfert de propriété<sup>59</sup>.

Dans l'ATF 132 III 549, JdT 2008 I, p. 52, le Tribunal fédéral a considéré que lorsque le contrat de leasing contient une clause accordant un droit d'emption au preneur de leasing, celle-ci, pour être valablement conclue, doit être prévue dans la forme authentique<sup>60</sup>. Toutefois, l'exercice de ce droit d'emption ne constitue que l'une des options à la disposition du preneur de leasing à l'échéance du droit. Pour cette raison, le contrat de leasing ne constituant pas un contrat assimilable à un contrat de vente, il n'a pas besoin de revêtir la forme authentique dans son intégralité<sup>61</sup>.

Il convient encore de relever que la clause prévoyant qu'en cas de restitution par le preneur de leasing, le propriétaire peut soit remettre l'immeuble en leasing ou le vendre à un tiers, le preneur de leasing étant alors contraint de s'acquitter de la différence entre le prix de vente obtenu et la valeur résiduelle, ne doit pas non plus revêtir la forme authentique, puisqu'elle ne vise pas le transfert de la propriété au preneur de leasing<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> ATF 132 III 549 consid. 2.1.2, JdT 2008 I, p. 52 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 7152 et n. 7173.

<sup>60</sup> ATF 132 III 549 consid. 2.2.2, JdT 2008 I, p. 52 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 7173. *Contra* : PASCAL PICHONNAZ, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats, Zurich 2009, p. 21 ss, p. 28, selon lequel la forme authentique n'est pas requise pour le pacte d'emption dans la mesure où le centre de gravité se trouve dans la mise à disposition initiale du bien et non l'acquisition.

<sup>61</sup> ATF 132 III 549 consid. 2.1.2 et 2.1.3, JdT 2008 I, p. 52 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 7173. *Contra* : MARCHAND (nbp. 31), p. 157 ; plus nuancé, BSK STREBEL, art. 657 CC n. 48, selon lesquels l'intégralité du contrat devrait être soumise à l'exigence de forme.

<sup>62</sup> ATF 132 III 549 consid. 2.2.2, JdT 2008 I, p. 52.

Dans l'ATF 132 III 549, JdT 2008 I, p. 52, le contrat de leasing, conclu en la forme écrite, était assorti d'un droit d'emption prévu en la forme authentique. Il était dès lors pleinement valable.

## **5. L'étendue du prix de vente**

Le prix de vente de l'immeuble est un élément objectivement essentiel (chiff. 3.2.). Au vu de son importance et des diverses formes qu'il peut prendre, il est nécessaire d'y consacrer un point particulier de cet article.

L'acte authentique doit mentionner toutes les prestations auxquelles l'acheteur s'engage en vue de l'acquisition de l'immeuble (chiff. 5.1.). Le prix indiqué doit évidemment être le prix réellement convenu par les parties (chiff. 5.2.). Il doit en principe être déterminé dans l'acte authentique ; au minimum, il doit être déterminable (chiff. 5.3.). Lors de la conclusion d'un contrat mixte, un prix global peut être fixé (chiff. 5.4.).

### **5.1. L'indication du prix intégral**

L'acte authentique doit mentionner toutes les prestations (en argent ou en nature) auxquelles l'acheteur s'engage en vue de l'acquisition de l'immeuble, y compris celles qui auraient déjà été exécutées ou celles que l'acheteur effectuerait en faveur de tiers<sup>63</sup>.

Ce qui est déterminant, c'est que l'état du patrimoine du vendeur s'accroisse, par une augmentation des actifs ou une réduction des passifs, au détriment de l'acheteur en raison de l'acquittement de la contre-prestation<sup>64</sup>. Ainsi, outre le versement d'une somme d'argent au vendeur, diverses prestations peuvent être prévues, notamment les suivantes :

---

<sup>63</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; ATF 94 II 270 consid. 1, JdT 1969 I, p. 654 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.2, SJ 2019 I, p. 193 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_331/2010 du 27 septembre 2010 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 consid 2, SJ 2000 I, p. 533 ; MOOSER (nbp. 1), n. 527 ; SPAHR (nbp. 23), p. 821 ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 7 s.

<sup>64</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 4.

- la reprise par l'acheteur de la dette hypothécaire contractée à l'origine par le vendeur<sup>65</sup> ; l'ATF 101 II 329 précise que si des dettes hypothécaires grèvent un immeuble et que dans le contrat de vente, la reprise par l'acheteur de l'une d'entre elles est prévue, alors que rien n'est spécifié pour les autres, on doit considérer que les parties ont convenu que le prix de vente comprenait la reprise de la dette mentionnée et un montant supplémentaire à verser ; les dispositions contractuelles relatives au prix de vente et à son paiement doivent être comprises en ce sens que l'acquéreur doit acquérir un bien immobilier libre de tout gage, le vendeur devant par conséquent racheter les droits de gage préexistants jusqu'à l'inscription de la vente au Registre foncier ; son obligation de rachat n'est pas une convention supplémentaire qui complèterait le contrat de manière informelle ; elle n'est pas expressément prévue dans le texte du contrat, mais se déduit de la clause sur le prix d'achat ; elle est par conséquent également couverte par la forme de l'acte authentique<sup>66</sup> ;
- le paiement en faveur du titulaire de la cédula hypothécaire, visant la cession de la créance garantie par la cédula hypothécaire à l'acheteur<sup>67</sup> ;
- la prise en charge par l'acheteur de prestations qui incombent en principe au vendeur (commission, impôts etc.) ;
- le versement par l'acheteur d'une rente viagère en faveur du vendeur<sup>68</sup> ;
- l'engagement pris par l'acheteur de construire un chemin d'accès<sup>69</sup> ou un bâtiment en faveur du vendeur<sup>70</sup> ;
- la constitution par l'acheteur d'un droit d'habitation<sup>71</sup> ;

---

<sup>65</sup> ATF 135 III 295 ; ATF 110 III 340 consid. 1b/bb.

<sup>66</sup> ATF 101 II 329 consid. 3b.

<sup>67</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007.

<sup>68</sup> ATF 135 III 295.

<sup>69</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013.

<sup>70</sup> ATF 113 II 402 consid. 2b, JdT 1988 I, p. 67 ; ATF 94 II 270 consid. 1, JdT 1969 I, p. 654 ; ATF 90 II 34 consid. 2.

