



Le droit européen des contrats et le secteur de l'immobilier

LE 3 MAI 2011, la Commission européenne a publié son étude de faisabilité pour un futur instrument en droit européen des contrats. Cette étude s'analyse en réalité comme un véritable avant-projet d'instrument optionnel en droit européen des contrats et elle a, à ce titre, pour l'essentiel, été intégrée par la Commission dans sa proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente, publiée le 11 octobre 2011. Or l'influence de l'harmonisation européenne du droit des contrats sur le secteur de l'immobilier (et notamment de la construction) demeure largement méconnue. La présente contribution procède à l'analyse des avantages et des difficultés du principe même d'un rapprochement des règles nationales relatives au droit des contrats, au regard des spécificités du secteur immobilier. Elle examine également plusieurs difficultés liées à l'application indirecte, mais certaine de l'étude de faisabilité à certains contrats de ce secteur.

Introduction¹

Dans son Livre vert du 1^{er} juillet 2010 « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »², la Commission européenne identifiait sept actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats et lançait une consultation publique au sujet de ces différentes actions.

Ce Livre vert constitue le prolongement de différentes initiatives adoptées au sein de l'Union européenne depuis le début des années 2000 dans le domaine du droit européen des contrats. En effet, suite à sa communication de 2001 sur le « Droit européen des contrats »³, la Commission

européenne avait ouvert une consultation publique sur la manière dont les problèmes résultant des divergences entre les droits nationaux des contrats dans l'Union européenne devraient être traités à l'échelon européen. Sur la base des réponses reçues, la Commission avait publié, en 2003, un plan d'action en matière de droit des contrats⁴. Ce plan d'action suggérait notamment d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats, de promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles standard sur une base communautaire, et d'examiner plus avant si les problèmes que pose le droit européen des contrats sont susceptibles de requérir des solutions qui ne soient pas spécifiquement sectorielles, par exemple un « instrument optionnel » dans le domaine du droit des contrats. Afin d'améliorer la qualité et la cohérence du droit européen des contrats, la Commission suggérait d'établir un « cadre commun de référence » (C.C.R.), contenant des principes, une terminologie et des règles communs qui seraient appliqués par le législateur de l'Union lors de l'adoption ou de la modification de textes législatifs⁵.

Parallèlement aux initiatives des institutions européennes, plusieurs groupes de chercheurs ont mené des projets de recherche sur le droit européen des contrats. Ces travaux ont notamment mené à la publication, en 2008, d'un projet académique de cadre commun de référence (Draft Common Frame of Reference ou DCFR) comprenant des principes, des définitions et des règles types de droit civil, notamment en matière de droit des contrats (principes généraux, contrats spéciaux et droit de la consommation) et de la responsabilité délictuelle⁶.

première lecture, avec amendements, par le Conseil le 10 octobre 2011. Voy. entre autres à ce sujet les actes d'un *Workshop* tenu à Louvain le 16 octobre 2009, publiés dans *D.C.C.R.*, 2009, n^{os} 84-85.

(6) C. Von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke (éd.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009. Ce cadre commun de référence est inspiré de plusieurs projets de recherche antérieurs en droit des contrats. En particulier, il s'appuie sur les « Principes du droit européen des contrats » (P.D.E.C.), publiés dès 2000 par un groupe de chercheurs sous la direction de O. Lando (O. Lando et H. Beale (éd.), *Principles of European Contract Law - Parts I and II*, 2^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm et R. Zimmermann, *Principles of European Contract Law - Part III*, La Haye, Kluwer Law International, 2003). Certains principes du cadre commun de référence ont également été inspirés des principes et règles types préparés par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée (Association Henri Capitant, Société de législation comparée, *Terminologie contractuelle commune*, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008; Association Henri Capitant, Société de législation comparée, *Principes contractuels communs*, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008). Les rédacteurs du cadre commun de référence ont aussi bénéficié des travaux du « Groupe sur l'acquis communautaire » (ou « Acquis Group »), qui avait publié en 2007 une analyse comparative sur la manière dont huit directives européennes relatives à la protection du con-

(1) Les auteurs sont membres du « Pôle immobilier » du réseau Trans Europe Experts (www.transeuropeexperts.eu), dirigé par H. Périnet-Marquet. La présente contribution constitue une version remaniée des réponses du pôle immobilier, d'une part, à la consultation ouverte par le Livre vert de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2010, d'autre part, à la consultation ouverte à la suite de la publication, le 3 mai 2011, de l'étude de faisabilité sur le droit européen des contrats. Voy. également H. Périnet-Marquet, B. Kohl, B. Mallet-Bricout et J. Sénéchal, « Le secteur immobilier face au développement du droit européen des contrats (Position du pôle immobilier de Trans Europe Expert sur le Livre vert du 1^{er} juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats) », in M. Behar-Touchais et M. Chagny (dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats - Réponses du réseau Trans Europe Experts*, coll. TEE, vol. 1, Paris, éd. Société de législation comparée, 2011, pp. 214 et s.

(2) COM (2010) 348/1.

(3) Communication du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats (*J.O.* C 255/1 du 13 septembre 2001). Cette communication répondait à un appel lancé en ce sens en 1989 par le Parlement européen (résolution A2-157/89, *J.O.* C 158/400 du 26 juin 1989).

(4) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action (*J.O.* C 63/1 du 15 mars 2003).

(5) La Commission suggérait aussi de revoir l'acquis de l'Union en matière de droit des contrats de consommation, afin d'en supprimer les incohérences et de combler les vides juridiques. Cette révision a abouti au dépôt par la Commission, le 8 octobre 2008, d'une proposition de directive relative aux droits des consommateurs (COM (2008) 614/). Le projet de directive a été approuvé en

À la suite de la publication du DCFR, la Commission a constitué un groupe d'experts « (...) chargé d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats, facile à consulter, pouvant bénéficier aux consommateurs et aux entreprises tout en leur apportant la sécurité juridique escomptée »⁷. Elle a, dans la foulée, publié son Livre vert du 1^{er} juillet 2010 précité. Ce Livre vert identifie sept options pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats : (1) la seule publication des résultats du groupe d'expert chargé par la Commission d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats; (2) une boîte à outils « officielle » à l'intention du législateur européen; (3) une recommandation adressée par la Commission aux États membres; (4) un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats; (5) une directive relative au droit européen des contrats (harmonisation *a minima*); (6) un règlement obligatoire de droit européen des contrats; et (7) un Code civil européen.

Le groupe d'experts a publié les résultats de ses travaux le 3 mai 2011. Ceux-ci prennent la forme d'une « Étude de faisabilité » (*Feasibility Study*)⁸ qui s'analyse en réalité comme un véritable avant-projet d'instrument optionnel (option 4 du Livre vert du 1^{er} juillet 2010 précité)⁹. En effet, bien que cette étude de faisabilité ne prenne pas clairement position quant à la méthode d'harmonisation préconisée, la faveur de plusieurs institutions européennes envers l'option 4 s'est déjà manifestée à plusieurs reprises. Ainsi, dans un avis rendu le 19 janvier 2011, le Comité économique et social européen recommandait de retenir une « option mixte » sous la forme : « (i) d'une « boîte à outils » ayant vocation à être un cadre commun de référence, proposé aux parties à l'élaboration de contrats transnationaux, allant de pair avec (ii) un régime réglementaire optionnel qui établisse les bases plus favorables pour les parties, au moyen d'un « nouveau régime optionnel avancé » auquel elles peuvent avoir recours dans le cadre de relations contractuelles transnationales en lieu et place des dispositions nationales, pour autant que soit la « boîte à outils » soit le règlement soient disponibles dans toutes les langues officielles de l'U.E. et garantissent aux citoyens et aux entreprises la sécurité juridique sur la base des formules de protection les plus avancées »¹⁰. Ensuite, dans un exposé donné le 3 juin 2011, la vice-présidente de la

Commission européenne, V. Reding, chargé de la justice, a manifesté son intention de présenter dès l'automne 2011 au Parlement européen un projet de règlement européen contenant un instrument optionnel en droit des contrats¹¹. Enfin, la Commission européenne a d'ores et déjà reçu un large soutien du Parlement européen, qui, à une confortable majorité, s'est prononcé le 8 juin 2011 en faveur du principe d'un instrument optionnel en droit européen des contrats¹².

