
La loi applicable aux contrats de construction transfrontaliers et le régime de la responsabilité décennale

Auteur : Dupont, Aglaé

Promoteur(s) : Kohl, Benoit

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16956>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La loi applicable aux contrats de construction transfrontaliers et le régime de la responsabilité décennale

Aglaé DUPONT

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en Droit civil

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Benoit KOHL
Professeur ordinaire

RESUME

Ce mémoire porte sur l'étude de la détermination du droit applicable aux relations de construction transfrontalières et internationales dans un contrat de construction immobilière. L'intention est tout d'abord portée sur les mécanismes de responsabilité existant en Belgique dans le secteur de la construction et particulièrement sur les régimes de responsabilité survenant après la réception de l'ouvrage. Une analyse des responsabilités décennale et pour vices cachés véniels en Belgique conduit ensuite le lecteur à s'interroger sur l'incidence des éléments d'extranéité sur la loi applicable dans un contrat d'entreprise tant principal que de sous-traitance. C'est le Règlement Rome I, socle juridique de la loi applicable aux obligations contractuelles lorsque survient un conflit de loi, qui nous pousse à entamer la recherche de loi applicable lorsque les parties n'en n'ont pas expressément fait le choix en application du principe d'autonomie de la volonté qui leur est consacré. Le Règlement Rome I pose un rattachement alternatif en faveur du lieu de résidence des prestataires de service en cas d'absence de choix de loi. Toutefois, lorsque des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat membre peuvent être réalisés, les juges ont la capacité de mettre en œuvre, à des conditions strictes, la clause d'exception afin de rattacher le contrat à cet Etat.

Dès lors que les mécanismes de responsabilité décennale et d'assurance obligatoire sont inhérents à la loi applicable mais non consacrés uniformément en Europe, les parties auront un intérêt à faire appliquer la loi la plus favorable à leur convention. Pour ce faire nous envisageons dans ce travail la possibilité de recourir aux loi de police et de consacrer la notion d'ordre public afin d'appliquer la responsabilité décennale ainsi que l'assurance obligatoire au contrat alors même que la loi belge a été écartée. En effet, la reconnaissance dans la loi applicable de ces régimes de responsabilités et d'obligation d'assurance, sont la preuve que la désignation de la loi dans les contrats internationaux a toute son importance.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
TITRE I. À TITRE PRÉLIMINAIRE	8
CHAPITRE I. LE CONTRAT D'ENTREPRISE.....	8
CHAPITRE II. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉS	10
A. Impact de la réforme du droit des obligations.....	10
<i>Section 1 : La responsabilité contractuelle de droit commun</i>	11
<i>Section 2 : La responsabilité des intervenants à l'acte de construire après la réception-agréation de l'ouvrage</i>	11
Sous-section 1 : Distinction entre obligation de moyen et de résultat.....	12
Sous-section 2 : La responsabilité décennale	14
A. Champ d'application.....	15
i. Existence d'un contrat d'entreprise.....	15
ii. Nature des ouvrages visés par la responsabilité décennale : édifices et gros ouvrages.....	16
iii. La nature du vice susceptible d'engager la responsabilité décennale.....	17
iv. La preuve d'une faute de l'entrepreneur.....	18
B. Incidence du caractère d'ordre public.....	18
C. Clauses in solidum.....	19
D. Délai.....	20
Sous-section 3 : La responsabilité pour vices cachés véniels.....	20
A. Principe.....	20
B. Champ d'application du régime de la responsabilité contractuelle de droit commun.....	21
C. Incidence du fait que la responsabilité pour vices cachés véniels ne soit pas d'ordre public	22
D. Délai.....	22
Sous-section 4 : Le mécanisme de responsabilités en droit comparé.....	23
TITRE II. LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DES CONTRATS DE CONSTRUCTION IMMOBILIÈRE	24
CHAPITRE I. LA LOI APPLICABLE DANS UNE RELATION PRINCIPALE INTERNATIONALE DE DROIT DE LA CONSTRUCTION	25
<i>Section 1 : Le choix par les parties de la loi applicable</i>	26
Sous-section 1 : Autonomie de la volonté	26
Sous-section 2 : Limites.....	27
Sous-section 3 : Les lois de polices	28
Sous-section 4 : L'ordre public.....	29
<i>Section 2 : La loi applicable à défaut de choix</i>	30
Sous-section 1 : Application de la loi du lieu de résidence du constructeur	30
Sous-section 2 : Les clauses d'exception.....	32
CHAPITRE II. L'OBLIGATION D'ASSURANCE RATTACHÉE À LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE CONSTRUCTION.....	33
<i>Section 1 : Le mécanisme de l'assurance obligatoire dans le secteur de la construction</i>	36
Sous-section 1 : En Belgique.....	36
Sous-section 2 : En France.....	42
<i>Section 2 : La loi applicable au contrat de construction et le principe de l'assurance obligatoire</i>	43
Sous-section 1 : L'assurance obligatoire, une loi de police ?.....	46
Sous-section 2 : La clause d'exception peut-elle entraîner l'obligation d'assurance ?	46
CHAPITRE III. LE DROIT APPLICABLE DANS LES CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE.....	47
<i>Section 1 : La sous-traitance</i>	47
Sous-section 1 : Définition et caractéristiques.....	47
Sous-section 2 : Autonomie du contrat de sous-traitance.....	48
<i>Section 2 : La loi applicable au contrat de sous-traitance</i>	48
Sous-section 1 : Principe de l'autonomie de la volonté.....	49
A. Le principe de liberté de choix	49
Sous-section 2 : La loi applicable à défaut de choix.....	50
A. La loi de la résidence du prestataire de service	50
B. Clause d'exception.....	51
CHAPITRE IV. L'ACTION DIRECTE DANS LE CONTRAT D'ENTREPRISE INTERNATIONAL.....	51
<i>Section 1 : En Belgique</i>	52
Sous-section 1 : L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	52
A. L'action directe en paiement	52

B. L'action directe en responsabilité	55
Sous-section 2 : L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant	55
A. L'action directe.....	55
<i>Section 2 : En France.....</i>	<i>57</i>
<i>Section 3 : Loi applicable aux actions directes dans un contrat international</i>	<i>57</i>
CONCLUSION	58

INTRODUCTION

Le secteur de la construction immobilière internationale est en plein essor en Europe. Le développement du marché intérieur croissant conduit de nombreux contrats à être régis par des droits étrangers. Assurément, quel maître de l'ouvrage belge n'a jamais eu la tentation de contracter avec un entrepreneur de l'une ou l'autre frontière telle que celle de l'Allemagne, de la France ou du Luxembourg.

Toutefois, les différents régimes juridiques nationaux font croître l'incertitude quant au droit applicable à ces contrats transfrontaliers, rendant propice l'apparition de litiges. Dans le secteur de la construction, ces contentieux se développent de plus en plus à l'heure où les contrats s'internationalisent et créent un véritable labyrinthe : complexe, long et multipartite.

L'étude des différents contrats de construction permet de réaliser que la problématique relative au droit applicable à ces contrats est au cœur de la conjoncture actuelle. Dans le cadre de cet exposé, nous nous limiterons à l'étude du droit applicable dans une relation contractuelle privée en Europe. Eu égard au caractère limité de cet exposé seule la comparaison avec le système français sera approfondie tout au long de ce travail.

Plusieurs modèles contractuels variés peuvent être choisis afin de s'engager dans un projet de construction internationale. Les parties sont libres de choisir celui qui répondra au mieux à leurs attentes. Pour ce travail, le modèle traditionnel de la sous-traitance retiendra notre attention.

Nous analysons ici une problématique découlant du caractère international des contrats de construction immobilière. Il s'agit du sort du régime de responsabilité des parties et en particulier celui de la responsabilité décennale à laquelle les architectes et entrepreneurs belges sont soumis. Peut-elle être écartée ou au contraire, reste-t-elle de mise, dans un contrat transfrontalier ? De ces questions relatives à la responsabilité décennale découlent les questions des assurances du constructeur et autres cocontractants ainsi que celles relatives aux actions directes dont disposent les sous-traitants.

Pour répondre à cette question nous commencerons cet exposé par une brève description de la responsabilité décennale en Belgique suivie de l'étude de la responsabilité pour vices cachés véniels.

Après cela, nous nous pencherons sur l'étude du Règlement régissant la loi applicable aux contrats transfrontaliers, ceci afin de comprendre l'incidence contractuelle du recours à des entreprises et à des sous-traitants étrangers.