<sup>71</sup> ATF 135 III 295 ; ATF 119 II 135, JdT 1994 I, p. 99.

- la constitution par l'acheteur ou le vendeur d'une autre servitude<sup>72</sup> ;
- la radiation par l'acheteur d'une servitude<sup>73</sup> etc.

En revanche, le Tribunal fédéral a considéré qu'une contre-prestation de nature personnelle et morale créant une obligation d'aide et d'assistance de l'acheteur en faveur du vendeur ne constituait pas un élément du prix, même si le montant de la transaction était très bas eu égard à cette obligation et même si cette dernière constituait une *condition sine qua non* à la conclusion du contrat. La clause prévoyant cette obligation n'a dès lors pas besoin de figurer dans l'acte authentique<sup>74</sup>. Dans la mesure où cette prestation en nature avait une influence directe sur le montant à payer en argent par les acheteurs, cette décision peut surprendre. Le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que la réduction du prix de vente s'expliquait plutôt par la constitution d'un droit d'habitation et d'un usufruit en faveur des vendeurs.

Dans un autre arrêt, le Tribunal cantonal neuchâtelois a retenu qu'une obligation imposée à l'acheteur de se fournir en boissons auprès du vendeur n'était pas non plus soumise à la forme authentique<sup>75</sup>.

L'usage veut que l'on indique d'abord le prix de vente et que l'on règle ensuite immédiatement les modalités de paiement du prix de vente, dont fait partie le rachat ou la reprise de dettes hypothécaires<sup>76</sup>. La date du paiement lorsqu'il a lieu à un moment particulier (lorsque le prix est payé avant que l'acte ne devienne exécutoire ou même avant sa conclusion), la décision de différer le moment du transfert des risques ou, en cas de paiements échelonnés, les différentes échéances, ne sont pas des éléments

---

<sup>72</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 (constitution par le vendeur d'une servitude de dérogation aux distances entre constructions et limites de propriété et par l'acheteur d'une servitude de passage à pied et pour véhicules).

<sup>73</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 (servitude de non bâtir).

<sup>74</sup> ATF 119 II 135 consid. 2.a s, JdT 1994 I, p. 99, où les acheteurs s'engageaient à téléphoner au moins tous les deux jours aux vendeurs, à leur rendre visite une fois par mois et à les aider dans les travaux d'entretien. *Contra* : SPAHR (nbp. 23), p. 821 ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 8 nbp. 15.

<sup>75</sup> RJN 1987, p. 15 consid. 1. *Contra* : MOOSER (nbp. 1), n. 527 ; SPAHR (nbp. 23), p. 821.

<sup>76</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 5.

objectivement essentiels<sup>77</sup>. En revanche, ils constituent en principe des éléments subjectivement essentiels qui doivent figurer dans l'acte authentique<sup>78</sup>.

Le mode effectif de paiement (argent liquide, virement bancaire, chèque etc.) n'a pas besoin de figurer dans l'acte authentique<sup>79</sup>.

## 5.2. L'indication du prix véritable

Le prix indiqué doit évidemment être le prix réellement convenu par les parties, sous peine de nullité, l'acte étant considéré comme simulé (pour les détails voir chiff. 6.4.)<sup>80</sup>.

Le Tribunal fédéral se montre très rigide dans l'application de cette exigence. Ainsi, dans l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007, il a estimé que les parties, ayant aux chiffres 1 et 3 de leur contrat, articulé un « prix de vente total » de Fr. 850'000.-, n'ont pas respecté cette exigence car le prix articulé ne correspondait pas à la contre-prestation effective à fournir pour l'acquisition de la propriété. En effet, outre ce montant, les parties avaient prévu, au chiffre 7, le paiement d'un montant de Fr. 500'000.- en faveur du titulaire de la cédule hypothécaire pour qu'il cède la créance garantie par la cédule hypothécaire à l'acheteur. Le prix total était donc de Fr. 1'350'000.-. Le Tribunal fédéral a estimé que le fait que la prestation supplémentaire soit prévue au chiffre 7 dudit contrat (et revête donc également la forme authentique) ne rendait pas la fausse

---

<sup>77</sup> ATF 88 II 158 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_331/2010 du 27 septembre 2010 consid. 2, où le Tribunal fédéral indique qu' « une éventuelle convention relative au terme et aux modalités de son paiement [celui du prix] n'affecte pas le rapport entre la prestation et la contre-prestation issues de la vente [... et ces modalités ...] ne constituent pas, de par leur nature, un élément du contrat de vente. » Dans cet arrêt, la clause selon laquelle le prix de l'immeuble serait payé en compensation d'une créance d'honoraires n'a pas été soumise à la forme authentique. *Contra* : SPAHR (nbp. 23), p. 823 s, selon lequel il s'agit d'éléments objectivement essentiels ; voir ég. MAR-CHAND (nbp. 31), p. 153 s ; BK GIGER, art. 216 CO n. 262 ss ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 99 ss ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 25 et n. 30 (sur leurs conceptions, voir nbp. 39).

<sup>78</sup> ATF 88 II 158 consid. 3b ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 24 ; MOOSER (nbp. 1), n. 526a nbp. 1930. *Contra* : SCHMID (nbp. 4), n. 371.

<sup>79</sup> CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 24 ; MOOSER (nbp. 1), n. 526a nbp. 1930 ; SPAHR (nbp. 23), p. 824 ; CR FoËx/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 13 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 112.

<sup>80</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; ATF 94 II 270 consid. 1, JdT 1969 I, p. 654 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_331/2010 du 27 septembre 2010 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 5.

déclaration des chiffres 1 et 3 correcte. Il a donc considéré que l'indication du prix étant objectivement et subjectivement fautive, le contrat était nul<sup>81</sup>.

Cette jurisprudence est à notre avis extrêmement sévère. Un acte dont toutes les contre-prestations ne figurent pas dans le même chiffre doit en principe tout de même être considéré comme valable<sup>82</sup>. Toutefois, dans le cas d'espèce, la décision du Tribunal fédéral de prononcer la nullité de l'acte se justifie en raison de l'existence d'une contradiction interne, dans la mesure où il était précisé que les Fr. 850'000.- constituaient le prix « total » de la vente.