* * *

Depuis une vingtaine d'années, l'harmonisation européenne du droit des contrats constitue le sujet de très nombreuses recherches, et notamment de plusieurs thèses de doctorat. Du reste, le droit européen des contrats est désormais enseigné comme tel dans de nombreuses facultés de droit à travers l'Europe, où il figure parfois de manière obligatoire au programme de formation des étudiants.

En revanche, l'influence de l'harmonisation européenne du droit des contrats sur le secteur de l'immobilier (et notamment de la construction) demeure largement méconnue¹³. Aussi propose-

tion, dans la présente contribution, de procéder à l'analyse des avantages et des difficultés du principe même d'un rapprochement des règles nationales relatives au droit des contrats, au regard des spécificités du secteur immobilier (I). Dans un second temps (II), les sept méthodes d'harmonisation identifiées par la Commission européenne dans son Livre vert du 1^{er} juillet 2010 seront examinées sous ce même angle. À cet égard, dans la mesure où l'option n° 4 (c'est-à-dire le recours à un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats) est désormais manifestement privilégiée, cette dernière fera l'objet d'une analyse plus approfondie que les six autres.

* * *

Depuis la remise de la présente contribution à l'éditeur, la Commission européenne a publié, le 11 octobre 2011, sa « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente »¹⁴.

Selon les explications fournies par la Commission européenne¹⁵, les modifications apportées à l'étude de faisabilité du 3 mai 2011 concernant essentiellement la facilité d'utilisation et de consultation de l'instrument, l'équilibre entre les intérêts respectifs des professionnels, et des consommateurs ainsi que la sécurité juridique. L'instrument optionnel finalement publié inclut par ailleurs les contenus numériques dans son champ d'application.

En d'autres termes, les observations formulées par la présente contribution à propos de l'étude de faisabilité du 3 mai 2011 conservent toute leur actualité au regard de la proposition de règlement du 11 octobre 2011 qui, pour l'essentiel, en constitue la reproduction.

1

Avantages et difficultés du principe d'un rapprochement des droits nationaux dans le secteur de l'immobilier

A. — Les avantages

Pour les acteurs économiques de l'immobilier, l'intérêt d'une action de l'Union européenne est celui d'un rapprochement des droits nationaux ou de la création d'un système commun coexistant avec ou se substituant aux droits nationaux. De ce fait, les options 2 et 3 du Livre vert du 1^{er} juillet 2010 (c'est-à-dire l'élaboration d'une « boîte à outils » à destination des législateurs européens et nationaux) ne présentent, dans l'immédiat, qu'un moindre intérêt pour les acteurs économiques même si elles peuvent constituer une première étape utile dans la construction d'un droit européen des contrats dans le

sommateur en droit des contrats étaient appliquées dans les États membres (Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) - Contract I (Precontractual Obligations, Conclusion of the Contract, Unfair Terms)*, Munich, Sellier, 2007).

(7) Livre vert du 1^{er} juillet 2010, p. 4. Voy. également la communication de la Commission européenne du 19 mai 2010 : « Une stratégie numérique pour l'Europe » (COM (2010) 245). Le groupe réunit un ensemble d'experts représentant les différentes traditions juridiques de l'Union et les intérêts des parties concernées. Ses membres ont été choisis parmi les spécialistes reconnus du droit civil, notamment du droit des contrats.

(8) Commission européenne, « Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law » (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

(9) Cette étude de faisabilité s'accompagne d'une note explicative et de plusieurs questions posées par la Commission européenne sur le contenu de celle-ci.

(10) Comité économique et social, « Avis sur le Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », 19 janvier 2011, n° INT/524-CESE 60-2011.

(11) Voy. V. Reding, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », *Speech/11/411, Key-note speech given by Commissioner Reding at the Conference 'Towards a European Contract Law'*, Louvain, 3 juin 2011, p. 9 (l'exposé est disponible sur le site europa.eu (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)).

(12) Parlement européen, « Résolution relative aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », Ref. INI/2011/2013. Le Parlement : « (...) (6) estime que seule l'utilisation de la forme juridique du règlement peut garantir la clarté et la sécurité juridique nécessaire; (7) souligne que, de par son application directe, un règlement mettant en place un instrument facultatif de droit européen des contrats améliorerait le fonctionnement du marché intérieur tout en présentant des avantages pour les entreprises (réduction des coûts, le recours à des règles de conflit de lois n'étant plus nécessaire), pour les consommateurs (sécurité juridique, confiance, degré élevé de protection des consommateurs) et pour les systèmes judiciaires des États membres (il ne serait plus nécessaire d'étudier le droit des autres pays) (...) ».

(13) Voy. toutefois, en droit de la construction : C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law - Defects liability : a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, coll. Schoordijk Instituut - Center for Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998; B. Kohl, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe - Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, préf. H. Périnet-Marquet, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2008; J. Sénéchal, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux - Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préf. M. Defosse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 259-306 et pp. 417-421; H. Beale, « Harmonisation of Construction Law and Practice - Part II : European Principles of Contract Law and Construction Contracts », *I.C.L.R.*, 1998, pp. 85 et s.; J. Heller, « Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la CEE et les perspectives d'harmonisation - Les systèmes français et étrangers "Assurance-Construction" et les perspectives communautaires », *R.D.I.*, 1990, pp. 50 et s.; C.E.C. Jansen, « Unification of liabilities in the European Construction Industry », *I.C.L.R.*, 1995, pp. 440 et s.; C.E.C. Jansen, « The Case for the European Lex Constructionis », *I.C.L.R.*, 2000, pp. 598 et s.; D.D.W. Helps, « Harmonisation of Construction Law and Practice - Part I. The Current Position », *I.C.L.R.*, 1997, pp. 525 et s.; B. Kohl, « European Construction Law and the Draft Common Frame of Reference : Selected Topics », *R.E.D.P./E.P.L.R.*, 2009, p. 675 et s.; B. Kohl, « Des opérations transfrontalières de construction à la construction européenne - Exposé de synthèse », in B. Tilleman et J. Sénéchal (éd.), *Les opérations transfrontalières de construction*, coll. Contrats et patrimoine, n° 5, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 263 et s.; H. Périnet-Marquet, « La responsabilité des constructeurs en droit communautaire : enjeux et débats », *R.D.I.*, 1992, pp. 457 et s.; Périnet-Marquet, « Les responsabilités des constructeurs et les assurances

construction dans les pays de la C.E.E. et les perspectives d'harmonisation », *R.D.I.*, 1990, pp. 39 et s.; V. Van Houtte, « The Impact of Europe upon the Construction Industry », *I.C.L.R.*, 1991, pp. 209 et s.

(14) COM (2011) 635 final.

(15) Voy. la « Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontalières sur le marché unique », COM (2011) 636 final, p. 7.

secteur immobilier. En revanche, *a priori*, un instrument d'harmonisation des droits nationaux pourrait, en égalisant les conditions de la concurrence, permettre une meilleure ouverture des marchés de la construction et de l'immobilier dans l'Union européenne, ce qui est souhaitable. Mais on peut remarquer, d'une part, quant à la réalité du marché considéré, que de nombreuses entreprises de construction ont d'ores et déjà créé des filiales dans les différents pays de l'Union et se sont donc déjà adaptées à la diversité des droits applicables. D'autre part, pour certains contrats de droit immobilier, la grande majorité de ces opérations n'implique que des ressortissants d'un même État membre, sauf au sein des zones frontalières.

Pour les consommateurs, à l'image de ce qui a pu être constaté à la suite de l'harmonisation opérée pour les contrats portant sur la fourniture de biens mobiliers et de services, le rapprochement des législations en matière de contrats portant sur des biens immobiliers, en ce qu'il toucherait les consommateurs, permettrait de renforcer la confiance de ces derniers et simplifierait les transactions transnationales.

Enfin, pour l'Union européenne, la progression de l'idéal européen ne peut sans doute se passer d'avancées législatives dans le domaine du droit des contrats, socle des transactions commerciales. L'action de l'Union européenne gagnerait toutefois à prendre le temps de la réflexion au regard des spécificités, dans chacun des États membres, du secteur particulier de la construction. Il paraît en outre difficile d'envisager une harmonisation du droit général des contrats sans voir son impact sur les contrats spéciaux; de surcroît, la visibilité de l'action s'exprimerait essentiellement au travers des contrats spéciaux, plus qu'au travers de la théorie générale des contrats.