Nous analyserons ensuite pour chacun de ces contrats les impacts de la loi applicable sur les régimes de responsabilités évoqués en amont, tout en faisant le point sur la jurisprudence belge et française et la façon dont elles abordent l'incidence des contrats internationaux sur leurs régimes de responsabilités liant les intervenants à l'acte de construire.

Enfin, nous étudierons les actions qui s'offrent aux sous-traitants dans ces contrats d'entreprise de construction.

TITRE I. À TITRE PRÉLIMINAIRE

CHAPITRE I. LE CONTRAT D'ENTREPRISE

Pour la cohérence des propos de cet exposé, c'est uniquement le contrat d'entreprise qui retiendra notre attention, en raison du régime particulier de ce contrat dit « spécial » dans le secteur de la construction immobilière.

Le contrat d'entreprise est un contrat de service portant sur un ouvrage. Comparer les intérêts des parties dans cet exposé présente un intérêt seulement si on a affaire à un contrat de service qui porte sur un ouvrage. Si c'est un contrat de vente de marchandises alors la Convention de Vienne¹ s'applique.

Dans un schéma de construction classique, les deux parties contractantes sont l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage². Ce dernier peut être un profane³ ou un professionnel. Dans une relation de construction, les parties s'engagent à être liées par un contrat d'entreprise de construction, « dont l'objet consiste bien sûr en l'exécution de travaux, moyennant un prix versé par le maître de l'ouvrage »⁴.

Le cadre légal du contrat d'entreprise trouve son fondement dans l'ancien Code civil, dans les articles 1787 à 1789⁵. En raison du caractère mince du régime légal spécifique au contrat d'entreprise, les règles du droit commun des obligations présentent un rôle prépondérant et

¹ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

² B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 120.

³ « Consommateur ignorant des problèmes et des risques qu'il aura à affronter », selon la définition de A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Répertoire Notarial, Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 62, n° 13.

⁴ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, op. cit., p. 120.

⁵ Inclus dans le chapitre III intitulé « Du louage d'ouvrage et d'industrie » du Livre 3 de l'ancien Code civil. Voy. A. CRUQUENAIRE et al., *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, Liège, Wolters Kluwer, 2022, p. 412.

les cocontractants possèdent une large marge de manœuvre pour faire valoir leurs volontés. Nous soulignons l'importance de la doctrine et de la jurisprudence en raison des lacunes qu'elles permettent de combler pour déterminer le régime applicable à ce contrat⁶. Les décisions des cours et tribunaux ont effectivement permis de construire, dans une large perspective, le régime de la responsabilité des constructeurs⁷.

Certaines législations extérieures à l'ancien Code civil permettent d'approfondir l'examen du contrat d'entreprise⁸.

Eu égard aux lacunes des textes législatifs⁹, nous retiendrons ici la définition de la doctrine et de la jurisprudence afin d'avoir une idée limpide du sujet. Elles définissent le contrat d'entreprise comme « la convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail ou un service déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation »¹⁰. Retenons également la définition fournie par H. De Page¹¹ ainsi que celle, plus récente, définissant le contrat d'entreprise comme « l'exécution contre rémunération d'un contrat déterminé, intellectuel ou matériel, sans représenter le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre et en tout indépendance de ce dernier »¹².

C'est un régime particulier qui régit le contrat d'entreprise de construction immobilière présentant un élément d'extranéité en Europe. Le droit international des contrats est presque

⁶ A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Ibidem*, p. 412.

⁷ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *Actualités en droit de la construction*, S. Vanvrekem (dir.), 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 8.

⁸ On peut citer entre autres : la loi protégeant les architectes du 20 février 1939, la loi du 9 juillet 1971 dite « loi Breyne » qui protège le maître de l'ouvrage faisant construire une maison d'habitation, la loi du 4 avril 2019, portant insertion dans le Code de droit économique des dispositions relatives aux clauses abusives se situant dans le contrat d'entreprise, aux articles VI.91/1 et s ; Loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 25 mars 1939 ; Loi du 9 juillet 1971 relative à la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971 ; Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

⁹ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 22.

¹⁰ Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142 ; Bruxelles, 19 décembre 2002, *Res jur. Imm.*, 2003, p. 138.

¹¹ « Le contrat d'entreprise est [...] un contrat synallagmatique par lequel une personne, l'entrepreneur, s'engage à réaliser pour une autre, appelée le maître d'ouvrage – mais sans qu'il y ait un lien de subordination à l'égard de celui-ci –, pour un prix fixé, un ouvrage déterminé en accomplissant des actes matériels sensu lato (...), à l'exclusion des actes juridiques » ; H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.IV, Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 844.

¹² A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence (2001-2011)*, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 11.

totale­ment euro­péanisé¹³. Les règles gouvernant ces contrats interna­tionaux se trouvent en grande partie dans les Règle­ment Bruxelles I *bis*¹⁴ et Rome I¹⁵.

CHAPITRE II. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉS

Abordons maintenant les questions relatives à la responsabilité contractuelle de droit commun des intervenants à l'acte de construire, ainsi que celles relatives à leur responsabilité après la réception-agréation de l'ouvrage, qualifiées de responsabilité pour vices cachés véniels et pour vices graves, que nous examinerons succinctement^{16,17}.

A. Impact de la réforme du droit des obligations

La théorie générale des contrats manifeste toute son importance dans le cadre de la recherche et de l'application des responsabilités du constructeur. En effet, la responsabilité décennale de l'article 1792 de l'ancien Code civil des constructeurs découle en majeure partie du droit commun des obligations et des contrats. Lorsque toutes les conditions propres à cette dernière ne sont pas rencontrées, il revient au maître de l'ouvrage de rechercher la responsabilité de l'entrepreneur en s'appuyant sur le droit commun de la responsabilité contractuelle¹⁸.

Le droit des obligations a subi une réforme conséquente par deux lois du 28 avril 2022¹⁹. Le nouveau livre 5 « Les obligations »²⁰ est notable car le droit du contrat d'entreprise, et spécifiquement, le régime de responsabilités des constructeurs se fonde sur le droit commun des obligations par le biais de l'article 5.13 du Code civil²¹.

¹³ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, Bruxelles, La Chartre, 2020, p. 458.

¹⁴ Règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 351, 20 décembre 2012.

¹⁵ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *J.O.U.E.*, L 177, 4 juillet 2008.

¹⁶ A. DELVAUX, *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p.245 à 248.

¹⁷ A. DELVAUX *et al.*, *Ibidem*, p.246.

¹⁸ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » et le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

²⁰ En exécution de l'article 65 de la loi du 28 avril 2022 portant insertion du livre 5, la réforme du droit des obligations est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Les articles 64 et 65 prévoient le sort futur des contrats d'entreprise de construction immobilière ainsi que le sort des actes conclus avant son entrée en vigueur.

²¹ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 8.

Section 1 : La responsabilité contractuelle de droit commun

Conformément au droit commun et jusqu'à la réception-agréation de l'ouvrage, le prestataire supporte la responsabilité contractuelle en vertu de l'article 1147 de l'ancien Code civil, à savoir la responsabilité découlant de l'obligation de bien exécuter l'objet de la prestation par rapport aux engagements souscrits²².

L'intervenant à l'acte de construire n'engage ici sa responsabilité contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage qu'en cas de faute prouvée par ce dernier car il n'y a pas de présomption de faute dans l'inexécution d'une obligation souscrite²³. Cet intervenant ne sera libéré que s'il parvient à démontrer la faute exclusive dans le chef d'un autre intervenant ou en cas de force majeure²⁴.

La responsabilité contractuelle ne peut être engagée que si le prestataire manque à ses engagements contractuels et si la faute lui est imputable²⁵. Cette dernière condition posera des difficultés dans un contrat de construction immobilière dès lors que plusieurs prestataires contribuent à la réalisation de l'ouvrage. Il est crucial de distinguer le défaut de conception et le défaut d'exécution et il revient au maître de l'ouvrage de prouver que le défaut est dû à une faute de conception, qui en principe engagera la responsabilité de l'architecte, ou à une faute d'exécution, auquel cas c'est la responsabilité de l'entrepreneur qui sera engagée²⁶.

Le contrat d'entreprise est soumis à ce régime de la responsabilité pour faute²⁷ qui vaut tant avant la réception-agréation de l'ouvrage qu'après.

Section 2 : La responsabilité des intervenants à l'acte de construire après la réception-agréation de l'ouvrage

Ensuite, apparaissent les responsabilités après la réception-agréation telles que la responsabilité pour vices graves et la responsabilité pour vices cachés véniels, qui manifestent la singularité du contrat d'entreprise et sont des responsabilités subjectives à base de faute prouvée²⁸. Ce principe a été confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1995²⁹

²² A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 245.