### **5.3. L'indication d'un prix déterminé ou déterminable**

Il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé au moment de la conclusion du contrat. Il suffit en effet qu'il soit déterminable à ce moment, c'est-à-dire que tous les éléments nécessaires pour l'établir se trouvent dans l'acte authentique. Ainsi, si ce dernier contient une formule, une méthode de calcul ou s'il fait appel à des indices publiés, le prix est suffisamment déterminé<sup>83</sup>. Les parties peuvent également prévoir que l'immeuble sera vendu à la valeur vénale ou à la valeur de rendement, pour autant qu'elles déterminent l'identité de l'expert et les conditions de mise en œuvre de son mandat<sup>84</sup>.

Il sied de relever que l'art. 216 al. 3 CO constitue une exception et prévoit que les pactes de préemption non limitatifs qui ne fixent pas le prix de l'immeuble peuvent être conclus en la forme écrite. Seuls les contrats qui règlent à l'avance le prix ou la manière de déterminer ce dernier sont soumis à l'exigence de la forme authentique.

### **5.4. L'indication d'un prix global dans les contrats mixtes**

Dans le cadre d'un contrat mixte cumulant à la vente de l'immeuble des prestations issues d'autres contrats, les parties peuvent convenir de fixer un prix global. Dans ce

---

<sup>81</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 5A\_33/2006 du 24 avril 2007 consid. 5.

<sup>82</sup> Dans ce sens, MOOSER (nbp. 1), n. 528b et nbp. 1954 ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 26 ; SPAHR (nbp. 23), p. 817 ; JÖRG SCHMID, Commentaire de l'arrêt Tribunal Fédéral, 5A\_33/2006 du 24 avril 2007, BR/DC 2007, p. 164.

<sup>83</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_24/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1 ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 27 ; MOOSER (nbp. 1), n. 528 ; SPAHR (nbp. 23), p. 822.

<sup>84</sup> MOOSER (nbp. 1), n. 528 ; CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 27 ; SPAHR (nbp. 23), p. 822.

cas, l'acte authentique doit spécifier toutes les prestations comprises dans le prix, également celles qui ne ressortissent pas au contrat de vente immobilière, telles que les frais d'honoraires de l'entrepreneur ou le coût de la construction dans un contrat d'entreprise (chiff. 4.1.) ou la liste des choses mobilières transférées avec l'immeuble (chiff. 4.3.). A défaut, l'acte ne satisfait pas aux exigences d'intégralité et de véracité du prix<sup>85</sup>. Le prix distinct et propre à l'immeuble constituant l'objet de la vente ne doit en revanche pas nécessairement figurer dans l'acte authentique, pour autant que celui-ci contienne le prix global et une énumération des prestations accompagnant le contrat de vente.

Ainsi, dans le cas d'un contrat de vente en viager libre, le paiement du prix fait l'objet de modalités particulières : un premier versement (appelé le bouquet) est effectué au moment de la conclusion du contrat, alors que le reste du prix est acquitté par la constitution d'une rente viagère sur la tête du vendeur (ou éventuellement sur la tête d'un tiers) (art. 516 al. 1 CO)<sup>86</sup>. Ce contrat est ainsi composé de deux contrats qui forment un tout et ne peuvent être dissociés : un contrat de vente immobilière et la constitution d'une rente viagère<sup>87</sup>. En effet, comme la rente viagère fait partie de la contre-prestation au transfert de propriété immobilière, la clause relative à la rente doit revêtir la forme authentique. Pour être valable, l'intégralité du contrat doit revêtir la forme authentique même si, selon l'art. 517 CO, la rente viagère doit être prévue en la forme écrite<sup>88</sup>.

Dans l'arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013, le Tribunal a estimé que si les parties ont prévu, outre le versement d'une somme d'argent pour la cession d'un

---

<sup>85</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.1 ; MOOSER (nbp. 1), n. 528c ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 118 ; BRÜCKNER (nbp. 14), p. 6 ss.

<sup>86</sup> AURÉLIE BARAKAT/SARAH BUSCA BONVIN/SYLVAIN MARCHAND, La vente immobilière en viager, aspects de droit civil et principales conséquences fiscales, Not@lex, Zurich 2020, p. 21 ss, p. 23 ; SYLVAIN MARCHAND, La vente en viager, in : Grégory Bovey/Benoît Chappuis/Laurent Hirsch (édit.), Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 143 ss, n. 5 ; MARYSE PRADERVAND-KERNEN, Les modes de transfert de la propriété immobilière, in : Michel Hottelier/Bénédict Foëx (édit.), Le transfert de la propriété immobilière, Genève/Zurich/Bâle 2022, p. 17 ss, p. 36.

<sup>87</sup> BARAKAT/BUSCA BONVIN/MARCHAND (nbp. 86), p. 23 ; MARCHAND (nbp. 86), n. 4 ; PRADERVAND-KERNEN (nbp. 86), p. 36.

<sup>88</sup> BARAKAT/BUSCA BONVIN/MARCHAND (nbp. 86), p. 23 ; PRADERVAND-KERNEN (nbp. 86), p. 37 ; DELPHINE PANNATIER KESSLER/ÉROL BARUH, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, art. 1-529 CO, commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 517 CO n. 3.

terrain, diverses obligations réciproques (notamment celles de constituer ou de radier des servitudes et de créer un chemin d'accès) sans dissocier la vente des autres obligations et en fixant un prix global, la forme authentique doit couvrir l'intégralité des prestations (chiff. 5.1.)<sup>89</sup>.

Dans le même esprit, l'ATF 135 III 295 a considéré que lorsqu'un prix global a été convenu pour le transfert d'un immeuble et de choses mobilières (machines, installations, fourrage et paille), la forme authentique doit couvrir toutes les prestations convenues (chiff. 4.3.)<sup>90</sup>.

Enfin, dans l'ATF 117 II 259, JdT 1992 I, p. 559, le Tribunal fédéral a relevé que si un prix global est prévu dans un contrat mixte de vente et d'entreprise, la forme authentique doit également couvrir les prestations liées à l'exécution du contrat d'entreprise (chiff. 4.1.). Toutefois, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que bien qu'un prix global de Fr. 510'000.- ait été convenu pour le transfert de propriété du terrain et la construction du bâtiment, les parties avaient spécifié le prix au mètre carré du terrain, ce qui permettait d'en déduire le prix de construction du bâtiment. Les clauses relatives au contrat d'entreprise n'avaient dès lors pas besoin de revêtir la forme authentique<sup>91</sup>.