B. — Les difficultés

1. — L'absence d'acquis commun dans le domaine immobilier

La principale difficulté réside dans l'observation fondamentale qu'il n'existe pas d'acquis commun aux différents États membres dans le domaine considéré, ni d'ailleurs de réflexion suffisante des autorités européennes en la matière. En effet, si un certain nombre d'études et de rapports ont été réalisés par la Commission ou le milieu académique¹⁶, ceux-ci ont démontré la difficulté de l'exercice d'harmonisation dans le secteur de l'immobilier. Ce secteur est un secteur particulièrement important de l'économie européenne et

(16) Voy. spécialement C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law - Defects liability : a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, coll. Schoordijk Instituut - Center for Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998; B. Kohl, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe - Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, préf. H. Périnet-Marquet, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2008; voy. également le rapport rédigé en 2010 à la suite de l'étude « Elios » commandée par la Commission européenne (Elios, *Liability and Insurance Regimes in the Construction Sector : National Schemes and Guidelines to Stimulate Innovation and Sustainability*, Paris, 2010 (www.elios-ec.eu)). Voy. également l'étude effectuée en 1989 par C. Mathurin, également à la demande de la Commission européenne (C. Mathurin, *Étude des responsabilités, des garanties et des assurances dans la construction en vue d'une harmonisation au niveau communautaire - Rapport final*, Bruxelles, éd. Commissions des Communautés européennes, III/8326/89-FR, 1989).

de celle de chaque État membre, où se sont développées des politiques particulières bien différentes dans chaque État membre (réglementation des professions¹⁷, aides au logement, incidence du régime de la propriété et des droits réels...).

Le constat s'opère aisément à l'analyse du projet académique de cadre commun de référence (DCFR), publié en 2008¹⁸ : un regard rapide sur les parties A et C du livre IV du projet, consacrées aux contrats de vente (partie A) et de services (partie C), pourrait donner l'impression, fautive, d'une grande proximité, sur certains points entre les dispositions du projet académique de Cadre commun et celles de certains droits nationaux. Or, s'agissant du droit immobilier, rien n'en est moins sûr, ainsi que le démontrent les quelques exemples ci-dessous, tirés du droit français.

2. — Illustrations au regard du Draft Common Frame of Reference

a) Le contrat de vente d'immeuble confronté au DCFR

La partie A du livre IV du DCFR, consacrée au contrat de vente, exclut par principe de son champ d'application la vente portant sur des terrains, des bâtiments ou d'autres biens immobiliers (article IV.A-1:101(3)¹⁹). Les contrats de vente visent essentiellement la vente (et l'échange) de « marchandises », terme entendu dans un sens large incluant plus généralement les meubles corporels et incorporels. Néanmoins, si l'on admet l'idée selon laquelle il pourrait être utile, dans l'avenir, de fixer une réglementation optionnelle pour le contrat de vente d'immeuble, quel serait alors le contenu de cette réglementation? À défaut de projet académique proposant une réglementation de la vente immobilière, le livre IV.A du DCFR pourrait servir de base à une telle réflexion. Or, de ce point de vue également, une lecture superficielle des dispositions relatives au contrat de vente pourrait donner l'illusion d'une proximité avec le droit français. Des obstacles considérables peuvent cependant être identifiés.

Ainsi, si les obligations de l'acheteur (articles IV.A-3:101 et suivants) ne posent pas de difficultés particulières au regard du droit positif français, en revanche, les obligations du vendeur incluent le transfert de propriété. Celui-ci est donc envisagé dans le DCFR comme une « obligation » à la charge du vendeur

(17) Pour ne prendre qu'un exemple, la profession d'architecte est très loin de présenter un visage unique à travers l'Europe. Plus spécialement, deux composantes importantes liées à l'exercice de cette activité, à savoir, d'une part son monopole, d'autre part, son indépendance, ont emprunté des voies séparées dans les différents pays; il suffit pour cela de constater les profondes divergences traversant cette profession. Celles-ci se marquent, entre autres, à propos de la nature des relations liant le maître de l'ouvrage à son architecte, à propos du monopole dont dispose cette profession et à propos de l'indépendance entre celle-ci et la profession d'entrepreneur de travaux (voy. sur cette question B. Kohl, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe - Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, préf. H. Périnet-Marquet, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2008, pp. 535-544, n° 199; S. Van Gulijk, *European Architect Law - Towards a New Design*, Anvers, Maklu, 2009, pp. 30-43).

(18) C. Von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke (éd.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009.

(19) Article IV.A-1:101(3) : « It does not apply to contracts for the sale or barter of immovable property or rights in immovable property ».

(article IV.A-2:101²⁰), non comme un effet immédiat de la vente, ce qui contrarie le principe du transfert de propriété *solo consensu* applicable en droit positif français. De même, le transfert des risques n'est pas lié au transfert de propriété, mais a lieu au moment où l'acheteur « retire les marchandises ou les documents représentant celle-ci » (article IV.A-5:102²¹). En outre, dans le DCFR, les concepts de garantie de conformité et de vice caché sont réunis en un seul concept de « conformité ». Si cette présentation était maintenue dans un instrument optionnel applicable à la vente immobilière, cela entraînerait un changement de perspectives en ce qui concerne notre gestion en droit interne des vices et défauts pouvant affecter l'immeuble vendu. Notamment, le DCFR prévoit que le défaut de conformité doit exister au moment du transfert des risques à l'acheteur, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement (article IV.A-2:308²²). Par ailleurs, la question de l'opposabilité du contrat de vente aux tiers n'est pas clairement envisagée par le DCFR alors qu'elle est bien sûr essentielle en matière immobilière. L'article IV.A-2:305 prévoit seulement que « les marchandises doivent être libres de tout droit ou prétention d'un tiers »²³.

Enfin, faute de s'intéresser spécialement aux ventes d'immeubles, le DCFR ne réglemente pas non plus la question des diagnostics obligatoires qui ont été mis en place en droit français. Les articles L. 271-4 et suivants du Code de la construction et de l'habitation français (C.C.H.) n'ont donc pas d'équivalent dans le projet académique. Si un instrument optionnel était créé pour régir la vente immobilière, il serait impératif de prendre en considération l'obligation de fournir lors de la vente un dossier de diagnostic technique, qui permettrait de renseigner complètement l'acquéreur sur les risques présentés par le bien et sur ses performances énergétiques.

Ces quelques exemples permettent de mettre en lumière la nécessité de réfléchir à un instrument qui comporterait des règles propres à la vente immobilière. Les dispositions du DCFR relatives à la vente de marchandises ne sauraient servir que très partiellement de modèle pour une réglementation applicable aux ventes d'immeubles.

b) Le contrat de construction confronté au DCFR

Les chapitres 1^{er} et 2 du livre IV.C du DCFR, comprenant une définition du contrat de services en général, les règles applicables à celui-ci, ainsi que des dispositions relatives à l'articulation entre les règles applicables au contrat de services en général et les règles applicables à certains contrats spéciaux de services, sont très proches dans leur contenu du droit français du contrat d'entreprise. À titre d'exemple, les règles générales consacrées au contrat de service (chapitre 2 du livre IV.C du DCFR) peuvent être présentées en quatre points principaux :

(i) absence de formalisme *ad validitatem*;

(20) Article IV.A-2:101 : « The seller must : (a) transfer the ownership of the goods ».

(21) Article IV.A-5:102(1) : « The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them ».

(22) Article IV.A-2:308(1) : « The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time ».

(23) Article IV.A-2:305 : « The goods must be free from any right or reasonably well founded claim of a third party (...) ».

(ii) caractère collaboratif du contrat de service; (iii) contenu ambigu (sont tantôt visés les moyens à mettre en œuvre, tantôt le résultat à atteindre) et évolutif de l'engagement principal de l'entrepreneur; (iv) souplesse de la rupture du contrat de service. Ces règles ne s'écartent qu'assez peu des solutions du droit commun des contrats et du contrat d'entreprise français.

Par opposition, une lecture attentive des chapitres suivants et en particulier du chapitre 3 du projet académique consacré au contrat spécial de services qu'est le contrat de construction montre de fortes différences entre le projet académique et les droits nationaux.

L'article IV.C.-3:106 du DCFR²⁴ paraît ainsi très proche de l'article 1792-6 du Code civil français en ce qui concerne la réception. Il semble cependant, à lire les commentaires, que la conception développée ne soit pas celle de la réception à la française. En effet, il s'agit plus de la détermination du moment de transfert de contrôle, de la garde et des risques que de celui de l'achèvement de la prestation contractuelle. De même, l'absence de réserves n'a pas d'importance, car le maître d'ouvrage n'a pas d'obligation d'examiner l'ouvrage. C'est au contraire au constructeur d'attirer l'attention sur certains défauts.

