

Développements récents de l'assurance construction en droit européen

Benoît Kohl

Professeur (Université de Liège),
Professeur invité (Université de Paris II - Panthéon Assas),
Avocat (cabinet Stibbe)

Ces derniers mois, plusieurs questions autour de l'assurance construction obligatoire ont nourri l'actualité du droit européen. Deux thèmes seront plus particulièrement abordés dans les quelques lignes qui suivent : d'une part, la libre prestation de services dans le secteur de l'assurance construction ; d'autre part, les développements auxquels les praticiens peuvent raisonnablement s'attendre à court ou moyen terme, suite au dépôt imminent au Parlement européen du rapport « Elios II ».

I. Libre prestation de services et assurance construction

La liberté de prestation transfrontalière de services est énoncée à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹ qui énonce que « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». Le principe de la libre prestation de services permet à un opérateur économique – telle une entreprise d'assurance – fournissant ses services dans un État membre d'offrir ses services de manière temporaire dans un autre État membre, sans devoir y être établi. Les dispositions relatives à la libre prestation de services étant d'effet direct, les États membres doivent modifier les lois nationales qui restreignent la liberté de prêter des services, et qui sont donc incompatibles avec ces principes. Les États membres peuvent uniquement maintenir ces restrictions dans des circonstances spécifiques où celles-ci sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, par exemple, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, et quand celles-ci sont proportionnées.

La directive « services »², adoptée par le Parlement européen et le Conseil en 2006, crée un cadre juridique pour garantir à la fois aux prestataires de services et aux consommateurs de profiter plus aisément de la libre prestation des services. Les dispositions de la directive complètent les instruments communautaires existants et se fondent, dans une large mesure, sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En particulier, l'article 16, § 2 de la directive « services » interdit aux États membres de restreindre la libre prestation de

services par un prestataire établi dans un autre État membre en imposant certaines exigences, par exemple l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire ou encore l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités.

Appliqués au secteur des assurances de la construction, ces principes emportent comme conséquence qu'une fois une entreprise d'assurance agréée dans l'État membre dans lequel elle a établi son siège social, celle-ci pourra exercer son activité en libre prestation de services dans les différents États membre de l'Union européenne. Le principe se trouve d'ailleurs réaffirmé dans la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (dite « directive solvabilité II »)³. Cette directive vise à redéfinir, pour les entreprises d'assurance, la marge de solvabilité en fonction des risques financiers. Après avoir posé le principe selon lequel « (...) l'accès aux activités d'assurance directe ou de réassurance relevant de la présente directive est subordonné à l'octroi d'un agrément préalable » (article 14), délivré par les autorités de contrôle de l'« État membre d'origine », l'article 15 de la directive dispose qu'« un agrément octroyé conformément à l'article 14 est valable dans l'ensemble de la Communauté. Il permet aux entreprises d'assurance et de réassurance d'y exercer des activités, l'agrément couvrant aussi le droit d'établissement et de libre prestation de services ».

En d'autres termes, une entreprise d'assurance contrôlée dans un État membre (soit l'« État membre d'origine ») peut opérer dans un autre État membre, dans le respect du droit local du contrat, en opérant en libre prestation de services. Pour qu'un assureur ou intermédiaire d'assurances étranger intervienne sur le sol français en libre prestation de services, il suffit donc que les autorités de contrôle du pays du siège de l'entreprise d'assurance délivrent un certificat de solvabilité et un certificat d'agrément, sans que l'Autorité française de Contrôle Prudenciel et de Résolution (l'ACPR) puisse établir une quelconque autre procédure d'autorisation ou d'agrément préalable (Art. L. 362-2 du Code des assurances⁴). Certains en France soulèvent certaines critiques à l'égard de la libre prestation de services dans le cadre spécifique de l'assurance construction, eu égard aux principes de gestion en capitalisation des garan-