## **6. Les conséquences en cas d'inobservation de la forme authentique**

En cas d'inobservation de l'exigence de forme, le contrat est nul (chiff. 6.1.). Au vu de la sévérité de la sanction, quelques atténuations à ce principe sont discutées dans la doctrine et la jurisprudence. Tout d'abord, il convient d'analyser si la sanction doit être la nullité absolue ou la nullité relative (chiff. 6.2.). Ensuite, dans certains cas, la nullité peut n'être que partielle (chiff. 6.3.). Enfin, un contrat reste valable malgré le vice dont il est affecté lorsque la partie qui invoque le vice abuse de son droit (chiff. 6.4.).

---

<sup>89</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.1.

<sup>90</sup> ATF 135 III 295 consid. 3.2.

<sup>91</sup> ATF 117 II 259 consid. 2c, JdT 1992 I, p. 559.

## 6.1. Le principe

Si les parties ne respectent pas l'obligation de conclure le contrat de vente immobilière en la forme authentique, la sanction est la nullité de l'acte. Les prestations ne sont pas exigibles<sup>92</sup>. Si certaines d'entre elles ont déjà été exécutées, elles sont soumises à restitution :

- le vendeur peut ainsi tenter une action en revendication (art. 641 al. 2 CC) et une action en rectification du Registre foncier (art. 975 CC) ;
- l'acheteur peut tenter une action en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)<sup>93</sup> ; contrairement à ce que prévoit l'art. 63 al. 1 CO, l'acheteur peut, dans certains cas, exiger la restitution même s'il connaissait le vice au moment de la conclusion du contrat (chiff. 6.4.)<sup>94</sup>.

En principe, il suffit que l'un des éléments essentiels fasse défaut (par exemple, l'une des prestations faisant partie du prix de vente n'est pas mentionnée dans le contrat) pour que le contrat soit nul. C'est la raison pour laquelle il convient de ne pas trop étendre l'exigence de forme pour les éléments subjectivement essentiels ; la restreindre aux *clauses qui appartiennent au cadre naturel de la vente* permet de limiter le risque d'invalidité du contrat. Toutefois, comme nous l'avons relevé plus haut (chiff. 3.1. et chiff. 3.3.), les contours de cette notion sont en partie imprécis, ce qui nuit à la sécurité juridique<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> ATF 127 III 248 consid. 3f ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.3. Voir ATF 140 III 200 consid. 5.2, JdT 2014 II, p. 401 et Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.3, SJ 2019 I, p. 193, où le Tribunal fédéral admet que la partie qui a invoqué la nullité avec succès peut être tenue de réparer le dommage causé par le vice de forme en vertu de la *culpa in contrahendo*.

<sup>93</sup> ATF 137 III 243 consid. 4.4.6 s, JdT 2014 II, p. 443 ; ATF 90 II 34 consid. 5 ; KOLLER (nbp. 9), n. 41 ss ; BK GIGER, art. 216 CO n. 351 et n. 374.

<sup>94</sup> ATF 115 II 28 consid. 1a, JdT 1989 I, p. 172, où le Tribunal fédéral relève que lorsque les deux parties connaissent le vice qui affecte leur contrat, si l'une d'elles exécute sciemment sa prestation en prévoyant que son cocontractant fasse de même, il serait inacceptable que ce dernier invoque le vice de forme pour déroger à son obligation ; é.g. TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 984 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 351 et n. 381 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 47. *Contra* : KOLLER (nbp. 9), n. 50 ss.

<sup>95</sup> Dans ce sens, CHAPPUIS/KUONEN (nbp. 14), p. 20 ; MOOSER (nbp. 1), n. 521 ; CR CFoEX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 14 ; SPAHR (nbp. 23), p. 825 ; LEUENBERGER (nbp. 22), n. 72-74 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 57 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 30.

## 6.2. La nullité absolue ou la nullité relative ?

Lorsque la loi soumet la validité d'un acte juridique au respect d'une certaine forme, l'inobservation de celle-ci entraîne la nullité de l'acte (art. 11 al. 2 CO). Les art. 216 al. 1 CO et art. 657 al. 1 CC se contentent d'indiquer que le contrat de vente immobilière qui ne revêt pas la forme authentique n'est pas « valable ».

Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'une *nullité absolue* : le contrat ne produit aucun effet et le tribunal doit constater d'office la nullité<sup>96</sup>. Du point de vue de notre Haute Cour, le devoir de respecter la prescription de forme s'impose indépendamment de savoir si le vice de forme affecte le but pour lequel l'exigence de forme a été introduite, à savoir notamment la protection des parties ou l'intérêt public à ce que des actes clairs soient établis. Le respect de la forme revêt en effet un « caractère impératif et absolu »<sup>97</sup>. Cette assertion mérite d'être nuancée : le Tribunal fédéral reconnaît tout de même l'importance de la finalité poursuivie par l'exigence de forme lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets du vice sur la situation des parties<sup>98</sup>. Il ne tolère en outre pas qu'une règle de forme soit invoquée pour protéger des intérêts ne correspondant pas au but pour lesquels elle a été adoptée<sup>99</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'il convient de tenir compte du fait que les exigences de forme auxquelles sont soumis les transferts immobiliers ne servent pas uniquement à protéger les parties contre des engagements irréflichs : elles assurent

---

<sup>96</sup> ATF 106 II 146 consid. 3, JdT 1980 I, p. 580 ; ATF 90 II 34 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.3, SJ 2019 I, p. 193 ; ég. STEINAUER (nbp. 4), n. 592 ; MOOSER (nbp. 1), n. 2679 ; SPAHR (nbp. 23), p. 824 ; KOLLER (nbp. 9), n. 19 et n. 24 ; CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 16-18 ; BSK FASEL, art. 216 CO n. 18 ; TERCIER/BIERI/CARON (nbp. 3), n. 984 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 352 ss, en part. n. 373 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 22 et n. 43 ; SCHMID (nbp. 4), n. 679 ss et n. 664 s.