Les mêmes remarques peuvent être faites à propos de la réparation des non-conformités en général. Le chapitre sur le contrat de construction ne contient aucune règle spécifique. *A priori*, l'article III.-3:302²⁵, situé dans la partie du DCFR relative au droit des contrats en général, devrait alors être applicable. Cependant, comparé au mécanisme français de la garantie de parfait achèvement, d'évidentes différences se manifestent. Ainsi, le délai n'est pas fixé de manière précise et possibilité est donnée au constructeur de ne pas réparer si cela s'avère trop coûteux pour lui, ce qui n'est pas le système du droit français. Le bilan coût/avantage qu'il est demandé au juge de faire est étranger, de ce point de vue, au droit français. De même, la réduction du prix prévue par l'article III-3:601²⁶ rappelle certaines dispositions du droit français, sauf qu'il s'agit de celles relatives à la vente (action estimatoire) et non au contrat d'entreprise. D'autres différences s'observent également, notamment en ce qui concerne le « standard of

(24) Article IV.C.-3:106 : « (1) If the constructor regards the structure, or any part of it which is fit for independent use, as sufficiently completed and wishes to transfer control over it to the client, the client must accept such control within a reasonable time after being notified. The client may refuse to accept the control when the structure, or the relevant part of it, does not conform to the contract and such non-conformity makes it unfit for use. (2) Acceptance by the client of the control over the structure does not relieve the constructor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to inspect, supervise or accept the structure or the construction of it. (3) This Article does not apply if, under the contract, control is not to be transferred to the client ».

(25) L'article III.3:302 du DCFR organise le régime de la specific performance en cas d'inexécution des obligations du débiteur. Son principe est établi à l'article III.3:302(1) et (2) : « The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money. (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation (...) ».

(26) Article III-3:601 : « (1) A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance (...) ».

care » qui repose sur les entrepreneurs de construction²⁷ ou encore en ce qui concerne les délais de prescription : sur ce dernier point, le DCFR prévoit un délai de prescription de principe de trois ans (article III-7:201) qui, en présence d'un défaut caché, commencera à courir lorsque le maître de l'ouvrage en aura pris connaissance (ou lorsqu'il aurait dû raisonnablement en prendre connaissance)²⁸; le DCFR n'effectue aucune distinction selon la nature du défaut constaté et, par conséquent, heurte le praticien du droit français (ou belge) de la construction, habitué au mécanisme de la garantie décennale, d'ordre public²⁹.

2

Avantages et difficultés des modalités proposées d'un rapprochement des droits nationaux dans le secteur de l'immobilier

A. — Les options « abandonnées » par la Commission européenne - Analyse au regard du secteur immobilier

1. — Avantages et inconvénients de l'option 1

L'option 1 mentionnée dans le Livre vert du 1^{er} juillet 2010 consiste à diffuser, par une publication sur le site internet de la Commission, les conclusions des travaux du groupe d'experts chargé d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats. Selon la Commission européenne, « (...) si le groupe d'experts élabore un texte pratique et facile à consulter, les législateurs européens et nationaux de même que les parties contractantes pourraient s'en inspirer lors de la rédaction, respectivement, des textes normatifs et des clauses et conditions types. Ce texte pourrait également servir dans le

(27) Le DCFR retient pour les contrats de service le principe de l'obligation de résultat (sauf dans le contrat médical). Dans chacun des contrats spéciaux envisagés, l'obligation de « skill and care » est précisée, de même que, très souvent, celle d'information. De même, l'obligation de coopération est reprise dans les contrats de processing (entretien) et de construction, et la possibilité d'intervention du maître d'ouvrage est, d'évidence, particulièrement aux contrats de construction. Ces différences sont parfaitement normales, mais elles affaiblissent singulièrement la portée des règles générales présentées comme applicables à l'ensemble des contrats de service. La théorie générale des services (chapitre 2 du livre IV-C) apparaît donc inutile. Elle alourdit un texte déjà passablement compliqué et (au moins pour un esprit français) encombré d'obligations sans intérêt réel comme celle de « skill and care » (voy. à ce sujet H. Périnet-Marquet, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », in D. Voinot et J. Sénéchal (dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux - Actes du colloque du 17 juin 2011*, coll. Code économique européen, Bruxelles, Larcier, 2011, à paraître).

(28) Voy. l'article III-7:301 : « The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of : (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage ».

(29) Sur ces différentes questions, voy. également B. Kohl, « European Construction Law and the Draft Common Frame of Reference : Selected Topics », *R.E.D.P./E.P.L.R.*, 2009, pp. 677-690.

cadre de l'enseignement supérieur ou de la formation professionnelle, sous la forme d'un recueil tiré des diverses traditions juridiques des États membres en matière de contrats. S'il est fait largement usage de ces travaux, cela pourrait, à long terme, contribuer à la convergence volontaire des droits nationaux des contrats »³⁰.

L'option 1 présenterait donc l'avantage de ne pas perturber les droits nationaux existants. Mais, étant purement incantatoire, elle serait dépourvue de toute efficacité concrète.

2. — Avantages et inconvénients de l'option 2

L'option 2 prévoit la création d'une « boîte à outils », adoptée par la Commission (par une communication ou une décision³¹) sur la base des conclusions du groupe d'experts, et qui lui servirait d'instrument de référence pour assurer la cohérence et la qualité des futurs textes normatifs. Cette option offre beaucoup de souplesse, spécialement au regard des spécificités du secteur immobilier : elle peut mener à une plus grande cohérence de la législation européenne en droit privé dans l'avenir, elle laisse le temps de la réflexion aux États membres dans un domaine — le droit immobilier — dans lequel il n'existe pas d'acquis commun et, enfin, elle promeut une plus grande efficacité interinstitutionnelle. Cependant, cette option ne supprime pas les divergences juridiques existantes et repousse l'échéance d'une technique d'harmonisation nécessairement choisie parmi les options 4, 5, 6 et 7.

3. — Avantages et inconvénients de l'option 3

Dans l'option 3, l'instrument de droit européen des contrats serait annexé à une recommandation de la Commission adressée aux États membres, qui les inciterait à intégrer cet instrument dans leur droit national. La Commission précise que « (...) cette recommandation permettrait aux États membres d'adopter progressivement l'instrument dans leur droit national sur une base volontaire. De plus, la Cour de justice de l'U.E. aurait compétence pour en interpréter les dispositions »³². À l'instar de ce qui a été observé à propos de l'option 2, l'option 3 présente l'avantage de laisser le temps de la réflexion aux États membres. En revanche, ainsi que le souli-

(30) Livre vert, pp. 7-8.

(31) Le Livre vert prévoit que cette « boîte à outils » en droit européen des contrats pourrait également faire l'objet d'un accord interinstitutionnel entre la Commission, le Parlement et le Conseil, afin qu'il soit systématiquement renvoyé à ses dispositions lors de la rédaction et de la négociation des propositions législatives ayant une incidence sur le droit européen des contrats.

(32) La Commission envisage à cet égard deux possibilités : « (a) la recommandation pourrait inciter les États membres à substituer l'instrument européen recommandé à leur droit national des contrats. Pareille approche a été mise en œuvre avec succès aux États-Unis où un code commercial uniforme, élaboré par des experts en la matière et approuvé par des organismes neutres parapublics, a été adopté par tous les États fédérés, sauf un; (b) la recommandation pourrait inciter les États membres à intégrer l'instrument de droit européen des contrats à titre de régime facultatif, offrant aux contractants une solution de substitution au droit interne. Dans les États membres choisissant cette méthode, l'instrument européen facultatif coexisterait avec des instruments constituant d'autres solutions de substitution, susceptibles d'être désignés comme la loi applicable à des contrats, tels que les principes d'Unidroit » (Livre vert, p. 9).

gne le Livre vert, « cette solution comporte le risque d'une approche incohérente et incomplète entre les États membres qui seraient susceptibles de mettre la recommandation en œuvre de manière divergente et selon des calendriers différents, voire de s'abstenir complètement »³³.

4. — Avantages et inconvénients de l'option 5

L'option 5 consiste en l'adoption d'une directive relative au droit européen des contrats, portant harmonisation des droits nationaux en matière de contrats, sur le fondement de normes communes *a minima*. L'avantage de cette option réside dans le maintien d'une certaine autonomie des droits nationaux : les États membres pourraient ainsi conserver des règles plus protectrices, sous réserve de leur conformité au traité. Toutefois, comme le précise le Livre vert, « l'harmonisation par la voie de directives basée sur une harmonisation *a minima* n'aboutirait pas nécessairement à une interprétation et une application uniformes des règles »³⁴.