3 Journal Officiel n° 335 du 17 décembre 2009.

4 Selon l'article L. 362-2 du Code des assurances, « toute entreprise d'assurance communautaire établie dans un État membre autre que la France peut couvrir ou prendre sur le territoire de la République française, en libre prestation de services à partir de cet établissement, des risques ou des engagements conformément aux agréments qui lui ont été accordés par les autorités de contrôle de son État d'origine, sous réserve que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ait préalablement reçu de ces dernières les informations requises. Un arrêté fixe les modalités d'application du présent article comme il est dit à l'article précédent ». L'agrément délivré par l'autorité de contrôle de l'État d'origine suppose notamment la vérification de la solvabilité de l'entreprise d'assurance. Sur les conditions d'accès en libre prestation de services au marché d'un État membre autre que l'État membre d'origine, voy. p. ex. H. Rumeau-Maillot, v° Assurance, Répertoire de droit européen, Paris, Dalloz, 2014, n° 50 et s.

1 Journal Officiel n° 115 du 9 mai 2008 (version consolidé du traité).

2 Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 sur les services dans le marché intérieur (Journal Officiel n° 376 du 27 décembre 2006).

ties obligatoires, dont les particularités pourraient ne pas toujours être adéquatement prises en compte par les entreprises d'assurances étrangères (ainsi que par les organismes de contrôle des États où elles y sont établies)⁵.

L'État membre d'« accueil » d'une entreprise d'assurance qui entend y exercer son activité en libre prestation de services ne peut donc imposer à cette entreprise aucun obstacle au développement de ses activités sur son territoire.

Sur ce dernier point, la Commission européenne a récemment décelé, en droit français, l'existence d'un obstacle à la libre prestation des services d'assurance par des entreprises agréées par les autorités de contrôle d'autres États membres. Cet obstacle résulte des limites à l'intervention, en cas de défaillance de l'assureur, du Fonds (français) de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO).

En effet, en droit français, l'assurance construction – aussi bien l'assurance « dommages ouvrage » que l'assurance de la responsabilité des constructeurs – présente un caractère obligatoire. À ce titre, ce secteur d'activité relève du domaine du Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO). Cette structure est chargée d'indemniser les victimes de préjudices dans des hypothèses très variées, notamment en cas de défaillance de l'organisme d'assurance. Or, l'article L. 421-9 du Code des assurances énonce que « le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages institué par l'article L. 421-1 est chargé de protéger les personnes assurées, souscriptrices, adhérentes ou bénéficiaires de prestations de contrats d'assurance dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire, contre les conséquences de la défaillance des entreprises d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'État en vertu de l'article L. 310-1 (...) »⁶. Se fondant sur cette disposition, le FGAO a indiqué qu'il n'entendait pas couvrir les assureurs étrangers, opérant en France en libre prestation de services dans le secteur de l'assurance construction obligatoire, en cas de défaillance.

Il résulte donc de cette position, qui trouve son fondement dans la disposition légale précitée, une discrimination potentielle entre, d'une part, les entreprises d'assurance agréées en France et contrôlées par l'État français, et, d'autre part, celles agréées à l'étranger, mais voulant exercer en France au bénéfice de la libre prestation de services. En effet, l'absence de couverture par le FGAO des risques de défaillance d'un assureur peut dissuader les clients de s'adresser à lui ; en d'autres termes, par le maintien de cette mesure de protection – dont le bénéfice est limité aux

personnes ayant souscrit leur assurance auprès d'une entreprise d'assurance agréée en France et contrôlée par l'État français –, les assureurs étrangers opérant en France en libre prestation de services se trouvent désavantagés.

Saisie d'une plainte déposée par un courtier en assurance, la Commission européenne a adressé à la France, le 11 juillet 2014, une lettre de mise en demeure relevant les effets restrictifs de cette législation. Si les autorités françaises ne parviennent pas à convaincre la Commission, celle-ci pourrait décider d'émettre un avis motivé, dernière étape avant la saisine de la Cour de justice. Afin de répondre aux critiques, deux options peuvent *a priori* s'envisager : soit une suppression de la couverture par le FGAO des risques de défaillance dans le cadre de l'assurance construction ; soit une extension du bénéfice de la couverture aux entreprises d'assurances agréées à l'étranger et développant en France leurs activités en libre prestation de services. Se posera alors sans doute, dans ce dernier, la question du financement du FGAO.