²³ A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », *Droit de la construction*, B. KOHL (dir), Bruxelles, Larcier 2016, p. 66 ; A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 246.

²⁴ A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction... », *op. cit.*, p. 66.

²⁵ C. DELFORGE *et al.*, *Les défauts de la chose : responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, p. 208 et 209.

²⁶ C. DELFORGE *et al.*, *Ibidem*, p. 209.

²⁷ A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise de construction », *op. cit.*, n° 160.

²⁸ C. DELFORGE *et al.*, *Les défauts de la chose : responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, *op. cit.* p. 207.

²⁹ Cass., 15 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p.780 ; voy également Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et dr.*, 1997,

et rappelé sans équivoque à propos de la responsabilité pour défauts cachés, par arrêt du 5 décembre 2002³⁰.

Certains points communs se dégagent de ces deux responsabilités. Pour les engager, une faute à charge des intervenants à l'acte de construire doit être prouvée, et ce, par toute voie de droit³¹. Afin de se dégager de leur responsabilité, il devra être démontré par les intervenants à l'acte de construire qu'ils n'ont pu répondre à leur obligation à cause d'un cas fortuit ou de force majeure, d'une erreur invincible ou d'une cause étrangère³².

Ces responsabilités courent à dater de l'agrégation de l'ouvrage, pour dix ans.

Sous-section 1 : Distinction entre obligation de moyen et de résultat

Depuis l'arrêt du 15 décembre 1995³³ rendu par la Cour de cassation, il est reconnu que pour déterminer la charge de la preuve de la faute de l'entrepreneur, il faut se référer au droit commun des contrats et à l'intensité des obligations de l'entrepreneur. L'obligation contractée découle-t-elle d'une obligation de moyen ou de résultat³⁴ ?

Selon les auteurs de doctrine, une obligation est considérée comme étant de résultat « s'il s'avère que le débiteur promet d'atteindre un résultat escompté ; elle est de moyen lorsque celui-ci ne s'engage qu'à mettre tous les moyens en œuvre, c'est-à-dire d'agir en bon père de famille, pour tenter d'obtenir le résultat en question »³⁵.

Depuis la réforme du Code civil et l'adoption du Livre 5, l'article 5.72 définit ces deux obligations³⁶. La distinction entre elles porte un intérêt pour la charge de la preuve de la faute de l'entrepreneur et a été mise en lumière dans le domaine de la construction par l'arrêt dit

et note A. DELVAUX, « Preuve de la responsabilité dans les désordres de la construction », p. 188 à 204.

³⁰ Cass., 5 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 628 et C. DELFORGE *et al.*, *op. cit.*, p. 208.

³¹ La faute doit être prouvée c'est pourquoi on parle de « faute » et non de « garantie » ; A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 250.

³² Liège (20^e ch.), 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 1388 ; Anvers (2^e ch. *bis*), 13 novembre 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 1041, note W. GOOSSENS *et Entr. et dr.*, 2003, p. 99.

³³ Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 177, concl. J-M. PIRET, obs. A. DELVAUX.

³⁴ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 11.

³⁵ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 280 ; J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur : de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106 à 108.

³⁶ « L'obligation de moyen est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de fournir tous les soins d'une personne prudente et raisonnable pour atteindre un certain résultat. La preuve de la faute du débiteur incombe au créancier. L'obligation de résultat est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu d'atteindre un certain résultat. Si le résultat n'est pas atteint, la faute du débiteur est présumée, sauf à démontrer la force majeure », C. civ, art. 5.72.

« Chocolat » de la Cour de cassation de 1995³⁷, dans lequel la Cour annonce qu'il faut s'interroger sur l'origine du désordre afin de savoir s'il résulte d'une faute de l'entrepreneur.

En effet, lorsqu'il est soumis à une obligation de moyen, c'est le maître de l'ouvrage qui est tenu de prouver que l'inexécution provient d'une faute de l'entrepreneur, tandis que lorsque ce dernier est soumis à une obligation de résultat, une présomption de faute lui est imputable si le résultat n'est pas atteint³⁸. L'entrepreneur pourra toujours essayer d'échapper à cette faute présumée, s'il parvient à démontrer l'existence d'un cas de force majeure. C'est enseignement est tiré de l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 décembre 2002³⁹ et prouve l'importance de connaître l'intensité des obligations de l'entrepreneur avant l'introduction d'un litige dans le domaine de la construction⁴⁰.

Il y a plusieurs critères de distinction à appliquer au cas par cas, afin de connaître la qualité de l'obligation. En premier lieu, on se réfère à l'intensité des obligations qui a été prévue par le législateur dans la situation envisagée⁴¹. Si l'on constate que le législateur n'est pas intervenu pour régler la question, on se rapporte à l'intensité prévue de manière explicite par les parties au contrat à leurs engagements. Sinon, à défaut de volonté manifeste des parties et en cas de lacune des textes, on recourt au critère de l'aléa, dans l'interprétation de la volonté des parties. Le critère de l'aléa est communément utilisé par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1984⁴² ainsi que par un arrêt du 5 décembre 2002 par lequel il est estimé que si « l'obligation en cause dépend essentiellement du débiteur, auquel cas l'obligation est de résultat ; en revanche, si celle-ci dépend d'un ou de plusieurs autres aléas, l'obligation est de moyens »⁴³.

En droit de la construction, il y a des tendances qui se dessinent dans la jurisprudence. De plus en plus de juges admettent une obligation de résultat à charge des entrepreneurs se présentant comme des personnes spécialisées dans une certaine matière⁴⁴. A contrario, lorsqu'ils prestent un travail de rénovation, l'obligation est plus aléatoire, donc les juges pourraient considérer que c'est plutôt une obligation de moyen. Quant à l'obligation de l'architecte, de concevoir et de contrôler l'exécution de l'ouvrage, en général la jurisprudence la considère comme une obligation de moyen⁴⁵.

En Belgique, une étude factuelle de l'intensité des obligations de l'entrepreneur ou de l'architecte est à prendre en considération concernant les garanties postcontractuelles. Alors

³⁷ Cet arrêt a mis en lumière la nécessité de s'interroger sur le caractère de l'obligation dans le cadre de la responsabilité décennale ; Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 177.

³⁸ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 12.

³⁹ Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, I, 2003, p. 2339.

⁴⁰ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 281.

⁴² Cass., 3 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1985, p. 132.

⁴³ Cass., 5 décembre 2002, *Arr. Cass.*, 2002, p. 2662. Voy. Kohl, B., *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁴ Voy. p. ex. A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 96 et 97.

⁴⁵ Voy. p. ex. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 13 à 22.

que les juridictions françaises font toujours présumer la faute de l'entrepreneur quant à sa responsabilité décennale, les vices et malfaçons affectant l'ouvrage et résultant d'un défaut de construction⁴⁶.

Sous-section 2 : La responsabilité décennale

Dans un contrat d'entreprise de construction immobilière, il existe une responsabilité spéciale « pour les défauts graves de la construction ou du sol, mettant en péril la solidité ou la stabilité des édifices ou des gros ouvrages »⁴⁷, consacrée aux articles 1792⁴⁸ et 2270⁴⁹ de l'ancien Code civil. Cette responsabilité spéciale est une protection renforcée en faveur du maître de l'ouvrage car à la réception, la responsabilité contractuelle de droit commun pesant sur l'entrepreneur prend fin, sous réserve de la responsabilité pour vices cachés véniels et le maître de l'ouvrage reçoit une protection particulière via la responsabilité décennale⁵⁰.

La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs est de nature contractuelle en ce qu'elle suppose, en principe, un contrat d'entreprise valablement formé, ce caractère contractuel a été affirmé par la Cour de cassation de Belgique à maintes reprises^{51,52}.

Elle est aussi de nature légale car elle trouve son fondement dans les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil⁵³, dispositions que la doctrine et la jurisprudence belge interprètent et analysent conjointement⁵⁴.

En France, ces deux articles n'ont pas le même champ d'application, les controverses autour de ceux-ci sont nombreuses et ont pour effet que des questions essentielles sont sujettes à des interprétations divergentes entre les juridictions belges et françaises⁵⁵.

⁴⁶ B. KOHL, *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ C. DELFORGE *et al.*, *op. cit.* p. 218 et 219.

⁴⁸ L'article 1792 dispose: « Si l'édifice construit à prix fait périclite en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans », C. civ., art. 1792.