5. — Avantages et inconvénients des options 6 et 7

L'option 6 prévoit l'adoption d'un règlement instituant un droit européen des contrats. Ce règlement aurait vocation à se substituer complètement à la diversité des législations nationales et établirait un corps de règles européennes uniformes, y compris des règles impératives conférant un degré élevé de protection à la partie la plus faible. Le droit européen des contrats ainsi harmonisé deviendrait par conséquent le droit interne. Ce règlement pourrait se substituer aux législations nationales dans les seules transactions transnationales, ou même remplacer ces législations dans les contrats tant transnationales que nationaux. L'option 7 va plus loin encore qu'un règlement instituant un droit européen des contrats, « en ce sens qu'elle couvrirait non seulement le droit des contrats mais aussi d'autres types d'obligations (par exemple, le droit de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle ainsi que la gestion d'affaires) »³⁵; un véritable « Code civil européen » serait ainsi mis en place.

L'avantage de ces options est qu'elles suppriment toute divergence nationale dans les transpositions : « elle(s) supprime(nt) la fragmentation des législations en matière de droit des contrats et conduise(nt) à une application et une interprétation uniformes des dispositions du règlement »³⁶. En ce sens, elles pourraient constituer, à long terme, un idéal à atteindre, y compris dans le secteur immobilier.

Toutefois, en fonction du champ d'application et du contenu de ces règlements, il y a lieu de craindre une diminution du niveau actuel de protection offert aux professionnels et aux consommateurs dans le secteur immobilier. En outre, à la différence d'autres secteurs, l'absence de tout acquis en matière immobilière rend cette option irréalisable à court terme dans la mesure où elle constituerait un saut trop important vers une harmonisation prématurée.

B. — L'instrument facultatif de droit européen des contrats - Analyse de l'étude de faisabilité du 3 mai 2011 au regard du secteur immobilier

1. — Introduction

La quatrième option retenue par la Commission européenne dans son Livre vert du 1^{er} juillet 2010 consiste en l'adoption d'un règlement européen créant un instrument facultatif de droit européen des contrats, qui serait conçu comme un « second régime » dans chaque État membre, offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats. L'institution d'un tel instrument facultatif apparaît donc psychologiquement comme un instrument législatif *soft* qui semble laisser en l'état les droits nationaux tout en les accompagnant d'une alternative facultative mais néanmoins attrayante. Elle pourrait donc, de ce point de vue, plus aisément recueillir les adhésions nécessaires des États membres, en évitant de les effaroucher.

La faveur manifestée récemment à l'égard de l'option 4 par plusieurs acteurs majeurs au sein de l'Union européenne³⁷ mérite que l'on s'y attarde plus longuement. L'étude de faisabilité, élaborée d'avril 2010 à avril 2011 par un Groupe d'experts près la Commission européenne sur le droit européen des contrats, et rendue publique le 3 mai 2011, s'analyse en effet, si on articule celle-ci avec les prises de position récentes desdits acteurs, en un avant-projet d'instrument facultatif. De fait, pour l'essentiel, la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente », publiée par la Commission le 11 octobre 2011³⁸, reproduit textuellement la plupart des dispositions contenues dans l'étude de faisabilité du 3 mai 2011.

Cette étude de faisabilité, qui prend les apparences de principes communs, voire même — osons le terme — d'un « Code » du droit européen des contrats, se décline autour de huit chapitres : (i) Dispositions introductives (*Introduction Provisions*), (ii) Formation du contrat (*Making a Binding Contract*); (iii) Contenu du contrat (*Assessing what is in the Contract*); (iv) Obligations des parties et effets de l'inexécution des obligations dans un contrat de vente (*Obligations and Remedies of the Partie to a Sale Contract*); (v) Obligations des parties et effets de l'inexécution des obligations dans un contrat de services « accessoire » (*Obligations and Remedies of the Parties to a Related Services Contract*); (vi) Dommages, clauses pénales et intérêts (*Damages, Stipulated Payments for Non-Performance and Interest*), (vii) Restitutions (*Restitutions*) et (viii) Prescription (*Prescription*).

Avant de procéder à l'analyse du contenu de l'étude de faisabilité au regard du secteur immobilier, quelques préoccupations retiennent l'attention quant à son champ d'application et quant au principe même du recours à un instrument facultatif³⁹.

Premièrement, le texte n'effectue pas de choix clair entre relations contractuelles « B to B » et « B to C ». En droit immobilier, l'observation est loin d'être anecdotique, dans la mesure où, à côté du droit « commun » applicable dans le secteur immobilier et de la construction, des régimes spécifiques se sont progressivement mis en place, dans plusieurs pays, pour assurer une protection particulière au cocontractant face au professionnel de l'immobilier, lorsque l'immeuble à vendre ou à construire est destiné au logement du premier⁴⁰.

Deuxièmement, il aurait fallu préciser si les chapitres généraux sont applicables aux seuls contrats de vente et de services, ou s'ils ont vocation à s'appliquer éventuellement à d'autres contrats. Un article préliminaire pourrait utilement préciser ce point. Dans son état actuel, et par comparaison au DCFR, le texte ne comporte plus de règles générales relatives à l'inexécution des obligations : les conséquences de l'inexécution contractuelle sont traitées de manière séparée pour chaque type de contrat (vente ou service) et, au sein de ceux-ci, pour chacune des parties (vendeur ou acheteur; fournisseur du service ou client). À titre d'exemple, la résolution du contrat n'est prévue que pour la sanction de certains manquements seulement (voy. articles 115-121 et 136-142), mais non de manière générale⁴¹.

Troisièmement, la distinction entre contrat de vente et contrat de services pose question⁴². Dans la définition de l'article 2(15), la vente est entendue comme le transfert de propriété d'une marchandise contre le paiement d'un prix et inclut l'hypothèse dans laquelle le vendeur fabrique ou produit le bien en question. En outre, l'article 3(1) précise que le contrat de vente doit s'entendre aussi des services associés à la vente du bien. Le contrat de services, quant à lui, est entendu largement, comme tout contrat par lequel l'une des parties s'engage à effectuer un service au bénéfice d'un client (article 2(16)), sans référence à l'éventuel produit apporté par l'entrepreneur. Ces définitions entraînent une difficulté majeure : l'absence de critères clairement posés permettant de distinguer ces deux contrats, ce qui entraîne un risque de manipulation des qualifications. Par ailleurs, si le contrat prévoit clairement vente et services dans deux parties différentes, des règles distributives sont alors applicables (voy. article 3(2)), mais cela relève de la volonté des parties, non d'une logique de principal à accessoire, qui peut aussi avoir ses avantages. La logique du texte semble être ainsi particulièrement libérale à l'égard de la qualification contractuelle. Or la qualification contractuelle conserve une importance certaine dans la détermination, non seulement en droit interne, mais également au regard du texte proposé, de certains droits et obligations des parties contractantes.

Enfin, de manière plus générale, le recours à un instrument optionnel augmentera nécessaire-

(40) Pour un aperçu de certains de ceux-ci, voy. B. Kohl, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe - Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, préf. H. Périnet-Marquet, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2008, pp. 73-260.

(41) Voy. également en ce sens M. Storme, « Europees contractenrecht dichterbij? », *Juristenkrant*, 2011, n° 230, p. 16.

(42) Sur cette question, voy. entre autres J. Sénéchal, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux - Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préf. M. Defossez, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 131-143.

(33) *Op. cit.*, p. 9.

(34) *Op. cit.*, p. 11.

(35) *Op. cit.*, p. 11.

(36) *Op. cit.*, p. 11.

(37) Voy. *supra* (introduction).

(38) Pour une étude détaillée de ces questions, voy. les contributions présentes au sein de l'ouvrage : D. Voynet et J. Sénéchal (dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, coll. Code économique européen, Bruxelles, Larcier, 2011, à paraître.