★

C'est dans ce contexte que le consortium « Elios » déposera très prochainement au Parlement européen, son rapport « Elios 2 », dont certaines recommandations méritent une attention particulière, en lien avec le débat relatif aux entraves posées par le droit français, selon la perception de la commission européenne, à l'assurance construction en libre prestation de services.

II. Rapport « Elios 2 »

Le droit de l'assurance dans le secteur de la construction en Europe demeure encore une juxtaposition de droits divers et variés. Chaque système juridique a, en effet, développé ses propres règles au fil de l'histoire sans jamais se préoccuper du contenu des droits des autres États membres.

Même si des principes communs ont déjà été dégagés en cette matière, la responsabilité et l'assurance des constructeurs après achèvement de l'ouvrage présente de sérieuses différences selon les systèmes juridiques envisagés. Nous avons, par le passé, dressé le constat des différences très importantes qui existent, par exemple quant à la notion de faute du constructeur, et à la preuve de celle-ci, quant au caractère d'ordre public ou non de sa responsabilité, quant aux délais de prescription applicables aux actions dirigées contre les constructeurs, ou encore quant à la présence d'assurances obligatoires dans le secteur de la construction⁷.

À titre d'exemple, si depuis l'adoption et les transpositions de la directive européenne 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, le consommateur européen bénéficie d'un régime uniforme de garantie le protégeant contre les défauts de conformité [de la chose vendue] après livraison, force est de constater que la prestation de services, et

5 Ainsi, selon J. Roussel, « (...) le mode de provisionnement technique adapté à la gestion en capitalisation, c'est-à-dire à un engagement de l'assureur pour une durée ferme de dix ans, aussi bien en dommages ouvrage qu'en assurance de responsabilité décennale, est, en droit français, précisé et détaillé à l'article A. 331-21 du code des assurances. L'assureur qui a perçu une prime une année donnée doit la provisionner pour faire face aux sinistres qui surviendront durant les dix ans suivant la réception. Compte tenu de la durée de la construction et des sinistres qui se manifestent tardivement, l'article A. 331-21 préconise en principe un étalement dans le temps de la prime sur une période de quatorze ans (année 0 à 13) » (J. Roussel, « Marchés publics d'assurance et libre prestation de services (LPS) », note sous C.E., 12 mai 2014, R.D.I., 2014, p. 468). Il n'est, en effet, pas certain que les entreprises d'assurances étrangères, et leurs autorités de contrôle, soient toujours correctement informées de l'existence de ces règles propres à l'assurance construction du droit français.

6 Nous soulignons.

7 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 ?* (préface de H. Périnet-Marquet), Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008.

notamment de services de construction, s'illustre pas une absence quasi totale d'harmonisation⁸.

Ce constat fut également relevé par les auteurs du « rapport Elios 1 », auxquels la Commission européenne avait donné pour mission, en 2008, d'étudier les « régimes de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la construction ». L'étude devait être réalisée, afin, notamment, de « soumettre à la Commission de orientations pour stimuler l'innovation et le développement durable ». Dans leurs conclusions, déposées en avril 2010, les auteurs du rapport proposaient notamment une harmonisation des régimes d'assurance et de responsabilité dans le secteur de la construction, la mise en place d'un contrat type d'assurance européen, ou encore la création d'une agence européenne de l'assurance construction⁹.

Faisant suite à ce premier rapport, le Parlement européen a lancé en 2011 un appel d'offres, afin de procéder à l'étude plus approfondie de certaines de ces recommandations. Cette nouvelle étude devait plus particulièrement concerner : (i) le développement d'un répertoire européen des signes de qualité pour les produits, les systèmes, les compétences et la performance des acteurs ; (ii) le développement d'un observatoire européen de la pathologie dédié aux écotechnologies et (iii) l'analyse des conditions à réunir pour une meilleure convergence ou une reconnaissance mutuelle des différents régimes d'assurance construction et l'identification des critères et des modalités nécessaires au développement de schémas d'assurance pouvant favoriser les activités transfrontalières et garantir les performances des bâtiments durables. Ce projet, qui s'inscrit dans le prolongement du « rapport Elios 1 », a naturellement été baptisé « Elios 2 »¹⁰.

Partant du constat de la divergence chaque jour plus importante dans la réglementation des activités d'assurance et du contrôle de la qualité, mais également du constat que le climat n'est sans doute pas favorable à l'heure actuelle pour la recherche d'une harmonisation des règles applicables au contrat de construction et aux assurances couvrant l'ouvrage et l'activité des construc-

teurs¹¹, les auteurs du rapport Elios 2 proposent la mise en place d'un système pragmatique, directement applicable, mais également modeste dans ses ambitions.

Parmi les recommandations formulées par le groupe Elios 2, deux retiennent plus spécialement l'attention.

La première réside dans la suggestion de mettre en place un « *Eco-technologies Quality European Observatory* » (EQEO), dont l'ambition consisterait à mettre en commun les données qualitatives relatives à certaines pathologies du bâtiment, dans le domaine spécifique des écotechnologies. Cette base de données pourrait être établie au départ des données rassemblées par certains acteurs publics ou privés actifs au plan national dans le secteur du contrôle des activités du bâtiment. Le succès de cette initiative dépendra de la disponibilité de ces acteurs à partager les bases de données patiemment constituées par des années, voire des dizaines d'années, de retours sur expérience.

La deuxième recommandation présente sans doute de plus sérieuses chances de voir sa concrétisation aboutir à court terme. Elle consiste à mettre en place un « *European Facilitator for Access to Construction Insurance* » (EFACI).

Cette recommandation constitue la mesure privilégiée par les auteurs du rapport, afin de répondre à la préoccupation que la libre prestation des services d'assurance construction demeure pour l'essentiel un vœu pieux à l'heure actuelle, en raison notamment des divergences nationales en ce qui concerne l'obligation d'assurance construction.

Le rapport Elios 2 identifie en effet plusieurs remèdes pour répondre à cette préoccupation. L'on pourrait, par exemple, organiser un système d'équivalence entre les assurances délivrées dans les différents États membres (l'assurance de la responsabilité des constructeurs fournie dans un État membre étant présumée reconnue équivalente et admise comme telle pour couvrir la responsabilité des constructeurs à l'occasion de chantiers réalisés dans d'autres États membres). Cette solution se heurte toutefois à l'obstacle de la divergence des régimes nationaux de responsabilité des constructeurs. Sur la base de ce dernier constat, une autre solution résiderait dans la tentative de réduire la diversité des réglementations nationales en matière d'assurance de la responsabilité des constructeurs. De l'aveu même des auteurs du rapport, cette option demeure toutefois, à l'heure actuelle, essentiellement théorique, ce que nous ne manquons pas de regretter à titre personnel. Une autre proposition, moins ambitieuse, consiste à accroître, au bénéfice des PME et des consommateurs, l'échange d'informations à propos des exigences propres à chacun des systèmes juridiques existants et quant aux possibilités d'accès au marché national de l'assurance et des garanties dans le secteur de la construction.

Cette dernière solution peut paraître toutefois insuffisante, à la lumière de l'expérience existant déjà actuellement à propos des « points de contact unique » (*Points of Single Contact* – PSC) – censés renseigner les prestataires de

8 En décembre 1990, la direction générale « Consommateurs » de la Commission avait certes présenté une proposition de directive sur la responsabilité du prestataire de services, incluant le secteur de la construction (COM (1990) 482 final, *J.O.*, C 012/8 du 18 janvier 1991). L'objectif était d'apporter une meilleure protection, au sein de l'Union européenne, pour les consommateurs qui subissent un dommage. La principale caractéristique de cette proposition était l'introduction d'un système uniforme de responsabilité pour les prestataires de services basé sur le renversement de la charge de la preuve à l'avantage de la personne ayant subi le dommage (sur cette proposition de directive, voy. entre autres N. Fraselle (éd.), *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé. Une proposition de directive européenne*, Coll. Centre de droit de la consommation (U.C.L.), Bruxelles, Academia Bruylant, 1992 ; H. Périnet-Marquet, « La responsabilité des constructeurs en droit communautaire : enjeux et débats », *R.D.I.*, 1992, pp. 457 et suiv. ; D. Struyven, « Projets européens en faveur du consommateur : *capita selecta* », *Rev.dr.int.&comp.*, 1991, pp. 351 et suiv.). Les fédérations représentant les professionnels de la construction protestèrent vigoureusement contre l'application de cette proposition de directive à leur secteur (voy. spécialement P. Matthei, « Vers une proposition de directive spécifique dans le secteur de la construction », in N. Fraselle (éd.), *op. cit.*, pp. 48-56). Elle n'a, finalement, pas été adoptée par le Parlement européen et le Conseil.

9 Sur le rapport « Elios 1 », voy. J. Roussel, « L'étude Elios et l'assurance construction en Europe », *R.G.D.A.*, 2012, p. 575 ainsi que la synthèse en français du rapport final Elios (notamment publiée dans *R.G.D.A.*, 2012, p. 895).

10 Pour l'historique de ce projet, voy. G. Leguay, « Elios 2 : un nouveau projet pilote », *R.D.I.*, 2012, p. 103.

11 Voy. entre autres sur cette question notre étude : B. Kohl, « Towards a European Consumer Construction Law ? », *I.C.L.R. (International Construction Law Review)*, 2010 (vol. 27, part 2), pp. 211-241. V. également le site internet www.elios-ec.eu.

services sur les réglementations, autorisations, licences, permis, etc. nécessaires à l'exercice de leur activité dans un État membre déterminé –, dont la mise en place n'a pas permis de réduire notablement les difficultés rencontrées par les prestataires de services transfrontaliers.

Aussi le groupe de travail Elios 2 propose-t-il la création d'une autorité indépendante, désignée par la Commission européenne et composée de représentants du secteur de la construction, du secteur de l'assurance, ainsi que d'experts et de représentants de la Commission européenne. Cette autorité serait chargée par celle-ci de conseiller et d'assister les prestataires de services du secteur de la construction immobilière dans leurs démarches en vue d'accéder au marché de l'assurance pour les activités transfrontalières. Ce « Facilitateur » accompagnerait ces prestataires – pour l'essentiel des PME – dans la collecte d'informations et dirigerait ceux-ci vers les organismes assureurs reconnus. Il n'entrerait toutefois dans son rôle, ni d'imposer à un assureur de couvrir un risque en particulier ni de gérer le processus contractuel de souscription de l'assurance à la place du prestataire. Le « Facilitateur » pourrait également recevoir comme mission d'assurer un « *monitoring* » de l'accès au marché européen de l'assurance et de conseiller la Commission européenne quant aux actions à entreprendre si des difficultés particulières devaient être observées.

Cette proposition pragmatique mérite considération. Si elle ne permettra certes pas de lever tous les obstacles qui empêchent actuellement de ne voir guère plus dans la libre prestation des services d'assurance dans le secteur de la construction, qu'un concept essentiellement théorique, elle permettra néanmoins, sur une base individuelle, de fournir une assistance aux prestataires pour la couverture des risques inhérents à l'activité de construire, spécialement lorsqu'elle présente un aspect transfrontière. Quoique de manière modeste, cette initiative permettra donc de faciliter l'accès à l'assurance pour les PME du secteur de la construction. Par cette proposition concrète, le rapport Elios 2 répond donc de manière positive et visible à l'un des principaux objectifs qui lui avaient été assignés par le Parlement européen.

Encore ces suggestions ne resteront-elles qu'un vœu pieux si elles ne sont pas reprises à leur compte par la Commission et par le Parlement européen. L'avenir dira si et dans quelle mesure les propositions auront été entendues par les acteurs législatifs de l'Union européenne. Les raisons exposées ci-dessus nous autorisent toutefois un optimisme raisonnable.