⁴⁹ L'article 2270 énonce que : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés », C. civ., art. 2270.

⁵⁰ A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 453.

⁵¹ Voy. Cass., 9 septembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 44 ; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181 ; Cass., 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65.

⁵² B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 1039.

⁵³ Sur le double fondement légal et contractuel, voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise de construction », *op. cit.*, n° 226.

⁵⁴ C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception », in M. DUPONT (Ed.), *Les obligations et les moyens d'actions en droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 238.

⁵⁵ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 1038.

Depuis l'arrêt du 19 juillet 2017 de la Cour constitutionnelle, il est établi que les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil ne violent pas le principe d'égalité⁵⁶.

Ce système de responsabilité décennale est quelque peu singulier en Europe, bien que partagé par certains Etats comme la France qui a, de plus, consacré un mécanisme d'assurances obligatoires couplé avec celui de la responsabilité décennale⁵⁷.

A. Champ d'application

Le champ d'application des articles 1792 et 2270 du Code civil impose quatre conditions, si elles ne sont pas remplies, la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs peut toujours être examinée au regard du droit commun des obligations via la responsabilité pour vices cachés véniels⁵⁸.

i. Existence d'un contrat d'entreprise

Il faut qu'un contrat d'entreprise soit valablement formé pour mettre en œuvre les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil⁵⁹.

Par le biais d'une disposition légale particulière, telle que la loi Breyne⁶⁰, la responsabilité décennale pourra exceptionnellement être étendue aux contrats compris dans cette loi⁶¹. En effet, l'article 6 de la loi Breyne étend la responsabilité décennale aux promoteurs-vendeurs qui rentrent dans le champ d'application de la loi⁶². De ceci, il découle que lorsque la convention prend les qualités d'un contrat de vente, l'acquéreur ne pourra pas invoquer la responsabilité décennale à l'égard du vendeur, sauf quand la convention entre dans le champ d'application de la loi Breyne⁶³.

⁵⁶ C. C., 19 juillet 2017, n° 98/2017, *M.B.*, 30 décembre 2017 ; *For. Ass.*, 2018, liv. 180, p. 9, note B de COCQUEAU et F. PAULUS ; *N.j.W.*, 2017, p. 651, note F. BRULOT, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15462 ; *R.W.*, 2017-2018 p. 160 ; *Entr. et dr.*, 2017, p. 264 ; *T.B.O.*, 2018, p. 25, note M. SCHOUPS et J. BATS.

⁵⁷ C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire ... », *op. cit.* p. 238.

⁵⁸ C. BURETTE et B. KOHL, *Ibidem*, p. 238.

⁵⁹ Mons, 26 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 812.

⁶⁰ Loi du 9 juillet 1971 relative à la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

⁶¹ A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 254.

⁶² Les promoteurs seront toutefois exclus de la loi d'assurance obligatoire de la responsabilité décennale du 31 mai 2017. *Voy. infra*.

⁶³ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p.1040 ; B. KOHL et V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, *De aannemingsovereenkomst*, coll. Artikel & Commentaar, Malines, Kluwer, 2012, p. 64 et s.

Ceci démontre l'intérêt de la maîtrise de la qualification du contrat d'entreprise et la distinction avec le contrat de vente⁶⁴.

Nous nous interrogeons sur le fait de savoir si tous les contrats d'entreprise sont soumis à la responsabilité décennale. Selon l'article 1792 de l'ancien Code civil, la responsabilité décennale s'applique aux seuls « édifice construit à prix fait » tandis que l'article 2270 concerne les « gros ouvrages » sans autre caractérisation⁶⁵. Selon la doctrine et la jurisprudence pour qui le champ d'application des articles 1792 et 2270 est identique, il faut privilégier les termes de l'article 2270 pour déterminer la catégorie de contrat susceptible de mettre en œuvre la responsabilité décennale, soit tout contrat d'entreprise « quelle que soit la technique utilisée dans la fixation du prix »⁶⁶.

ii. Nature des ouvrages visés par la responsabilité décennale : édifices et gros ouvrages

La jurisprudence belge combine les termes « édifices » et « gros ouvrages » des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil et considère que l'entrepreneur est responsable pendant dix ans tant des malfaçons imputables aux bâtiments, qu'aux constructions immobilières pouvant y être apparentées dû à leur importance, tels que les ponts⁶⁷, les routes⁶⁸, voire les courts de tennis^{69,70}.

La responsabilité décennale s'applique aussi aux éléments constituant le gros œuvre comme les charpentes, les toitures, les hourdis et les murs. Il existe une jurisprudence abondante en la matière⁷¹. La jurisprudence majoritaire considère que certains travaux immobiliers importants^{72,73} rentrent dans le champ d'application de la responsabilité décennale. En revanche sont généralement non-admis, les travaux de parachèvement et d'accessoires ainsi que les travaux d'entretien ou de décoration⁷⁴. Certains travaux de rénovation peuvent rentrer dans la définition de « gros ouvrage » depuis un arrêt du 9 décembre 1988 de la Cour

⁶⁴ C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire ... », *op. cit.* p. 240.

⁶⁵ Voir pour plus de détails : B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 1040.

⁶⁶ Voy. p. ex. Civ. Courtrai, 18 octobre 1983, *Entr. et dr.*, 1984, p. 216.

⁶⁷ Cass. fr., 2 décembre 1981, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 74.

⁶⁸ Civ. Bruxelles, 21 décembre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 201 ; Civ. Huy, 8 décembre 1969, *Entr. et dr.*, 1971, p. 22.

⁶⁹ Civ. Bruxelles, 27 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 908 ; Comm. Bruxelles, 7 janvier 1960, *Jur. comm. Brux.*, 1960, p. 189.

⁷⁰ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 30 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, 2016, p. 1041.

⁷¹ Voy. p. ex. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 30.

⁷² Gand, 13 juin 1959, *R.W.*, 1960-1961, p. 591 ; Liège (20e ch.), 16 septembre 2005, inédit, cité in B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction (III) », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1675, sous la référence *J.L.M.B.* 05/861.

⁷³ C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire ... », *op. cit.*, p. 245.

⁷⁴ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 30.

de cassation⁷⁵, position confirmée par la Cour d'appel d'Anvers en 2009⁷⁶ mais les travaux doivent présenter un caractère suffisamment important^{77,78}.

La vigilance est de mise lorsqu'on a affaire à un contrat international impliquant la responsabilité décennale française car il y a des différences entre la notion de gros ouvrage en Belgique et en France, la jurisprudence française n'admet pas certains éléments comme gros ouvrage⁷⁹.

iii. La nature du vice susceptible d'engager la responsabilité décennale

Le vice doit être caractérisé par une certaine gravité, « est habituellement considéré comme grave toute défectuosité qui altère considérablement la solidité ou la stabilité du bâtiment ou de l'une de ses parties maitresses »⁸⁰. Il résulte de la doctrine⁸¹ et de la jurisprudence⁸² récente qu'il ne faut pas attendre que l'immeuble s'effondre mais qu'un risque pour la solidité de la construction suffit.

Les notions de vices graves menaçant la stabilité ou la solidité de l'ouvrage doit s'entendre en considérant les évolutions techniques du secteur et des matériaux, c'est ainsi que raisonnent les juges pour constater l'existence d'un vice grave⁸³. La responsabilité décennale est étendue à tous les vices qui affectent la solidité du bâtiment, tant apparents que cachés⁸⁴.

Depuis que la Cour de cassation a admis la responsabilité pour vices cachés véniels⁸⁵, les vices véniels, en ce compris fonctionnels, ne sont pas apte à mettre en cause la responsabilité décennale de l'entrepreneur et la gravité du vice portant atteinte à la stabilité ou à la solidité

⁷⁵ Cass., 9 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 401, note, *R.W.*, 1988-1989, p. 1229, avis J. DU JARDIN.

⁷⁶ Anvers, 14 décembre 2009, *T.B.O.*, 2010, p. 215.

⁷⁷ Liège, 6 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1196.

⁷⁸ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 30 et 31.

⁷⁹ Cass. fr., 3^e civ. 10 décembre 2003, *R.D.I.*, 2004, p. 193 ; Cass. fr., 3^e civ., 20 juin 2001, *R.D.I.*, 2001, p. 520.

⁸⁰ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 31.

⁸¹ A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 260.

⁸² Cass., 11 janvier 2019, *T.B.O.*, 2020, p. 345, note K. UYTTERHOEVEN. Voy. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 32 à 35 pour plus d'exemples sur ce qui a été considéré comme vices « graves » au sens des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil.