(39) COM(2011)635 final.

ment le niveau attendu des connaissances en droit des contrats par les acteurs du droit. En effet, à la différence des options 6 et 7, dans lesquelles un corps unique de règles est imposé à tous, dans l'option 4, tous les acteurs du droit seraient obligés, dans chaque État membre, de connaître non pas un seul corps de règles, mais deux, de façon à pouvoir opter en connaissance de cause. Cela créerait une discrimination entre les acteurs qui pourront connaître les deux régimes de par leurs moyens structurels et les autres, notamment les particuliers et les P.M.E. Pour ces derniers, le système serait une source indiscutable de complexité et impliquerait le recours à un conseil juridique et donc un coût supplémentaire. Cette critique ne joue cependant pas dans les rapports transnationaux, puisque dans cette hypothèse, le « second régime » serait au contraire un outil de simplification des rapports juridiques par rapport aux difficultés actuelles. Cette nécessité de connaître deux systèmes serait d'autant plus redoutable qu'elle pourrait apparaître, *a priori*, comme superflue.

2. — Applicabilité de l'étude de faisabilité au secteur immobilier

De prime abord, la lecture de l'article 2 de l'étude de faisabilité laisse à penser que le secteur de l'immobilier ne relève pas du champ d'application de ce projet d'instrument. Cette disposition (« Definitions ») énonce en effet : « (...) (11) "goods" means corporeal movables; (...) (15) "sales contract" means any contract under which a business transfers or undertakes to transfer the ownership of goods to another person (the buyer), and the buyer undertakes to pay the price; it includes a sales contract under which the seller is to manufacture or produce the goods for the buyer; »

Cependant, une lecture plus attentive du projet de texte permet de considérer que le secteur de l'immobilier et tout particulièrement les activités des P.M.E. du secteur de l'immobilier peuvent être touchés par ce texte. En effet, la vente de matériaux de construction peut sans doute être incluse dans le champ d'application de l'étude de faisabilité puisqu'il s'agit de marchandises (*goods*) au sens de l'article 2 de ce texte. En outre, l'article 150 de l'étude de faisabilité (*Scope*) pourrait tout à fait être interprété comme traitant de l'incorporation de marchandises sur un immeuble préexistant : « (1) This Part applies to contracts under which a seller of goods (in this Part called « the service provider ») undertakes to provide the buyer (in this Part called « the customer ») with services related to the goods, such as installation, maintenance or repair (« the service »), whether under the sales contract or under a separate service contract which was concluded at the same time as the sales contract or provided for, even if only as an option, in the sales contract ».

Certaines activités du secteur de l'immobilier, en particulier, certaines activités de rénovation, d'installation, d'amélioration d'un immeuble préexistant, telles que plomberie, couverture, étanchéité ... pourraient dès lors entrer dans le champ du projet d'instrument puisqu'elles entraînent à la fois la vente de matériaux, d'éléments de construction et l'installation de ceux-ci, l'incorporation de ceux-ci dans un immeuble préexistant. En l'état actuel du texte, l'éventualité que ces activités du secteur immobilier puissent être régies par un instrument optionnel

peut également s'avérer problématique à plusieurs égards, tant et si bien qu'il serait préférable d'exclure clairement et explicitement du champ d'application du futur instrument les hypothèses d'incorporation d'un meuble dans un immeuble préexistant.

3. — Difficultés d'un instrument facultatif en droit européen de contrats au regard du secteur immobilier

a) Absence d'acquis commun et remise en cause du caractère impératif de nombreuses règles de droit nationales

Il est important de préciser qu'il n'existe pas d'acquis commun aux différents États membres dans le secteur de l'immobilier, ni d'ailleurs de réflexion suffisante des autorités européennes en la matière. En effet, l'on rappelle la difficulté de l'exercice d'harmonisation dans le secteur immobilier⁴³. Ce secteur est un secteur particulièrement important de l'économie européenne et de celle de chaque État membre, où se sont développées des politiques particulières (réglementation des professions, aides au logement, incidence du régime de la propriété et des droits réels, règles impératives ou supplétives en matière de contrat, de responsabilité ou d'assurance ...). De nombreuses dispositions d'ordre public existent ainsi au sein des divers États membres, concernant le secteur de l'immobilier et de la construction.

Or la possibilité d'opter en faveur du « second régime » ne permettrait-elle pas d'échapper aux règles d'ordre public du droit national, si l'instrument présentait un niveau de contrainte plus faible? L'article 1(2) du projet d'instrument paraît conforter cette crainte, puisqu'il précise : « Article 1 : Interpretation and development. (...) (2) Issues within the scope of the instrument but not expressly settled by it are to be settled in accordance with the principles underlying it without recourse to national laws ».

Ce principe risquerait de porter atteinte à la protection offerte par les droits nationaux aussi bien à certaines catégories de professionnels (entrepreneurs et sous-traitants) qu'aux consommateurs immobiliers. Ainsi, en ce qui concerne le contrat de construction, l'application des principes établis dans le projet d'instrument optionnel ne conduirait-elle pas, au nom de la libre volonté des parties, à remettre en cause une bonne part des dispositions d'ordre public du droit de la construction français qui, contrairement à d'autres, est bâti sur l'ajout successif de régimes impératifs protégeant tant le maître d'ouvrage ou les acquéreurs que les constructeurs eux-mêmes? En constitue un exemple le mécanisme de la garantie due par le maître de l'ouvrage (article 1799-1 du Code civil français⁴⁴) ainsi que de la « retenue de garantie » que le maître de l'ouvrage peut effectuer (loi n° 71-584 du

16 juillet 1971⁴⁵). Or, pour les contrats de service, l'article 157(2) (*Payment of the price*) de l'étude de faisabilité fait de la mise à disposition de l'objet du service, le moment du paiement de la construction : « The price is payable when the service is completed and the object of the service is made available to the Customer ». *A priori*, le système ne permet pas de retenue de garantie. Cependant, il est précisé que ce texte n'est pas impératif et qu'il est parfaitement possible aux parties de prévoir une clause contractuelle en ce sens. Sur ce point, au regard de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 sur la retenue de garantie, s'offrirait donc aux parties le choix entre un texte national d'ordre public et un texte européen supplétif de volonté. Serait donc instaurée une possibilité de mise à l'écart directe et ouverte d'une réglementation nationale impérative pouvant être remplacée par des règles contractuelles. Les dispositions protectrices de la loi risqueraient fort, si le texte était adopté, de pouvoir être très facilement contournées⁴⁶. De même, le régime français de la sous-traitance et la protection du paiement du sous-traitant ne risqueraient-ils pas d'être mis à mal par les principes européens? Il pourrait en aller de même de la responsabilité décennale⁴⁷, qui perdrait son caractère d'ordre public. De surcroît, l'assurance construction, pilier du système français, ne pourrait-elle se voir privée de tout caractère obligatoire en cas d'option pour la réglementation européenne? En d'autres termes, s'il avait vocation — même de manière indirecte — à s'appliquer au secteur de l'immobilier (voy. *supra*), le projet d'instrument devrait à tout le moins se prononcer sur la question du maintien des dispositifs nationaux de protection, lorsque, au sens de l'article 1(2), ces dispositifs entrent dans le champ d'application dudit instrument sans être expressément réglés par lui.

En outre, le projet d'instrument optionnel précise, en son article 7, que les parties sont libres de conclure un contrat et de déterminer son contenu en excluant ou dérogeant aux règles prévues, sauf mentions contraires⁴⁸. Or ces mentions contraires ne jouent que pour les contrats « B to C »⁴⁹. La liberté contractuelle apparaît donc totale dans les relations « B to B ». Dès lors, n'est-il pas possible, dans ces rapports, d'écarter les règles d'ordre public du droit national, mais aussi les règles

(45) L'article 1^{er} de cette loi précise que : « les paiements des acomptes sur la valeur définitive des marchés de travaux privés (...) peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5% de leur montant et garantissant contractuellement l'exécution des travaux, pour satisfaisant, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage (...). Toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est pas pratiquée si l'entrepreneur fournit, pour un montant égal, une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier (...) ».

(46) Dans le commentaire de l'article IV.C.-3:107 du projet académique de cadre commun de référence (DC-FR), consacré au paiement du prix dans le contrat de construction et prévoyant une règle similaire à celle de l'article 157(2) de l'étude de faisabilité, figure d'ailleurs à titre d'exemple la possibilité de prévoir contractuellement une retenue de garantie fixée à 10% alors qu'elle est limitée, en droit français, à 5%.

(47) Par exemple, l'installation de panneaux solaires sur un immeuble existant pourrait entrer dans le champ d'application du texte (voy. l'article 150), ce qui, en droit français, pourrait alors entraîner, si l'instrument optionnel est choisi par les parties, l'exclusion des garanties biennale ou décennale.