<sup>97</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 4.2.3, SJ 2019 I, p. 193, qui cite l'ATF 120 II 341 consid. 4b (droit du bail) ; STEINAUER (nbp. 4), n. 592 ; MOOSER (nbp. 1), n. 208 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 33 ; KOLLER (nbp. 9), n. 33 s ; BSK SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, art. 11 CO n. 3 ; SCHMID (nbp. 4), n. 36. Voir ATF 116 II 700 consid. 3b, JdT 1991 I, p. 643, où le Tribunal fédéral relève que la vente se distingue d'autres contrats dans la mesure où l'exigence de la forme authentique est prescrite non seulement dans l'intérêt des parties mais aussi dans l'intérêt général.

<sup>98</sup> ATF 120 II 341 consid. 4b.

<sup>99</sup> ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II, p. 401 ; ATF 112 II 330 consid. 3b, JdT 1987 I, p. 70 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 5.3, SJ 2019 I, p. 193.

également que les actes instrumentés constituent des bases sûres pour les inscriptions portées au Registre foncier (chiff. 2.3.).

Une partie de la doctrine critique la position du Tribunal fédéral et considère que le contrat comportant un vice de forme doit être frappé d'une nullité relative (ou nullité *sui generis* ou annulabilité)<sup>100</sup>. Ces auteurs estiment que la jurisprudence ne tient pas correctement compte du but de la protection conférée par les règles de forme : selon eux, l'exigence de la forme authentique a pour but principal de protéger les parties ; elle n'assure qu'accessoirement la bonne tenue des registres. Partant, le contrat doit pouvoir produire tous ses effets tant qu'aucune partie n'invoque le vice. Les parties peuvent en principe le faire en tout temps. Toutefois, une fois le contrat entièrement exécuté, les parties ne peuvent plus se plaindre du vice de forme (pour des détails, chiff. 6.4.).

En dépit de ces critiques, nous adhérons à la théorie de la nullité absolue prônée par le Tribunal fédéral. Il n'y a de notre point de vue pas lieu de déroger à la règle claire selon laquelle un contrat qui ne satisfait pas les prescriptions de forme imposées par le législateur ne peut subsister. En admettant une nullité relative, on tolérerait que les parties puissent contourner les règles impératives de forme en concluant des contrats ne remplissant pas les exigences de forme. Le principe de la sécurité juridique impose toutefois que l'exigence de la forme authentique soit respectée, dans la mesure où elle poursuit des intérêts d'ordre public<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> BSK STREBEL, art. 657 CC n. 62 ; TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 757 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 558 ss ; HANS MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Fribourg 1992, n. 343 ss. Pour des développements détaillés sur les différentes controverses et une analyse selon les quatre méthodes d'interprétation, voir BK GIGER, art. 216 CO n. 343 ss. Voir ég. ATF 112 II 330 consid. 2b, JdT 1987 I, p. 70, où le Tribunal fédéral laissait la question ouverte mais indiquait qu'« il n'est guère raisonnable, d'ailleurs, de considérer le vice de forme comme une cause de nullité absolue à retenir d'office ».

<sup>101</sup> Dans ce sens, voir ég. CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 16 et n. 21 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 364 ; KOLLER (nbp. 9), n. 34 ; SCHMID (nbp. 4), n. 678 ss et n. 779 ; PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., Berne 2000, p. 97. Voir ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 562 et TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 757 qui prônent la nullité absolue mais admettent des exceptions lorsqu'il s'agit de s'assurer de la bonne tenue des registres. Voir en outre BK GIGER, art. 216 CO n. 355 ss ; KOLLER (nbp. 9), n. 19, qui relèvent qu'il n'est pas déterminant que le terme de « nullité » n'ait pas été ancré à l'art. 216 CO comme c'est le cas à l'art. 20 CO, par exemple.

De notre point de vue, le principe de la nullité absolue doit néanmoins être adouci lorsque le sentiment d'équité ou de justice l'exige. Nous rejoignons la jurisprudence selon laquelle le vice de forme ne peut être invoqué si la partie qui s'en prévaut commet ce faisant un abus de droit. Nous admettons en outre que le comportement des parties puisse parfois permettre la guérison du vice de forme et, ainsi, constituer une base valable pour le transfert de la propriété immobilière (pour des détails, chiff. 6.4.)<sup>102</sup>.

### **6.3. La nullité totale et la nullité partielle**

Si le vice de forme n'affecte que certaines clauses du contrat et que l'on peut admettre que les parties auraient conclu le contrat même sans ces clauses, la nullité n'est que partielle (art. 20 al. 2 CO par analogie). Il s'agit alors de combler d'éventuelles lacunes en se référant à ce que les parties auraient hypothétiquement convenu. Il en va de la nécessité de favoriser le maintien du contrat, en vertu du principe de la *favor negotii*.

La question est cependant délicate dans le cadre de la vente immobilière puisque toutes les clauses objectivement essentielles et les clauses subjectivement essentielles doivent en principe revêtir la forme authentique. Partant, si le vice de forme entache une clause subjectivement essentielle qui est déterminante aux yeux des parties pour la conclusion du contrat, la nullité portera sur l'intégralité du contrat, aux termes de l'art. 20 al. 2 CO. S'il touche un élément objectivement essentiel, la nullité partielle ne pourra être retenue dans la mesure où le vice affecte une clause qui ne peut être retranchée sans affecter l'ensemble du contrat (chiff. 3.2.). Les cas de nullité partielle seront donc rares<sup>103</sup>.

### **6.4. L'interdiction de l'abus de droit**

Le Tribunal fédéral continue à soumettre les actes viciés à la nullité absolue malgré les critiques d'une partie de la doctrine (chiff. 6.2.). Il en adoucit toutefois les effets, considérant que le vice de forme ne peut être retenu si la partie qui s'en prévaut commet ce faisant un abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Tel est le cas si la partie qui invoque le vice

---

<sup>102</sup> Dans ce sens, CR XOUDIS, art. 11 CO n. 43 ; SCHMID (nbp. 4), n. 679 ss et n. 779 ss ; BSK SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 11 CO n. 24, pour une solution au cas par cas.