⁸³ Tel que le vice affectant les matériaux d'un empièchement (Civ. Liège (5^e ch.), 23 février 2004, R.G n° F 20040223-19 (R.G. n° 98/1564/A)) ou la stabilité des façades (Civ. Bruxelles (réf), 19 mars 2001, *Entr. et dr.*, 2003, p. 137) par exemple.

⁸⁴ Bruxelles, 28 juin 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 189, note M. SCHOUPS et J. BATS et C. const., 19 juillet 2017, *For Ass.*, 2018, liv. 180, p. 9, note B. de COCQUEAU et F. PAULUS ; *N.j.W.*, 2017, 651, note F. BRULOT, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15462 ; *R.W.*, 2017-2018 p. 160 ; *Entr. et dr.*, 2017, p. 264 ; *T.B.O.*, 2018, p. 25, note M. SCHOUPS et J. BATS.

⁸⁵ Cass., 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 438, *Pas.*, I, 1986, p. 226.

sera désormais entendue plus strictement, cela entraîne l'exclusion d'une interprétation élargie au vice qui rend l'ouvrage impropre à sa destination^{86,87}.

iv. La preuve d'une faute de l'entrepreneur

Il revient au maître de l'ouvrage⁸⁸ de prouver l'inexécution qui doit être imputée à l'entrepreneur ou à l'architecte, cette inexécution est un manquement aux obligations contractuelles, aux normes techniques ou aux règles de l'art⁸⁹.

Le non-respect des normes techniques fait présumer la faute de l'entrepreneur. Mais à l'inverse, le respect des normes techniques n'exonère pas l'entrepreneur de sa faute.

Il ne suffit pas démontrer la présence d'un vice de construction ou du sol, il faut par ailleurs, prouver l'existence d'un manquement imputable à l'entrepreneur ou à l'architecte car la responsabilité décennale est une responsabilité à base faute, ce principe a été rappelé par un arrêt de la cour d'appel de Liège⁹⁰. Pour se soustraire de sa responsabilité, l'entrepreneur doit démontrer que la malfaçon provient d'une cause étrangère libératoire ou lorsqu'il s'agit d'un vice du sol ou des matériaux, de son ignorance invincible du vice⁹¹.

B. Incidence du caractère d'ordre public

La responsabilité décennale est d'ordre public c'est pourquoi les parties ne peuvent pas y déroger par le biais de clauses limitatives insérées dans leur convention⁹². Comme relevé dans la chronique de jurisprudence, « est sans effet la clause d'une convention de transaction selon laquelle une note de crédit est émise pour solde de tout compte et de toute garantie »⁹³, de même que « la clause qui limite la réparation au seul défaut imputable à la malfaçon ou au produit employé et exclut les frais des travaux accessoires nécessaires pour effectuer les réparations ainsi que toute indemnisation directe et indirecte du défaut qui n'affecte pas le travail lui-même est contraire à l'ordre public⁹⁴ »⁹⁵.

⁸⁶ A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction... », *op. cit.*, p. 70 ; A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁷ Civ. Louvain, 21 février 2019, *Res jur. imm.*, 2019, p. 111. Voy. égal. en ce sens Civ. Termonde, 27 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2017, p. 292 ; Gand, 12 juin 2015, *Entr. et dr.* 2017, p. 284.

⁸⁸ Conformément à l'article 8.4 du Code civil et à l'article 870 du Code judiciaire.

⁸⁹ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 31.

⁹⁰ Liège, 26 octobre 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction », *op. cit.*, p. 904.

⁹¹ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 36.

⁹² Liège (20^e ch.), 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13881.

⁹³ A. DELVAUX, *et al.*, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁴ Liège (20^e ch.), 22 novembre 2002, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *op. cit.*, p. 1684.

⁹⁵ A. DELVAUX, *et al.*, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 255.

Le système de la responsabilité aggravée des architectes et entrepreneurs entend remplir deux objectifs mis en lumière par la Cour de cassation⁹⁶, d'un côté ce système « assure la protection des intérêts individuels du maître de l'ouvrage qui, en raison de son ignorance sur le plan technique, doit être mis à l'abri des conséquences d'une réception accordée imprudemment ». De l'autre, « les textes ont aussi en vue la défense de l'intérêt général, la sécurité publique courant en effet un péril grave si les entrepreneurs pouvaient impunément construire des bâtiments atteints de malfaçons qui en affectent la solidité »^{97,98}.

La responsabilité décennale pour vices graves est donc un dispositif qui garantit la sécurité publique en veillant à la solidité des constructions afin de protéger non seulement le maître de l'ouvrage mais toute personne susceptible de fréquenter ou d'utiliser l'ouvrage, par cette finalité, elle est unanimement considérée comme d'ordre public tant par la doctrine que par la jurisprudence récente⁹⁹.

A côté de l'arrêt du 5 septembre 2014¹⁰⁰ prononçant qu'aucune clause ne peut limiter ce caractère d'ordre public, ce principe a aussi été rappelé dans deux arrêts récents^{101,102}.

La raison du caractère d'ordre public se révèle car les intérêts en présence dans la construction d'un gros ouvrage sont supérieurs à ceux des seuls cocontractants, « il y a un intérêt général sur le plan de la sécurité tant sur les chantiers en cours de construction que pour la bonne tenue dans le temps des ouvrages »¹⁰³.

C. Clauses in solidum

Le mécanisme de la responsabilité *in solidum* est consacré par l'article 5.168 du Code civil¹⁰⁴ et s'applique aux architectes, entrepreneurs et autres intervenants à l'acte de construire

⁹⁶ Voy. Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1046.

⁹⁷ Cass., 11 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 85.

⁹⁸ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁹ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 25 ; A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction... », *op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁰ Cass., 5 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 38 : « La responsabilité décennale de l'architecte qui résulte de cette disposition est d'ordre public et ne peut dès lors pas être exclue ou limitée contractuellement ».

¹⁰¹ Cass., 3 janvier 2019, *N.j.W.*, 2020, p. 221.

¹⁰² Cass., 10 février 2022, *Entr. et dr.*, 2022, p. 103, note C. de KONINCK, *T.B.O.*, 2022, p. 142.

¹⁰³ A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction... », *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁴ « Les débiteurs sont tenus *in solidum* lorsque, hors les cas de la solidarité et de l'indivisibilité passives et bien qu'ils soient liés envers le créancier par des obligations distinctes, ils sont chacun tenus à la totalité du paiement. Lorsque les obligations portent sur des sommes d'argent et sont de montants différents, les débiteurs *in solidum* sont chacun tenus à la totalité du paiement à concurrence du montant le plus faible », art. 5.168 C. civ.

lorsque un dommage unique trouve son fondement dans leurs fautes concurrentes et lorsqu'il est établi que sans la faute de l'un, la faute de l'autre n'aurait pas été suffisante pour engendrer le dommage¹⁰⁵.

L'arrêt du 5 septembre 2014¹⁰⁶ de la Cour de cassation rend illicite toute clause d'exonération *in solidum* lorsque survient un vice grave tombant dans le champ d'application de la responsabilité décennale d'ordre public¹⁰⁷. Cette position a été soutenue par deux autres arrêts de la Cour de cassation des 12 février 2021¹⁰⁸ et 10 février 2022¹⁰⁹.

Les clauses de limitation de la responsabilité *in solidum* seront valides lorsque la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur n'est pas engagée sur base des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil mais repose sur la responsabilité contractuelle de droit commun¹¹⁰, dans pareil cas, l'architecte pourra opposer la clause d'exonération *in solidum* au maître de l'ouvrage si sa responsabilité pour vices cachés véniels est retenue¹¹¹.

D. Délai

Le délai pour intenter l'action en responsabilité décennale à l'encontre d'un intervenant à l'acte de construire est de 10 ans à compter du jour de l'agrégation de l'ouvrage. C'est un délai préfix (de forclusion), qui ne peut être ni interrompu ni suspendu, prévu par les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil¹¹².

Sous-section 3 : La responsabilité pour vices cachés véniels

A. Principe

Le principe d'une responsabilité pour défauts cachés n'est pas prévu spécifiquement dans le Code civil mais a été reconnu par la Cour de cassation par son arrêt du 25 octobre 1985¹¹³ et

¹⁰⁵ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁶ Cass., 5 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 38.