(48) Article 7 de l'étude de faisabilité : « (1) Parties are free to conclude a contract and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. (2) Parties may exclude the application of any of the following rules, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided ».

(49) Voy. les articles 22, 26(7), 39(2)...

de l'instrument optionnel, puisque celles-ci ne sont alors que supplétives de volonté? Si telle est bien la volonté des rédacteurs, le choix n'est plus entre ordre public national et instrument optionnel mais entre ordre public national et liberté contractuelle autorisée par l'instrument optionnel. L'ordre public européen débouche alors sur la liberté contractuelle absolue.

Une telle alternative pourrait faire réfléchir. Certains professionnels souhaitent s'abstraire de contrats de service qu'ils estiment étouffants. Ils pourraient donc être tentés de plébisciter un instrument optionnel conçu pour leur permettre de réaliser leur souhait. Cependant, ils doivent mesurer tous les risques qu'ils encourent lorsqu'ils ne se trouvent plus en position de force. Ils seront alors à la merci d'un renard libre dans un poulailler libre. L'idéal serait, bien sûr, de pouvoir choisir l'instrument optionnel lorsque l'on se trouve en position de force, mais de se réfugier derrière les barrières du droit national lorsque tel n'est pas le cas. Mais il est, d'évidence, contraire à la philosophie qui sous-tend un tel instrument.

b) Création d'un traitement différencié des activités soumises au droit immobilier

Le champ d'application de l'étude de faisabilité, tel que défini en page 6 de la note explicative l'accompagnant ne concerne potentiellement qu'une partie de l'activité des entreprises de construction : « Material scope of the feasibility study : The Commission asked the Expert Group to focus its feasibility study on a potential European contract law instrument covering sales contracts and service contracts associated with sales, such as installation or maintenance, provided by the seller or under the seller's responsibility (e.g. by a sub-contractor) ». Pourraient ainsi être principalement concernées les activités de rénovation, d'installation, d'amélioration d'un immeuble préexistant.

En d'autres termes, seraient exclues du champ d'application de l'étude de faisabilité les activités de construction d'un immeuble et de vente d'immeuble à construire, tant dans le secteur du logement, que dans le secteur libre⁵⁰. Le

(50) Si l'instrument facultatif avait également vocation à s'appliquer aux activités de construction et de vente d'immeuble à construire, se poserait alors nécessairement la question de savoir quelles règles européennes spéciales peuvent être choisies à la place d'un contrat spécial national donné. Ainsi, partant de l'hypothèse d'une extension de l'instrument optionnel au contrat de vente d'immeuble, se poserait alors inévitablement la question du rattachement du contrat de vente d'immeuble à construire aux dispositions de cet instrument relatives au contrat de vente ou à celles relatives au contrat de services, et notamment de construction. Si le choix se portait vers l'application des dispositions relatives aux contrats de service, il en résulterait une disparité de traitements juridiques adoptés respectivement pour la vente d'immeuble existant et pour la vente d'immeuble à construire; ceci poserait la question de la cohérence de l'ensemble, dans la mesure où — notamment — la question centrale du transfert de propriété du bien immobilier se pose dans l'une et l'autre situations. En outre, lorsque, comme en droit français, un contrat spécial comme la vente d'immeuble à construire emprunte autant au contrat de vente qu'au contrat d'entreprise, les parties seraient-elles libres de choisir les dispositions européennes du contrat de vente ou du contrat de services qui leur sembleraient les plus intéressantes? En cas de réponse positive, l'option 4 ouvrirait, en réalité, dans cette hypothèse, une double option. Il serait, en effet possible de choisir entre droit national et droit européen et, à l'intérieur du régime européen, entre deux corps de règles, avec des conséquences non négligeables, voire de panacher ces deux corps de règles. Si le régime de la vente s'appliquait à la vente d'immeuble à construire, une mise à l'écart profonde du droit français ne risquerait-elle pas d'intervenir puisque la garantie décennale et l'assurance obligatoire, ainsi

traitement différencié des activités de construction, certaines relevant potentiellement de l'instrument optionnel, et d'autres en étant exclues, est une source de complexité non souhaitable.

c) Difficulté d'application du système dans les chaînes de contrat

La chaîne de contrat est une situation fréquente en droit immobilier. L'immeuble ou les matériaux font souvent l'objet de ventes successives. La sous-traitance avec sa succession de contrats d'entreprise, si elle n'est pas en droit français une chaîne de contrats au sens jurisprudentiel du terme, fait cependant l'objet de liens législatifs entre les contrats, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 considérant globalement l'ensemble des contrats principaux et de sous-traitance.

Que se passerait-il, dès lors, si les contrats en cause étaient soumis à des instruments différents, l'un européen, l'autre national? Concrètement, le choix de l'instrument optionnel pour l'un des contrats rendrait très difficile ou enlèverait une bonne part de sa portée au contrat restant soumis au droit national (et l'hypothèse peut encore être compliquée si le nombre de contrats est supérieur à deux). De fait, le choix de l'instrument optionnel pour l'un des contrats réduirait beaucoup l'intérêt du choix du droit national pour l'autre, quand il ne conduirait pas à l'exclure. Les parties à un contrat pourraient, ainsi, réduire considérablement la liberté de choix des parties à un autre contrat. Une certaine forme de remise en cause du principe de l'effet relatif des conventions risquerait donc de se produire.

d) Possibilité de pressions pour le choix de l'instrument optionnel qui deviendrait dès lors obligatoire

Selon le Livre vert, l'option 4 « devrait se répercuter sur l'application des dispositions impératives, dont celles relatives à la protection des consommateurs. C'est en effet là que se situerait la valeur ajoutée par rapport aux régimes facultatifs existants, comme la convention de Vienne, qui ne peuvent restreindre l'application des dispositions nationales impératives. Il faudrait que cet instrument offre un niveau manifestement élevé de protection des consommateurs »⁵¹. Cette préoccupation apparaît en effet dans l'étude de faisabilité publiée en mai 2011 : « As part of the feasibility study, the Commission tasked the Expert Group with drafting contract law rules which would afford consumers a high level of protection in business-to-consumer contracts. As a starting point, the relevant EU acquis (i.e. the existing Directives) as well as the proposed Consumer Rights Directive as it is resulting from the legislative process would need to be incorporated »⁵².

En effet, les dispositions de l'étude de faisabilité relatives aux contrats conclus entre professionnels et consommateur ne devraient pas minorer la protection actuelle du consommateur⁵³. Il en

que le régime français des vices cachés, pourraient être mis à l'écart, de même que le régime particulier de la cession de contrat de l'article 1601-4 du Code civil français. Le constat serait pire encore dans le secteur protégé du logement (construction d'habitations), puisque les mentions obligatoires, les garanties et l'échelonnement des paiements disparaîtraient.

(51) Livre vert du 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*, p. 10.

(52) *Feasibility Study*, *op. cit.*, p. 6.

(53) Voy. en ce sens le constat opéré par M. Storme, « Europees contractenrecht dichterbij? », *Juristenkrant*,

serait toutefois autrement si l'étude de faisabilité, *quod non*, avait vocation à régir également les contrats de construction ou de vente d'immeuble en tant que tels : en droit français, dans le secteur immobilier, de multiples dispositions légales et réglementaires protègent en effet de manière spécifique le consommateur immobilier⁵⁴.

Néanmoins, au-delà du droit de la consommation, plusieurs droits nationaux prévoient, dans le secteur immobilier, des dispositions impératives protégeant dans certains cas le maître de l'ouvrage, dans d'autres, le professionnel de l'immobilier⁵⁵. Par conséquent, au regard du bénéficiaire de l'option, la question de savoir qui choisira entre le droit national et l'instrument optionnel, lorsque les intérêts des parties les pousseront vers des choix contradictoires, prend une résonance particulière dans les contrats de service du secteur de l'immobilier. Le consommateur ou le professionnel le plus faible aura généralement intérêt à l'application du droit national d'ordre public plus protecteur alors que le professionnel le plus fort poussera vers l'instrument optionnel. Une enquête faite auprès d'entreprises pour la Commission européenne par l'*European Business Test Panel* sur l'impact d'un contrat européen montre en effet une forte attente en faveur d'un instrument optionnel⁵⁶.