<sup>103</sup> Voir KOLLER (nbp. 9), n. 96 s et nbp. 114 et nbp. 119 ; BK GIGER, Art. 216 CO n. 393 ss ; SCHMID (nbp. 4), n. 787 ; ég. MOOSER (nbp. 1), n. 686 ; ATF 90 II 34 consid. 3, où la nullité totale est retenue.

a une attitude contradictoire, en particulier si elle est elle-même à l'origine du vice de forme ou si elle a exécuté le contrat vicié en toute connaissance de cause. Le Tribunal fédéral ne tolère pas non plus qu'une règle de forme soit invoquée pour protéger des intérêts ne correspondant pas au but pour lesquels elle a été adoptée<sup>104</sup>.

Le Tribunal fédéral considère qu'il faut examiner s'il y a abus de droit « d'après l'ensemble des circonstances du cas particulier », sans se lier à des règles rigides<sup>105</sup>. Certains types de situations peuvent toutefois être identifiés<sup>106</sup>.

- *Lorsque les parties ont conclu un contrat affecté d'un vice de forme en toute connaissance de cause et ont volontairement exécuté ce contrat*, la partie qui invoque le vice de forme est présumée abuser de son droit. Le cas d'application le plus fréquent est celui dans lequel les parties se mettent d'accord pour indiquer dans le contrat de vente immobilière un prix inférieur à celui qu'elles ont convenu oralement (vente avec dessous de table), ceci leur permettant de diminuer le montant des impôts sur les gains immobiliers, les droits de mutation ou encore les frais du notaire, de courtage et du Registre foncier à payer. En soi, le contrat conclu en la forme authentique, mentionnant un prix qui ne correspond pas à la volonté des parties, est inexistant parce que simulé (art. 18 CO) et le contrat (oral), prévu pour le prix dissimulé effectivement voulu par les parties, est nul puisqu'il ne revêt pas la forme requise<sup>107</sup>. Toutefois, même si les deux contrats sont nuls, la partie qui invoquerait le vice de forme après avoir sciemment caché une partie du prix de vente à l'officier public commettrait un abus de droit, au vu de son attitude contradictoire.

---

<sup>104</sup> ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II, p. 401 ; ATF 112 II 330 consid. 3b, JdT 1987 I, p. 70 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 5.3 et 5.4.1, SJ 2019 I, p. 193.

<sup>105</sup> ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II, p. 401 ; ATF 116 II 700 consid. 3b, JdT 1991 I, p. 643 ; ATF 112 II 107 consid. 3b, JdT 1986 I, p. 587 ; ATF 104 II 99 consid. 3c, JdT 1979 I, p. 16.

<sup>106</sup> Voir STEINAUER, Titre préliminaire (nbp. 4), n. 593 ss ; TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 750 ss ; CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 19 ; MOOSER (nbp. 1), n. 690 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 351 ss et n. 428 ss Pour des solutions divergeant de celles retenues par le Tribunal fédéral, voir KOLLER (nbp. 9), n. 29 ss.

<sup>107</sup> ATF 104 II 99 consid. 2a, JdT 1979 I, p. 16 ; ATF 94 II 270 consid. 1, JdT 1969 I, p. 654 ; STEINAUER (nbp. 4), n. 594 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 974 ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 64 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 350 et 397 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 37.

- Lorsque les parties n'ont pas encore exécuté leurs prestations, elles peuvent en principe invoquer le vice de forme sans commettre d'abus de droit. Admettre le contraire reviendrait à déduire du principe de la bonne foi une action en exécution d'un contrat invalide, ce qui n'est pas acceptable<sup>108</sup>.
- Lorsque le contrat a été exécuté mais que l'une des parties n'était pas au courant du vice de forme et a fourni sa prestation par erreur, elle peut invoquer la nullité du contrat sans commettre un abus de droit, à moins qu'elle ait dû se rendre compte du vice ou qu'elle ait tardé à l'invoquer<sup>109</sup>. La partie qui a induit son cocontractant en erreur et a dolosivement provoqué le vice est de toute évidence privée de la possibilité d'invoquer celui-ci.
- Lorsque le contrat a été exécuté pour l'essentiel, la partie qui a exécuté sa prestation en connaissance du vice, c'est-à-dire volontairement et sans erreur (ou qui a sciemment profité pendant longtemps de la prestation faite par son cocontractant), ne peut se prévaloir du vice de forme sans violer le principe de la bonne foi<sup>110</sup>. Le juge apprécie selon les circonstances concrètes du cas soumis à sa juridiction si le contrat doit être considéré avoir été exécuté pour l'essentiel<sup>111</sup>.
- Lorsque l'exigence de forme résulte d'une convention (art. 16 CO) et n'est pas imposée par le droit fédéral, l'inobservation de la forme s'apprécie différemment. Si les parties exécutent leur contrat sans observer les prescriptions de forme auxquelles elles ont elles-mêmes soumis leur convention, on considère qu'elles ont renoncé à l'exigence initialement posée. Il ne s'agit pas d'un cas d'abus de droit.

---

<sup>108</sup> ATF 116 II 700 consid. 3b, JdT 1991 I, p. 643 ; ATF 112 II 107 consid. 3, JdT 1986 I, p. 587 ; ATF 104 II 99 consid. 3d, JdT 1979 I, p. 16 ; plus nuancé Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 5.2.3., SJ 2019 I, p. 193, où le Tribunal fédéral reconnaît que l'abus de droit peut être admis selon les circonstances du cas concret.

<sup>109</sup> ATF 138 III 140 consid. 2.3.1, JdT 2015 II, p. 267 ; ATF 112 II 330 consid. 2b, JdT 1987 I, p. 70.

<sup>110</sup> ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II, p. 401 ; ATF 138 III 140 consid. 2.3.1, JdT 2015 II, p. 267 ; ATF 116 II 700 consid. 3b, JdT 1991 I, p. 643 ; ATF 112 II 330 consid. 2b, JdT 1987 I, p. 70 ; ATF 112 II 107 consid. 3, JdT 1986 I, p. 587 ; ATF 104 II 99 consid. 3c s, JdT 1979 I, p. 16 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_29/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 consid. 3a s, SJ 2000 I, p. 533.

<sup>111</sup> Pour des cas d'application, voir ATF 140 III 200 consid. 4.2, JdT 2014 II, p. 401 (précontrat) ; ATF 112 II 107 consid. 3bc, JdT 1986 I, p. 587 (travaux d'équipement réalisés dans le cadre d'une promesse de cession de terrains) ; ATF 104 II 99 consid. 4, JdT 1979 I, p. 16 (transfert de propriété exécuté et prix payé à l'exception d'un dessous de table).

En résumé, il convient d'admettre qu'en effectuant librement et en toute connaissance de cause les prestations prévues dans le contrat, les parties traduisent leur volonté effective de s'engager. Partant, *l'exécution du contrat permet de guérir le vice de forme*<sup>112</sup>. Cette conception peut être suivie par les auteurs qui considèrent que le non-respect de la forme authentique est sanctionné par une nullité relative (lorsque la partie compétente renonce à invoquer la nullité de l'acte et exécute sa prestation, chiff. 6.2.) et également par les partisans de la nullité absolue (dans les cas d'abus de droit, lorsqu'une partie n'est pas légitimée à invoquer la nullité d'un acte qu'elle a déjà sciemment exécuté pour l'essentiel ; chiff. 6.4.).

Si le vice de forme est guéri et le contrat maintenu, les prestations déjà exécutées ne peuvent être restituées. De plus, l'exécution des prestations qui n'ont pas encore été fournies peut être exigée malgré le vice de forme dont est entaché l'accord des parties<sup>113</sup>. Ainsi, dans le cas où le vendeur transfère la propriété et la possession de l'immeuble mais que l'acheteur ne s'acquitte que d'une partie du prix de vente, il convient d'admettre l'action en exécution intentée par le vendeur tendant au paiement du solde du prix. Cette situation semble difficilement admissible dans le cadre d'une vente simulée. Il semble qu'il faille toutefois accepter que l'interdiction de l'abus de droit permette au vendeur d'exiger le paiement du dessous de table, bien que cette solution heurte le sentiment d'équité<sup>114</sup>.

Dans le cadre de la vente immobilière, la question de la guérison du vice par le recours à l'interdiction de l'abus de droit est délicate dans la mesure où la prescription de forme des art. 216 al. 1 CO et art. 657 al. 1 CC ne sert pas uniquement à protéger les parties

---

<sup>112</sup> TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 751 et n. 757 ss ; BSK STREBEL, art. 657 CC n. 63 ; BK GIGER, art. 216 CO n. 351 et n. 430 s ; KOLLER (nbp. 9), n. 53 ; SCHMID (nbp. 4), n. 780 s et n. 728 ss.

<sup>113</sup> ATF 112 II 107 consid. 3c, JdT 1986 I, p. 587 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 4A\_573/2016 du 19 septembre 2017 consid. 5.2.1, SJ 2019 I, p. 193 ; STEINAUER (nbp. 4), n. 597 ; TERCIER/BIERI/CARRON (nbp. 3), n. 986 ; KOLLER (nbp. 9), n. 35 ss.

<sup>114</sup> Dans ce sens, BK GIGER, art. 216 CO n. 351 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (nbp. 25), n. 567. *Contra* : BSK STREBEL, art. 657 CC n. 64. Voir toutefois Arrêt du Tribunal Fédéral 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 consid. 3b s, SJ 2000 I, p. 533, où le Tribunal fédéral fonde, à tort selon nous, le droit à exiger le solde du prix de vente sur la base de la responsabilité sur la confiance et laisse ouverte la question de savoir si l'on pourrait arriver au même résultat en faisant valoir une prétention en exécution.

mais assure également l'intérêt public à la bonne tenue des registres (chiff. 2.3.). Il convient de distinguer si le transfert immobilier a déjà été inscrit au Registre foncier ou si tel n'est pas le cas.

- *Si le transfert immobilier a déjà été inscrit au Registre foncier sur la base d'un contrat qui ne respecte pas les exigences de forme, la question de savoir si l'interdiction de l'abus de droit permet de donner une cause valable au transfert de la propriété est controversée en doctrine. L'enjeu est de savoir si l'inscription est valable et si l'acquéreur est devenu propriétaire de l'immeuble. Certains auteurs estiment que la protection de l'acheteur n'est que formelle, celui-ci ne devenant pas propriétaire de l'immeuble<sup>115</sup>. De notre point de vue, il convient d'accepter que l'acheteur acquiert la propriété de l'immeuble même si l'inscription a été opérée sur la base d'un contrat dont certaines clauses ne respectent pas les exigences de forme<sup>116</sup>. En effet, en admettant que l'interdiction de l'abus de droit entraîne le maintien du contrat, la cause de l'inscription est valable et le transfert de propriété est opéré. Dans ce contexte, il convient en outre de rappeler le rôle du conservateur du Registre foncier. Celui-ci a l'obligation, avant de procéder à une inscription, de s'assurer que l'acte de disposition est valable (art. 965 al. 1 et al. 3 CC). Cela devrait être suffisant pour éviter qu'un contrat entaché d'un vice de forme crasse (par exemple, un contrat revêtant la forme écrite ou orale) ne puisse être le fondement d'une inscription au Registre foncier.*
- *Si l'abus de droit est invoqué avant que le transfert immobilier n'ait été inscrit au Registre foncier, l'invocation du vice par l'une des parties ne devrait pas constituer un abus de droit. En effet, l'obligation principale du vendeur étant de transférer la*

---

<sup>115</sup> KOLLER (nbp. 9), n. 19, n. 39 ss et n. 52 s, qui indique que le vice de forme n'est pas éliminé car le contrat n'a jamais pu remplir sa tâche principale qui est de générer des droits à l'exécution et que, partant, l'exécution ne constitue pas une cause suffisante ; BK GIGER, art. 216 CO n. 420 s, qui considère que le contrat reste nul sur le plan des droits réels, ce qui résulte en une absence de causalité ; le vendeur reste propriétaire mais ne peut demander la rectification du registre ; SCHMID (nbp. 4), n. 678 et n. 780 ss, selon lequel l'abus de droit ne fonde pas un droit à l'exécution mais empêche la restitution des prestations ; CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 16. Sur les différentes controverses, voir BK GIGER, art. 216 CO n. 444 ss. Voir ég. ATF 68 II 229 consid. 3, JdT 1943 I, p. 70.