¹⁰⁷ A. DELVAUX et B. de COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction... », *op. cit.*, p. 83. Pour une synthèse de l'évolution de la situation sur les clauses d'exonération d'*in solidum*, voy. B. de COCQUEAU et B. DEVOS, « L'architecte, quelques éléments d'actualité », in *Les responsabilités professionnelles*, C.L.J.B., Limal, Anthemis 2017, pp. 51-69.

¹⁰⁸ Cass., 12 février 2021, *R.W.*, 2020-2021, p. 720, *T.B.O.*, 2021, p. 182, note C. de KONINCK, *T. Not.*, 2021, p. 486, note S. BAEYENS.

¹⁰⁹ Cass., 10 février 2022, *Entr. et dr.*, 2022, p. 103.

¹¹⁰ Civ. Brab. w., 15 mai 2015, *Res jur. imm.*, 2015, p. 251.

¹¹¹ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 29.

¹¹² B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *Ibidem*, p. 47.

¹¹³ Cass., 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 438.

confirmé ensuite à plusieurs reprises^{114,115}, acceptant qu'une action du maître de l'ouvrage survenant après la réception-agréation soit fondée sur la responsabilité de droit commun de l'entrepreneur ou de l'architecte. Cette responsabilité se conçoit logiquement comme le précise la doctrine: « compte tenu du caractère volontaire et des effets juridiques attachés à l'acte de réception, il se conçoit aisément que le maître d'ouvrage n'a pu accepter de donner décharge à l'entrepreneur que pour les défauts qu'il a pu constater et dont il avait pleine connaissance. Les défauts qu'il ignorait, ou pouvait légitimement ignorer, malgré un examen attentif et prudent de l'ouvrage, échappent nécessairement à l'agrément »¹¹⁶. La responsabilité pour défauts cachés ne constitue dès lors qu'une application de la responsabilité contractuelle de droit commun que supporte naturellement l'entrepreneur au-delà de l'agrément des travaux en cas de manquement fautif¹¹⁷.

B. Champ d'application du régime de la responsabilité contractuelle de droit commun

Le maître de l'ouvrage doit apporter la preuve d'un vice affectant l'ouvrage et d'un lien de causalité¹¹⁸. Ce vice doit s'analyser au cas par cas, il peut s'agir, tant d'un vice véniel intrinsèque que d'un vice fonctionnel, toutefois, les vices provenant de la vétusté ou du simple usage de l'ouvrage ne seront pas considérés comme soumis à la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur¹¹⁹.

La réception-agréation¹²⁰ libère l'entrepreneur de la responsabilité des vices apparents à condition qu'ils ne portent pas atteinte à la stabilité ou à la solidité de l'ouvrage¹²¹. On peut en déduire que « seuls les vices apparents véniels, dans les contrats soumis à la responsabilité décennale, sont couverts par la réception »¹²². La réception ne couvre pas les vices graves mêmes apparents¹²³. L'entrepreneur pourra voir sa responsabilité mise en cause pour les vices qui étaient cachés à la réception¹²⁴, seront cachés les défauts « qu'un examen consciencieux n'a pas révélé à l'homme prudent et diligent, éventuellement assisté d'un homme de l'art

¹¹⁴ Cass., 26 mars 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 980, *T.B.O.*, 2018, p. 436.

¹¹⁵ C. DELFORGE *et al.*, *Les défauts de la chose : responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, *op. cit.* p. 212.

¹¹⁶ Mons, 2 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1262 ; C. DELFORGE *et al.*, *Ibidem*, p. 213.

¹¹⁷ C. DELFORGE *et al.*, *Les défauts de la chose : responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, *op. cit.* p. 214.

¹¹⁸ La gravité du vice n'a aucune importance : « la responsabilité contractuelle de droit commun de l'entrepreneur peut être engagée pour tout vice affectant l'ouvrage réalisé, c'est-à-dire tant pour un vice grave que pour un vice dit "véniel" ». Voy. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op.cit.*, p. 62 et 63.

¹¹⁹ Pour plus de détails et de jurisprudence à ce propos, voy. B. KOHL, *Ibidem*, p. 63 et 64.

¹²⁰ La réception définitive ou, lorsque les parties y ont attaché un effet d'agrément, la réception provisoire. Voy. sur ce point B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 64.

¹²¹ Auquel cas ils engagent la responsabilité décennale des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil.

¹²² B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, *op. cit.*, p. 133.

¹²³ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Ibidem*, p. 133.

¹²⁴ Voy. p. ex. Bruxelles, 29 juin 2010, *Res jur. imm.*, 2011, p. 17.

indépendant pour les problèmes techniques »¹²⁵. Le juge appréciera le caractère caché ou apparent du vice¹²⁶. Parfois, en cas d'échec de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur pour cause d'un vice apparent, le maître de l'ouvrage cherchera à mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'architecte¹²⁷.

La preuve apportée par le maître de l'ouvrage étant négative par le fait qu'il n'aurait pas pu déceler le vice, est consacrée à l'article 8.6 du Code civil¹²⁸.

C. Incidence du fait que la responsabilité pour vices cachés véniels ne soit pas d'ordre public

Le régime de responsabilité pour vices cachés véniels n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres d'y déroger en aménageant le régime de cette responsabilité selon leurs volontés mais ce, dans les limites du droit commun¹²⁹ et en prenant soin de respecter les clauses protectrices du consommateur^{130,131}.

D. Délai

La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur peut être mise en cause par l'action que le maître de l'ouvrage introduit après la réception-agréation pour cause de vices cachés véniels. Cette action doit respecter un double délai¹³². D'abord un délai « utile » de procédure^{133,134} dans lequel le maître d'ouvrage initie son action lorsqu'il découvre le vice ainsi qu'un délai

¹²⁵ B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 65.

¹²⁶ Voy. pour de la jurisprudence sur les vices cachés : B. KOHL, *Ibidem*, p. 65 à 67.

¹²⁷ B. KOHL, *Ibidem*, p. 67.

¹²⁸ Qui énonce que : « [s]ans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ».

¹²⁹ En vertu de l'article 5.89 du Code civil, les clauses d'exonération totale ou partielle de l'entrepreneur de sa faute intentionnelle sont exclues, de même lorsqu'une faute découlant du principe de l'article 1.11 du Code civil (« *fraus omnia corrumpit* ») est présente, ainsi que la clause qui vide le contrat de sa substance. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 74.

¹³⁰ Lorsqu'un contrat est conclu entre un entrepreneur professionnel et un maître de l'ouvrage consommateur, la clause exonératoire de responsabilité ne peut pas faire partie de la liste noire des clauses abusives de l'article VI.83 du Code de droit économique et doit respecter les articles VI.82 et suivants de ce même Code.

¹³¹ Voy. B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.* p. 75 à 78.

¹³² B. KOHL, *Ibidem*, p. 68.

¹³³ Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 454, *J.L.M.B.*, p. 1068, note B. LOUVEAUX ; Cass., 8 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1989, p. 301, note S. de COSTER.

¹³⁴ Voy. sur la notion de délai utile : B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 68 à 71.

« ultime » de prescription de dix ans, en vertu de l'article 2262 *bis* de l'ancien Code civil, prenant cours le jour de la réception-agrégation de l'ouvrage¹³⁵.

Sous-section 4 : Le mécanisme de responsabilités en droit comparé

En France, il existe un système vaste de responsabilités, on peut souligner la garantie biennale s'appliquant aux éléments dissociables de l'ouvrage et à leur bon fonctionnement ainsi que la garantie décennale s'appliquant à l'ouvrage lui-même. Ces garanties constituent une forme de garantie des vices cachés. A ceci, il faut ajouter la garantie décennale qui engage les fabricant d'ouvrages ou d'équipements, ainsi que toutes les responsabilités découlant du droit commun des obligations et pouvant être invoquées postérieurement à l'écoulement du délai décennal¹³⁶.

La responsabilité décennale en France a un champ d'application plus élargi car elle entre en jeu dès lors que la solidité de l'ouvrage est compromise par le vice après la réception ou l'affecte dans un de ses éléments constitutifs, ou alors quand le dommage rend impropre l'ouvrage à sa destination¹³⁷. Depuis la loi Spinetta de 1978¹³⁸ le champ d'application des personnes concernées par la responsabilité décennale est étendu à tous les constructeurs¹³⁹.

Il y a depuis ces dernières années une tendance à l'unité dans la protection immobilière du consommateur en Europe, qui a pour objectif de le rassurer dans ses transactions immobilières¹⁴⁰. En Italie par exemple, le système de la responsabilité pour vices de l'ouvrage est largement inspiré du régime français¹⁴¹. Il existe un article 1669 du Codice civile qui engage la responsabilité décennale des entrepreneurs pour vices menaçant les ruines et cet article est considéré d'ordre public par la jurisprudence.