L'enthousiasme des entreprises du panel pourrait ainsi s'expliquer par la perception qu'elles ont de ce que le droit européen pourrait alléger leurs obligations contractuelles. Comme rien ne semble prévu pour trancher cet inévitable conflit entre cocontractants, celui-ci tournera, à n'en pas douter, à l'avantage de celui qui peut menacer de ne pas signer le contrat si celui-ci ne se réfère pas au droit européen optionnel. Logiquement, le droit applicable sera choisi par celui qui, économiquement le plus fort, pourra imposer ses options avec tous les inconvénients que l'on peut imaginer de la mise à l'écart des droits les plus protecteurs. Ainsi, dans le secteur de la construction, on ne peut exclure qu'un certain nombre d'assureurs ou de garants ne conditionnent leur garantie au choix d'un instrument susceptible de leur convenir. Le risque global est donc que l'option offerte ne soit pas véritablement laissée au choix des parties mais qu'elle dépende des contraintes imposées par un tiers garant ou assureur de l'opération.

2011, n° 230, p. 16.

(54) Si l'étude de faisabilité devait s'appliquer non seulement aux contrats de services « accessoires » (voy. *supra*, 2, B, 2 mais également aux contrats de construction ou de vente d'immeubles, se poserait en outre la question du maintien, aux côtés du régime harmonisation, des dispositions nationales du droit de la consommation spécifiques au secteur immobilier. Ainsi, l'article L. 231-3 du C.C.H. français, qui répute non écrites six clauses déterminées dans le contrat de construction de maisons individuelles avec fourniture de plans ne pourrait-il être écarté, dans l'hypothèse où la vocation d'harmonisation complète de l'étude de faisabilité comme instrument optionnel serait reconnue et où celle-ci serait applicable au contrat de construction? De même, l'étude de faisabilité propose une réglementation générale du droit de rétractation (voy. articles 18 et 40 à 44). En droit immobilier, l'article L. 271-1 du C.C.H. français offre au consommateur immobilier un droit de rétractation de sept jours, sans qu'aucune exigence liée au mode de conclusion du contrat ne soit formulée. En d'autres termes, dans le secteur immobilier, le choix des parties pour l'instrument optionnel, couplé au principe d'harmonisation complète, réduirait sur ce plan également la protection du consommateur.

(55) Voy. *supra* 2, B, 3, a).

(56) Enquête conduite du 26 novembre au 23 décembre 2010 de l'*European Business Test Panel* (voy. http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2010/european_contract_law/report_en.pdf).

C

Conclusion

Au regard des éléments exposés ci-avant (et en particulier au regard de l'absence d'acquis commun aux différents États membres dans le secteur considéré), il paraîtrait opportun d'exclure de manière expresse du champ d'application du futur instrument optionnel l'hypothèse dans laquelle le service fourni en relation avec la fourniture de marchandises s'analyse en l'incorporation de cette marchandise à un immeuble préexistant.

Cette exclusion permettrait l'élaboration d'une réglementation cohérente du droit des contrats immobiliers au niveau européen⁵⁷ qui pourrait prendre la forme dans un premier temps d'une « boîte à outils », tant à destination des législateurs européens qu'à celle des législateurs nationaux (options 2 et 3 du Livre vert du 1^{er} juillet 2010). À long terme, les options 6 et 7 du Livre vert pourraient constituer un idéal à atteindre. Parallèlement, une réflexion pourrait se mettre en place à propos de l'opportunité et de la faisabilité d'une harmonisation européenne des mécanismes nationaux de protection du consommateur dans le secteur immobilier⁵⁸.

Enfin, même si l'étude de faisabilité, qui prend la forme d'un instrument optionnel⁵⁹, devait être considérée comme ne s'appliquant en aucune manière au secteur de l'immobilier et de la construction (par une interprétation restrictive de la notion de « services »), certains principes sur lesquels repose celle-ci — et spécialement la possibilité offertes aux parties de mettre à l'écart tant le droit existant que le régime optionnel (ce qui constitue une menace pour la cohérence du régime contractuel applicable, et pose sérieusement question quant au sort réservé aux dispositions impératives de droit interne) — sont dommageables pour l'avenir, dans la mesure où ils pourraient servir de (mauvais) modèles à d'autres réglementations plus sectorielles, dont la construction.

Benoît KOHL(*)

Blandine MALLET-BRICOUT(**)

Hugues PÉRINET-MARQUET(***)

et Juliette SENECHAL(****)

(57) Le secteur de la construction représentant un poids économique considérable dans tous les États membres, il paraît difficilement envisageable de se diriger vers une rapprochement des droits sans que le point de vue des professionnels de chacun des États membres ait été pris en compte et que ces derniers aient été associés au processus d'élaboration.

(58) Voy. à ce sujet B. Kohl, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe - Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, préf. H. Périnet-Marquet, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2008.

(59) Voy. *supra*, « Introduction ».

(*) Professeur (Université de Liège), professeur invité (Université de Paris II), avocat (Stibbe Bruxelles). L'auteur peut être contacté à l'adresse benoit.kohl@ulg.ac.be.

(**) Professeur (Université de Lyon III). L'auteur peut être contactée à l'adresse bmbricout@aol.com.

(***) Professeur (Université de Paris II). L'auteur peut être contacté à l'adresse hugues.Périnet-marquet@wanadoo.fr.

(****) Maître de conférences (Université de Lille II). L'auteur peut être contactée à l'adresse juliettesenechal@yahoo.fr.

Arrêt « Römer » : une nouvelle limite à la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle?¹

LE PAIEMENT d'une pension de retraite à une personne liée par un partenariat de vie enregistré, d'un montant inférieur à celle perçue par une personne mariée, est susceptible de constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour limite toutefois l'application dans le temps à la période postérieure à l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78², et ce faisant, rejette la possibilité de reconnaître à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle le statut de principe général de droit de l'Union.

I

Introduction

« Beaucoup de bruit pour rien »³? À la lecture de cet arrêt, beaucoup se demanderont s'il constitue une réelle avancée dans la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou s'il se contente de dupliquer la solution dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour ») dans l'arrêt *Maruko*⁴.

En l'espèce, la Cour est invitée à examiner la compatibilité avec la directive 2000/78 d'une mesure nationale ayant pour effet d'octroyer une meilleure pension de retraite à des bénéficiaires mariés qu'à ceux dont la relation est reconnue dans le cadre d'un partenariat de vie enregistré. Cette différence de traitement a pour résultat d'affecter plus lourdement les couples homosexuels, auxquels la loi ne permet pas de choisir entre ces deux options. À cette occasion, la Cour rappelle l'importance de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et apporte des précisions quant à sa jurisprudence antérieure⁵. Elle ne se départ pas pour autant de son souci de prudence et du respect des compétences des États membres, puisqu'elle réserve *in fine* au juge national le soin de se prononcer sur la comparabilité des situations en cause.

(1) C.J., gde ch., 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie Hansestadt Hamburg*, C-147/08, non encore publié au *Recueil*.

(2) Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O. L 303, p. 16, ci-après « directive 2000/78 ».

(3) Titre d'une pièce de William Shakespeare.

(4) C.J., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, *Rec.*, I-01757.

(5) Cet arrêt concernait des faits quasi similaires prenant place également en Allemagne. Il s'agissait en l'espèce d'une différence de traitement relative à la prestation de survie versée aux époux et partenaires survivants.

L'étude de l'arrêt *Römer* serait-elle dès lors dénuée d'intérêt? Une réponse positive serait inexacte, car une analyse précise de l'arrêt nous permet de mieux discerner la position de la Cour en la matière.

1

Confirmation de l'interprétation large de la notion de rémunération

En premier lieu, il revient au juge européen de vérifier si la prestation en cause, en l'espèce une pension de retraite complémentaire, versée par une collectivité territoriale à ses anciens employés, entre dans le champ d'application de la directive 2000/78.

À cette fin, le juge estime tout d'abord sans surprise qu'une telle prestation constitue bien une rémunération au sens de l'article 157 du T.F.U.E. (ex-article 141 CE), puisque la Cour a précédemment inclut dans cette notion les pensions versées après la cessation d'une relation de travail⁶.

Confirmant ensuite la solution apportée dans l'arrêt *Maruko*⁷, le juge rejette l'argument selon lequel le vingt-deuxième considérant⁸, serait susceptible de faire obstacle à l'application de la directive. Ce considérant stipule que la directive est « sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ». Or, même si la prestation en cau-

(6) C.J., 7 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, point 12, *Rec.*, I-01889.

(7) C.J., *Tadao Maruko*, *op. cit.*, point 59.

(8) Selon lequel la directive est « sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ».