

LES CONTRIBUTEURS

Hugues PÉRINET-MARQUET
Professeur à l'Université Panthéon-Assas, (Paris II)
Directeur du pôle droit immobilier de Trans Europe Experts

Benoît KOHL
Professeur à l'Université de Liège, Professeur invité (Université Panthéon-Assas, (Paris II)),
Avocat (Sibbe Bruxelles)

Blandine MALLET-BRICOUT
Professeur à l'Université de Lyon III

Juliette SÉNÉCHAL
Maître de conférences à l'Université de Lille II

LE SECTEUR IMMOBILIER FACE AU DÉVELOPPEMENT DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

Le Livre vert de la Commission européenne 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 (COM (2010) 348/1) a pour objet d'exposer les actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats et de lancer une consultation publique au sujet de ces différentes actions.

À la suite de plusieurs réunions, les membres du groupe ont réfléchi aux avantages et inconvénients des différentes options proposées par le Livre vert dans le secteur particulier de l'immobilier :

- 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
- 7. un code civil européen

La présente note examine les avantages et inconvénients du principe et des modalités d'un rapprochement des droits nationaux, avant de formuler une position quant aux différentes options envisagées dans le Livre vert.

I. AVANTAGES ET DIFFICULTÉS DU PRINCIPE D'UN RAPPROCHEMENT DES DROITS NATIONAUX DANS LE SECTEUR DE L'IMMOBILIER

A. — Les avantages

1. Pour les acteurs économiques

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 (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 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.

2. Pour les consommateurs

À l'image de ce qui a pu être constaté suite à 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 transfrontalières.

3. Pour l'Union Européenne

La progression de l'idéal européen ne peut se passer d'avancées législatives dans le domaine du droit des contrats, socle des transactions commerciales. L'action de l'Union européenne gagnerait sans doute 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

En premier lieu, 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 académique (v. en annexe), 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 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 ...).

En second lieu, le secteur de la construction représentant un poids économique considérable dans tous les États membres, il paraît difficilement envisageable de se diriger vers une harmonisation 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.

II. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES MODALITÉS PROPOSÉES D'UN RAPPROCHEMENT DES DROITS NATIONAUX DANS LE SECTEUR DE L'IMMOBILIER

A. — *Avantages et inconvénients de l'option 1* (la seule publication des résultats du groupe d'experts)

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

B. — *Avantages et inconvénients de l'option 2* (une boîte à outils à l'intention du législateur européen)

Cette option offre beaucoup de souplesse : 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 dans lequel il n'existe pas d'acquis commun et, enfin, elle promeut une plus grande efficacité interinstitutionnelle. Cependant, cette option repousse l'échéance d'une technique d'harmonisation nécessairement choisie parmi les options 4, 5, 6 et 7.

C. – *Avantages et inconvénients de l'option 3* (une recommandation adressée par la Commission aux États membres)

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 souligne 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 ».

D. – *Avantages et inconvénients de l'option 4* (un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats)

1. Avantages

L'institution d'un instrument facultatif de droit européen des contrats offrirait un nouveau cadre contractuel commun à tous les États membres, qui pourrait être choisi aussi bien pour les contrats transfrontaliers que pour les contrats internes.

Psychologiquement, elle apparaît comme un instrument législatif « *soft* » qui paraît 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.

2. Inconvénients

a) *Accroissement des connaissances nécessaires*

Introduction

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 PME. 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 transfrontaliers, 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.

À titre d'exemple, un regard rapide sur les parties A et C du Livre IV du projet académique de Cadre commun de référence (*Draft common frame of reference* ou DCFR, cité en annexe), 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.

i. *Le contrat de construction confronté au DCFR*

Les chapitres 1 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* ; (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'écarteraient 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 DCFR 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-3:302, 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-3:601 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.

ii. *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 (art. IV.A-1:105(2)). 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 (art. IV.A-1:104). 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 (art. IV.A-3:101 et s.) 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 (art. IV.A-2:101), non comme un effet immédiat de la vente, ce qui contredit 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 » (art. IV.A-5:102).

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 (art. IV.A-2:308).

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 ».

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 (CCH) 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) *Nécessité d'un champ d'application identique des différents contrats spéciaux dans les droits nationaux et dans l'instrument européen facultatif*

Si l'instrument facultatif de droit européen des contrats ne concerne que les principes généraux de droit des contrats, aucun risque de distorsion ou d'hésitation n'existe dans la mesure où ces principes existent dans tous les États membres.

Les choses sont bien différentes si l'instrument facultatif va jusqu'à proposer une réglementation européenne alternative des contrats spéciaux. Dans ce cas, se posera nécessairement la question de savoir quelles règles européennes spéciales peuvent être choisies à la place d'un contrat spécial national donné.

Un exemple aidera à mieux comprendre cette difficulté.

Les champs d'application respectifs de la vente et du contrat d'entreprise sont, dans le DCFR, en partie similaire. Partant de l'hypothèse d'une extension du DCFR au contrat de vente d'immeuble, se poserait alors inévitablement la question du rattachement du contrat de vente d'immeuble à construire aux dispositions du DCFR 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 interviendrait puisque la garantie décennale et l'assurance obligatoire, ainsi 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.

c) Remise en cause du caractère impératif de nombreuses règles de droit

De nombreuses dispositions d'ordre public existent dans les divers États membres, notamment dans le secteur de l'immobilier et de la construction.

Or, la possibilité d'opter en faveur du « second régime » permettrait d'échapper aux règles d'ordre public du droit national, si l'instrument présentait un niveau de contrainte plus faible. Cela 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.

D'un point de vue général, en ce qui concerne le contrat de construction, l'application des principes de droit européen des contrats tels qu'ils figurent actuellement dans le DCFR conduirait 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, comme le montre l'article 1799-1 du Code civil français ou la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 sur la retenue de garantie. De même, le régime français de la sous-traitance et la protection du paiement du sous-traitant risqueraient fort d'être mis à mal par les principes européens. Il en va de même de la responsabilité décennale, qui perdrait son caractère d'ordre public. De surcroît, l'assurance construction, pilier du système français, se verrait privée tout caractère obligatoire en cas d'option pour la réglementation européenne.

d) Incertitude du contenu des règles alternatives applicables

L'article IV.C.-3:101 du DCFR relatif au champ d'application des contrats de construction ne présente pas un champ d'application classique pour des opérations de construction d'immeubles ou de structures immobilières ou des opérations de rénovation. Il ne s'applique que dans l'hypothèse où le plan a été fourni par le maître d'ouvrage, ce qui serait de nature à exclure la vente d'immeubles à construire et le contrat de construction de maisons individuelles des règles de ce chapitre.

Cependant, son champ d'application prévoit également un certain nombre d'autres hypothèses. Le chapitre en cause peut s'appliquer lorsque le plan est fourni par le constructeur ainsi qu'aux contrats dans lesquels l'obligation de construire est l'une de celles qui sont imposées aux cocontractants. Dans les deux cas, les règles en cause ne s'appliquent toutefois qu'avec les « modifications appropriées ». Or, ces « modifications appropriées » ne sont nulle part précisées. Il y a là une source évidente d'incertitude. Elle est d'autant plus grande si l'on considère que serait retenue l'option dite « *opt-in* » permettant à des parties de choisir délibérément, à la place du droit national, le droit européen pour régir leurs contrats. Dans cette hypothèse, en effet, quelle pourrait être la valeur d'une option expresse qui renverrait à des dispositions contractuelles européennes qui ne sont pas complètes ni verrouillées puisqu'elles seraient susceptibles de « modifications appropriées » laissées sinon à la bonne volonté des parties, du moins à l'appréciation souveraine des juges.

L'article IV.C.-3:107 du DCFR fait du moment du transfert du contrôle de l'ouvrage ou d'une partie de celui-ci, le moment du paiement de la construction. 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 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 contournées (l'exemple donné dans le commentaire du DCFR montre d'ailleurs une possibilité de retenue de garantie fixée à 10% alors qu'elle est limitée, en droit français, à 5%).

e) *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 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 ? Certes, cette situation se présente aujourd'hui dans les contrats internationaux, mais elle serait considérablement étendue en s'appliquant à tous les contrats internes à un État membre, générant une insécurité juridique difficile à maîtriser.

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-être encore 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 se produirait donc.

f) *Possibilités de pressions pour le choix de l'instrument optionnel qui deviendrait dès lors obligatoire*

Des pressions pourraient être exercées sur les cocontractants pour qu'ils choisissent l'instrument le moins contraignant, et en termes de responsabilité le moins coûteux, parce que le moins protecteur. On ne peut exclure notamment 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.

g) *Minoration de la protection du consommateur*

Introduction

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 ». Or, qui ne peuvent restreindre l'application des dispositions nationales impératives. Il faudrait que cet instrument offre un niveau manifestement élevé de protection des consommateurs dans le secteur immobilier, un risque réel existe pour la protection du consommateur si l'instrument avait vocation à se substituer purement et simplement aux contrats du secteur protégé (contrat de construction de maison individuelle, ...). L'hypothèse émise par certains que l'option, dans un contrat de vente, pourrait être laissée au choix du vendeur professionnel laisse place à de nombreuses craintes. Que se passerait-il si, dans un secteur géographique déterminé, les professionnels privilégiaient tous le droit le moins protecteur ?

Cette critique rejoint celle formulée en réaction au principe de l'harmonisation complète, tel que mentionné dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs (Com. (2008) 614 final) ; il est largement fait référence à cette proposition dans le Livre vert du 1^{er} juillet 2010, sans que les liens entre cette proposition et les différentes options formulées dans le Livre vert soient clairement établis. Dans sa version actuelle, le DCFR a, sous réserve de quelques dispositions particulières, vocation à s'appliquer à tout type de relations contractuelles, sans distinction quant à la qualité des cocontractants concernés.

Dans la proposition de directive, pour répondre au problème des transpositions divergentes, la Commission suggère de s'écarter du principe d'harmonisation minimale reconnu dans les directives actuelles – selon

lequel les États membres peuvent maintenir ou adopter des règles nationales plus strictes que celles établies par la directive -, pour adopter une approche d'harmonisation complète - laquelle interdit aux États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions, même plus protectrices du consommateur, s'écartant de la directive - (v. l'article 4 de la proposition). L'idée d'une harmonisation complète, à laquelle semble faire référence l'option 4 du Livre vert, fait l'objet de diverses critiques, spécialement lorsque, au-delà des matières purement techniques (telles la durée et les conditions de forme du droit de rétractation), l'harmonisation complète vise également des règles qui s'appuient sur le droit des contrats en général, telles les obligations d'information, tel le contrôle sur le contenu des contrats via une liste exhaustive des clauses abusives ou telles encore les règles relatives à la vente de biens de consommation.

Le principe d'une harmonisation complète poserait de sérieux problèmes dans le secteur protégé du logement (construction d'habitations). Il suffit pour s'en convaincre de prendre les deux exemples suivants, issus des propositions d'harmonisation formulées dans le DCFR.

i. Les clauses abusives et le secteur de l'immobilier

L'article II.-9:410 du DCFR énonce une liste (« grise ») de clauses présumées abusives. Compte tenu du principe d'harmonisation complète, une fois l'instrument optionnel choisi par les parties, seules pourraient être prohibées les clauses figurant dans la liste des clauses abusives de cet instrument optionnel. Partant, l'article L.231-3 du CCH français, qui répute non écrites six clauses déterminées dans le contrat de construction de maisons individuelles avec fourniture de plans, pourrait être écarté, dans l'hypothèse où la vocation d'harmonisation complète du DCFR comme instrument optionnel serait reconnue et où celui-ci serait applicable au contrat de construction. De même, le décret pris en application de l'article L.132-1 du Code de la consommation français - lequel concerne le secteur immobilier puisqu'il a vocation à s'appliquer non seulement aux contrats de services (contrats d'entreprise en général ou contrats de construction de maisons individuelles spécialement réglementés), mais également aux contrats portant sur la vente par des professionnels à des consommateurs de biens immobiliers existants ou à construire - pourrait être écarté dans l'hypothèse du choix par les parties de l'instrument optionnel. Or, la liste des clauses présumées abusives dans le DCFR n'est pas identique à celle reprise dans le Code de la consommation. De surcroît, l'article II.-9:410 du DCFR ne vise que les clauses abusives qui n'ont pas été négociées, alors que la disposition correspondante du Code de la consommation s'applique

indistinctement, que les clauses aient ou non été négociées. Il en résultera une diminution de la protection du consommateur.

ii. Le droit de rétractation et le secteur de l'immobilier

Le DCFR propose une réglementation générale du droit de rétractation. En droit immobilier, l'article L. 271-1 du CCH français offre au consommateur immobilier un droit de rétractation de sept jours ; le mécanisme vise aussi bien les actes authentiques que les actes sous seing privé, et s'applique tant à la construction qu'à l'acquisition d'immeubles existants ou à construire, que le vendeur soit un particulier ou un professionnel. Cependant, l'article II-5:201 alinéa 2 du DCFR, par l'exception qu'il pose, prive de tout droit de rétractation le consommateur lié par un contrat de construction ou par un contrat portant sur des droits réels (à l'exception du contrat de bail), notamment la vente d'immeuble. 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.

E. - Avantages et inconvénients de l'option 5 (une directive relative au droit européen des contrats)

L'avantage de cette option réside dans le maintien d'une certaine autonomie des droits nationaux. Toutefois, comme le précise le Livre vert, « l'harmonisation par la voie de directives basée sur une harmonisation à minima n'aboutirait pas nécessairement à une interprétation et une application uniformes des règles ».

F. - Avantages et inconvénients des options 6 et 7 (un Règlement instituant un droit européen des contrats ou un Règlement instituant un Code civil européen)

L'avantage de ces options est qu'elles supprimeraient toute divergence nationale dans les transpositions ; elles pourraient ainsi constituer, à long terme, un idéal à atteindre.

En fonction du champ d'application et du contenu de ces règlements, incertains à ce jour, il y a néanmoins 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.

III. POSITION DU POLE DE DROIT IMMOBILIER DE TEE

Si les options 6 et 7 pourraient constituer, à long terme, un idéal à atteindre, le pôle de droit immobilier de TEE, 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), se montre favorable à une démarche raisonnable et progressive et, dès lors, à l'élaboration 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).

*

* *

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Projet de Cadre commun de référence (DCFR)

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (VON BAR C., CLIVE E., SHULTE-NOLKE H. et al. (dir.)), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline edition, Munich, Sellier, 2009.

Travaux de l'Association Henri Capitant et de la Société de Législation Comparée

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D. (coord.), WICKER G., RACINE J.-B. (coord.), *Principes contractuels communs*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D. (coord.), TENENBAUM A. (dir.), *Terminologie contractuelle commune*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008.

Travaux de recherche en droit européen de la construction (liste non exhaustive)

1. Monographies

BARENDRECHT, JANSEN, C., LOOS, M., PINNA, A., CASCAO, M. et VAN GULIK, S., *Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code), Service Contracts (PEL SC)*, Munich, Bruxelles et Berne, Sellier, Bruylant et Staempfli, 2007.

JANSEN, C.E.C., *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.

KOHL B., *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. PERINET-MARQUET, Bruylant, LGDI, 2008.

SÉNÉCHAL J., *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. DÉFOSSEZ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 259-306 et pp. 417-421.