¹³⁵ Il règne donc une différence entre le délai préfix de la responsabilité décennale qui ne peut être ni interrompu ni suspendu et le délai de prescription de la responsabilité pour vices cachés véniels qui, lui, peut être interrompu ou suspendu ; B. KOHL, « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *op. cit.*, p. 73.

¹³⁶ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, *op. cit.*, p. 172 et s.

¹³⁷ C. civ. fr., art. 1792.

¹³⁸ Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. Voy. *infra*.

¹³⁹ C'est-à-dire les architectes, entrepreneurs, techniciens ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, aux personnes qui vendent après achèvement et à celles assimilées à un locateur d'ouvrage, via l'article 1792-1 du Code civil français ; Voy. B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, *op. cit.*, p. 175 et s.

¹⁴⁰ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Ibidem*, p. 255.

¹⁴¹ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Ibidem*, p. 245 et s.

TITRE II. LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DES CONTRATS DE CONSTRUCTION IMMOBILIÈRE

Maintenant, abordons le mécanisme de la loi applicable au contrat lorsqu'un conflit de loi survient et partons de deux exemples que nous reprendrons en temps utile pour illustrer nos propos.

Exemple 1 : Un maître de l'ouvrage français contracte avec un entrepreneur belge pour la réalisation d'un ouvrage en France.

Exemple 2 : Un maître de l'ouvrage belge contracte avec un entrepreneur français pour la réalisation d'un ouvrage en Belgique.

Le caractère international d'une situation est le noyau de la mise en œuvre des conflits de lois. Ce caractère existe dès lors qu'un ou divers éléments¹⁴² de la situation sont localisés dans différents Etats. La situation présente un élément d'extranéité et plusieurs lois nationales lui sont potentiellement applicables, ce qui conduit à un conflit de lois, c'est-à-dire « une concurrence, au moins potentielle, entre les règles de droit du juge saisi et les règles de droit des autres Etats avec lesquels le rapport de droit présente des points de contact »¹⁴³. Les règles de la loi applicable, également appelées, « règles de conflit de lois » permettent de définir quel droit trouvera à s'appliquer¹⁴⁴.

Dans un contrat d'entreprise de construction immobilière entre cocontractants privés, c'est le Règlement Rome I¹⁴⁵ qui s'applique en vertu de son article 1 paragraphe 1^{er} ¹⁴⁶.

Le Règlement Rome I du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, successeur de la Convention de Rome du 19 juin 1980¹⁴⁷, est un outil qui règle la loi applicable dans les contrats conclus à partir du 17 décembre 2009¹⁴⁸ et ce, dans tous les Etats membres de l'Union

¹⁴² Tels que le choix d'une loi étrangère par les parties, une différence de nationalité entre les parties, le lieu du chantier de construction à l'étranger, etc.

¹⁴³ O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 191.

¹⁴⁴ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, Bruxelles, La Chartre, 2020, p. 7.

¹⁴⁵ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *op. cit.*

¹⁴⁶ « Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale », art. 1§1 du Règlement Rome I, p. 5.

¹⁴⁷ Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome, *J.O.*, C 27/34 du 26 janvier 1998 (version consolidée). Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

¹⁴⁸ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *op. cit.*, art. 28. En vertu de l'article 25 du Règlement Rome I, le principe de spécialité est respecté et les contrats conclus antérieurement sont toujours

européenne¹⁴⁹. Il couvre le domaine des obligations contractuelles et s'applique subsidiairement aux contrats de construction en cas d'absence de clause de choix de loi car ces derniers ne sont pas régis par une Convention spécifique¹⁵⁰.

Il a une portée universelle¹⁵¹ ce qui contraint le juge belge à appliquer la loi désignée, s'agissant ou non de la loi d'un Etat membre ou d'un Etat partie à la convention¹⁵².

Le secteur de la construction fait intervenir plusieurs contrats, tant des contrats principaux entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur que des contrats de sous-traitance. Ces contrats s'internationalisent de plus en plus et les maîtres d'ouvrage ainsi que les entrepreneurs contractent régulièrement avec des étrangers. Dès lors que le contrat devient international, la question de la loi applicable survient car peut naître un conflit entre la loi nationale applicable et la loi découlant de la volonté des parties. En général, dans un contrat de construction, les parties choisissent la loi qui règlera leurs différends, au regard des intérêts économiques qui leur sont favorables.

Dans ce titre, nous analyserons, la loi applicable au contrat de construction international dans sa relation principale avant d'aborder la loi applicable dans une relation de sous-traitance, tous deux, sont soumis au Règlement Rome I.

CHAPITRE I. LA LOI APPLICABLE DANS UNE RELATION PRINCIPALE INTERNATIONALE DE DROIT DE LA CONSTRUCTION

Dans sa thèse de 1998¹⁵³, un auteur prônait le besoin d'une action communautaire en Europe dans le secteur de la construction, particulièrement pour le régime général de la responsabilité contractuelle¹⁵⁴. A ses yeux, aucune entrave à la liberté d'établissement professionnel au sein du marché intérieur ne découlait du manque d'harmonisation du régime de responsabilité car il estimait que les constructeurs étaient soumis au régime de

régis par la Convention de Rome de 1980 afin de garantir la sécurité juridique. T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, op. cit., p. 435.

¹⁴⁹ A l'exception du Danemark, qui continue à être réglé par la Convention de Rome de 1980 (Considérant n° 46 du Règlement Rome I).

¹⁵⁰ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, op. cit., p. 146.

¹⁵¹ « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre », art. 2 du Règlement Rome I.

¹⁵² T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, op. cit., p. 145.

¹⁵³ Intitulée « Towards a European Building Contract Law. Defects Liability : a Comparative Legal Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law » ; 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 of Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

¹⁵⁴ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, op. cit., p. 30.

responsabilité du pays d'exécution de leur prestation¹⁵⁵. Selon la jurisprudence et doctrine actuelle, le choix de la loi applicable au contrat de construction pose des issues différentes quant au régime de la responsabilité à appliquer aux intervenants à l'acte de construire et il n'est pas admis que le lieu de situation de la construction détermine la loi applicable à ce contrat d'entreprise¹⁵⁶.

Si l'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable à leur contrat principal détient valeur de principe¹⁵⁷ dans à peu près toutes les juridictions¹⁵⁸, il peut arriver que les parties n'aient pas mentionné de clause de droit applicable dans leur contrat et le Règlement Rome I¹⁵⁹ vient pallier à cette situation.

Section 1 : Le choix par les parties de la loi applicable

Lorsque les parties s'engagent volontairement dans une relation contractuelle de construction, elles sont libres d'affecter à leurs obligations, sous certaines conditions et réserves, la loi de leur choix, en vertu du Règlement Rome I et du principe d'autonomie de la volonté, ainsi que le lieu où elles vont procéder (l'élection de for)¹⁶⁰, en vertu du Règlement Bruxelles I *bis*^{161,162}.

Lorsque l'on veut déterminer la loi applicable au contrat de construction international, il faut se demander si les parties ont fait un choix explicite ou implicite¹⁶³.

Sous-section 1 : Autonomie de la volonté

L'un des principes fondamentaux régissant le droit international des contrats est celui de l'autonomie de la volonté des parties¹⁶⁴. Ce principe du choix de loi par les parties occupe une

¹⁵⁵ C.E.C. JANSEN, *Towards a European Building Contract Law. (...), op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁶ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁷ C'est également le cas pour les contrats de sous-traitance. *Voy. infra*.

¹⁵⁸ S. C. SYMEONIDES, *General Report in Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? : XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 38 à 40.

¹⁵⁹ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *op. cit.*, art. 4, p.6.

¹⁶⁰ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, *op. cit.*, p. 408.

¹⁶¹ Règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.O.U.E.*, L 351, 20 décembre 2012.

¹⁶² T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, *op. cit.*, p. 408.

¹⁶³ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Ibidem*, p. 439.

¹⁶⁴ Dans le cadre de cet exposé, ce principe tire son origine du Règlement Rome I quand les cocontractants sont privés.

vaste place dans les Règlements européens¹⁶⁵ et lie le maître d'ouvrage et l'entrepreneur dans un contrat de construction¹⁶⁶, ce qui présente un intérêt conséquent dès lors que les cocontractants sont les plus enclins à choisir le système juridique le plus adéquat pour régir leurs échanges commerciaux.