<sup>116</sup> Dans ce sens, TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 757 ss ; BK GIGER, art. 216 CO n. 351 ; BSK SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 11 CO n. 20 ; MERZ (nbp. 100), n. 436.

propriété à l'acheteur, le juge retiendra sans doute rarement que le contrat a été exécuté pour l'essentiel si l'inscription n'a pas encore eu lieu. Partant, l'action en nullité pourra être intentée sans que l'interdiction de l'abus de droit ne lui fasse échec. Néanmoins, si le juge retient que le refus du vendeur de transférer la propriété est constitutif d'un abus de droit, l'acheteur pourra requérir l'inscription sur la base du jugement (art. 665 al. 2 CC)<sup>117</sup>. Il deviendra ainsi propriétaire de l'immeuble. On peut citer un arrêt de 1986 dans lequel le Tribunal fédéral a retenu que l'accord avait été exécuté pour l'essentiel bien que le transfert de la propriété n'ait pas encore eu lieu : dans cet arrêt, les parties avaient toutefois déjà entièrement exécuté un autre accord portant sur l'équipement des terrains avant leur cession<sup>118</sup>.

## 7. Conclusion

L'exigence de forme authentique qui s'impose aux transferts immobiliers est à l'origine de nombreuses controverses. Ces incertitudes sont contraires au principe de la sécurité juridique.

D'abord, les clauses contractuelles dont la validité est soumise au respect de la forme authentique ne sont pas clairement définies. Le législateur s'est soustrait à la tâche de fixer précisément les éléments devant figurer dans l'acte authentique. Ce sont donc les tribunaux et les auteurs doctrinaux qui ont dû déterminer des critères au gré des cas soumis à leur juridiction et à leur appréciation. S'il semble désormais unanimement admis que les éléments objectivement essentiels (qui forment le noyau du contrat) ainsi que les éléments subjectivement essentiels (qui sont déterminants aux yeux des parties pour la conclusion du contrat et qui entrent dans le cadre naturel du contrat) doivent revêtir la forme authentique, les controverses restent nombreuses (chiff. 3.).

Ensuite, les sanctions en cas de non-respect de la forme authentique ne sont pas clairement établies. Jurisprudence et doctrine s'opposent sur la question de savoir si la nullité

---

<sup>117</sup> Voir BK GIGER, art. 216 CO n. 447 ss ; KOLLER (nbp. 9), n. 37 ; ég. TERCIER/PICHONNAZ (nbp. 25), n. 757 ss, qui semblent tolérer que l'exécution d'un contrat vicié puisse permettre une inscription au Registre foncier sur la base du contrat écrit mais qui émettent tout de même une réserve dans les cas où la forme vise des intérêts plus importants tels que la tenue des registres.

<sup>118</sup> ATF 112 II 107 consid. 3, JdT 1986 I, p. 587.

de l'acte doit être relevée d'office ou si les parties restent libres de l'invoquer. Certains auteurs tolèrent que ces dernières poursuivent l'exécution de leur contrat malgré le vice dont il est entaché. De notre point de vue, seule une nullité absolue permet de respecter les prescriptions de forme imposées par le législateur (chiff. 6.2.). Si la doctrine semble admettre qu'en cas de nullité du contrat, une partie de ses clauses soit préservée par une application de l'art. 20 al. 2 CO, la nullité partielle ne s'appliquera selon nous que rarement dans le domaine des transferts immobiliers (chiff. 6.3).

Enfin, les avis doctrinaux divergent, s'agissant de la possibilité pour les parties de requérir l'exécution du solde des prestations en cas de contrat vicié. Le principe selon lequel l'exécution du contrat guérit le vice de forme semble majoritairement admis. Toutefois, certains auteurs sont d'avis que la protection conférée aux parties n'est que formelle, alors que d'autres estiment que l'exécution permet véritablement de redonner une cause valable au transfert de propriété. La seconde conception nous semble plus satisfaisante (chiff. 6.4.).

Ce manque de clarté quant aux conséquences engendrées par un vice de forme est contraire au principe de la sécurité juridique. En effet, des prescriptions de forme ne peuvent poursuivre les finalités pour lesquelles elles ont été adoptées que si leur violation entraîne des sanctions efficaces.

Pour définir la portée de l'exigence de forme, il s'agit de tenir compte des buts poursuivis par cette règle d'une part et de respecter le principe de la liberté contractuelle d'autre part. La mise en œuvre du principe de la *favor negotii* serait considérablement entravée par des prescriptions de forme trop contraignantes. Entre respecter la volonté des parties et protéger ces dernières contre des engagements irréflechis ou assurer la fiabilité des registres auxquels elles se réfèrent, le bon équilibre semble délicat à trouver.

Ces questions ne sont pas sans importance : la validité des transferts immobiliers en dépend. La portée de la forme authentique a en outre une influence considérable sur les notaires. Ces derniers ont un devoir d'information à l'égard des parties. Ils doivent également veiller à établir des actes qui respectent toutes les exigences imposées par le droit fédéral et cantonal. Les conservateurs du Registre foncier sont également concernés dans la mesure où ils sont les garants de la bonne tenue des registres. Pour

instrumenter un acte authentique ou pour contrôler sa validité, il est essentiel de connaître précisément les exigences qu'il doit remplir.

En réponse aux nombreuses incertitudes qui entourent la question de la portée de la forme authentique, nombre d'auteurs doctrinaux conseillent aux officiers publics d'intégrer « le plus d'éléments possible » à l'acte authentique<sup>119</sup>. Il convient en effet d'éviter qu'un acte ne soit frappé de nullité parce que tous les éléments essentiels ne revêtent pas la forme authentique. Nous ne saurions toutefois soumettre un nombre trop important de clauses à l'exigence de la forme authentique, au risque de compliquer considérablement la procédure d'instrumentation et de rendre la charge de travail de l'officier public disproportionnée<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> BRÜCKNER (nbp. 40), n. 2532 ss ; CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216 CO n. 14 ; CR XOUDIS, art. 11 CO n. 29 s ; MOOSER (nbp. 1), n. 524.

<sup>120</sup> Je remercie Madame Margaux Schroeter, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, de ses recherches préparatoires et de l'aide qu'elle m'a apportée lors de la mise au point de cette contribution.