En application de l'article 3 paragraphe 1 du Règlement Rome I, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause¹⁶⁷. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »¹⁶⁸. L'on tire des considérants du Règlement Rome I la capacité pour les parties de choisir un droit national ainsi qu'un droit non étatique¹⁶⁹.

Si, malgré cette possibilité d'insérer volontairement une clause de choix de loi dans leur contrat de construction, les parties ne s'accordent pas sur ce choix, une autre loi devra s'appliquer, ce qui n'est pas toujours dans leur intérêt.

Sous-section 2 : Limites

Il y a néanmoins des dispositions protectrices qui limitent l'autonomie des parties dans ce libre choix du droit applicable. C'est l'article 3 paragraphe 3 du Règlement Rome I, qui évoque que : « lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord »¹⁷⁰.

Ce paragraphe existe pour éviter les contrats artificiellement internationaux, quand les parties insèrent une clause de choix de loi étrangère à un contrat de construction purement interne afin de faire apparaître un conflit de lois. C'est dans ce sens que le paragraphe 3 a été rédigé, afin que la clause de choix de loi ne porte pas atteinte aux dispositions impératives de la loi

¹⁶⁵ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel, op. cit.*, p. 458.

¹⁶⁶ « Le principe de l'autonomie de la volonté s'applique à l'évidence au contrat d'entreprise. En particulier, les parties sont libres de contracter avec la personne de leur choix et de fixer le contenu de leur convention comme elles l'entendent. Les dispositions du Code civil relatives au contrat d'entreprise sont d'ailleurs, pour la plupart d'entre elles, d'ordre supplétif », telle est la définition du principe d'autonomie dans le secteur de la construction donnée par la doctrine, B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁷ Le choix est alors implicite.

¹⁶⁸ Art. 3§1 du Règlement Rome I intitulé « Liberté de choix ». Voy. T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel, op. cit.*, p. 439.

¹⁶⁹ Considérant n° 13 et 14 du Règlement Rome I. Voy. T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Ibidem*, p. 439.

¹⁷⁰ Art. 3§3 du Règlement Rome I.

nationale objectivement applicable si tous les éléments du contrats sont localisés dans le même pays¹⁷¹.

Quant au paragraphe 4, il stipule que si le droit sélectionné n'est pas celui d'un Etat membre et que les éléments de la situation sont localisés dans un Etat membre, ce choix ne peut pas porter atteinte « à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord »¹⁷². Ici, la limite est imposée par le droit impératif européen en matière contractuelle.

Cette liberté contractuelle se heurte aussi à d'autres limites, telles que certains articles du Code civil qui présentent un caractère impératif ou d'ordre public. Pour les besoins de ce propos, on peut citer les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil relatifs à la responsabilité décennale en matière immobilière des entrepreneurs et architectes, ainsi que l'article 1798 de l'ancien Code civil établissant une action directe au profit du sous-traitant¹⁷³.

Sous-section 3 : Les lois de polices

Il existe des lois de polices ou « règles d'application immédiate »¹⁷⁴, qui s'imposent au juge saisi du litige¹⁷⁵, interfèrent avec le principe d'autonomie des volontés et paralysent la méthode du conflit des lois¹⁷⁶. En vertu de l'article 9 du Règlement Rome I, « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »¹⁷⁷, son application est exigée en toute circonstance, et ce peu importe la loi applicable d'après les dispositions du Règlement Rome I.

Via ce système dérogatoire, le juge du for a le pouvoir d'écarter l'application d'une disposition de la loi applicable au contrat international de construction en faisant prôner cette loi de police nationale¹⁷⁸.

¹⁷¹ Y. EL ISSA, « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *Droit. Université Paris-Saclay*, p. 160.

¹⁷² Art. 3§4 du Règlement Rome I.

¹⁷³ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁴ Nées d'une pratique judiciaire dans une affaire dite « Compagnie internationale des Wagons-Lits », CE, ass., n° 77982, 29 juin 1973.

¹⁷⁵ En application du Règlement Bruxelles I bis ; Règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E*, L 351, 20 décembre 2012.

¹⁷⁶ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel, op. cit.*, p. 167.

¹⁷⁷ Art. 9 Règlement du Rome I.

¹⁷⁸ « Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi », art. 9§2 du Règlement Rome I.

Le considérant n° 37 du Règlement Rome I estime que « la notion de "lois de police" devrait être distinguée¹⁷⁹ de celle de "dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord" [dispositions impératives]¹⁸⁰ et devrait être interprétée de façon plus restrictive »¹⁸¹.

En droit de la construction, les juges saisi du litige doivent identifier et caractériser les lois de police dans les lois nationales, à cette fin il doivent également prendre en compte la jurisprudence qui existe sur la notion de « lois de police »¹⁸².

Sous-section 4 : L'ordre public

L'intervention de l'ordre public est prévue à l'article 21 du règlement : « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for »¹⁸³. C'est un mécanisme formant exception à la loi normalement applicable en vertu des dispositions du Règlement Rome I¹⁸⁴.

Exemple 1 : Si nous sommes face à un litige à propos de l'exécution d'un ouvrage se situant en Belgique, c'est la compétence spéciale en application de l'article 7 du Règlement Bruxelles I *bis*¹⁸⁵ qui joue car nous sommes face à un contrat de prestation de service. Le juge saisi sera le juge du lieu de l'Etat membre ou l'exécution du contrat a lieu, soit le lieu du chantier.

Par conséquent, le litige sera réglé par la juridiction belge, à défaut de choix de juge du for par les parties. Et si une disposition prévue dans la loi applicable choisie par les parties, en vertu du Règlement Rome I, est incompatible avec l'ordre public belge, cette disposition sera écartée.

Dans le cas qui nous occupe ici, si la loi nationale choisie par les parties écarte la responsabilité décennale de l'entrepreneur où en tout cas ne la retient pas dans son droit national, il y a une

¹⁷⁹ Distinction qui n'était pas faite dans la Convention de Rome.

¹⁸⁰ Selon la doctrine, « à notre avis, il ressort de la combinaison de l'article 9, 1. et du considérant n° 37 du règlement que, comme dans la Convention de Rome, c'est bien la notion de "disposition impérative" qui est visée par l'expression "disposition à laquelle il n'est pas permis de déroger par accord" », A. NUYTS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *R.D.C. – T.B.H.*, 2009/6, p. 556.

¹⁸¹ Considérant n° 37 du Règlement Rome I.

¹⁸² Voy par exemple : C.J.U.E, arrêt *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) c. Navigation Maritime Bulgare*, 17 octobre 2013, C-184/12, EU : C : 2013/663 ; C.J.U.E, arrêt *République hellénique c. Nikiforidis*, 18 octobre 2016, C- 135/15, EU : C : 2016/774.

¹⁸³ Art. 21 du Règlement Rome I.

¹⁸⁴ A. NUYTS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 555.

¹⁸⁵ « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre: 1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande; b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: [...] pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis », art. 7 du Règlement Bruxelles I *bis*.

incompatibilité manifeste avec l'ordre public du for et cette loi nationale sera écartée puisque son application viole les intérêts impérieux de sécurité publique offerte par la responsabilité décennale en Belgique.

Ces limites énumérées ci-avant¹⁸⁶, existent pour préserver les intérêts essentiels des Etats. Le considérant n° 37 du Règlement Rome I, allègue que dans des cas exceptionnels et pour des raisons d'intérêts public, il est justifié que les tribunaux fassent application des mécanismes d'ordre public et de lois de police¹⁸⁷.

Section 2 : La loi applicable à défaut de choix

En dépit d'une autonomie consacrée dans le choix du droit applicable, il s'avère que les parties ne s'en prévalent pas d'office et ont tendance à y renoncer. Par défaut, un droit national devra être désigné, que ce soit par le biais des règles de rattachement alternatives ou par l'application de la clause d'exception.

Lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté de choix de la loi applicable ou à défaut d'accord entre elles, c'est l'article 4 du Règlement Rome I¹⁸⁸, siège du système objectif de détermination de la loi applicable, qui entre en jeu¹⁸⁹.

Sous-section 1 : Application de la loi du lieu de résidence du constructeur

L'article 4 du Règlement Rome I¹⁹⁰ énonce une liste prévoyant huit facteurs de rattachements principaux pour identifier la loi applicable aux contrats en cas de silence des parties.

La notion de facteur de rattachement est défini par la doctrine comme « l'élément de la règle de conflit indiquant la loi applicable. Les facteurs de rattachement peuvent être factuels (...)

¹⁸⁶ Telles que les lois de police, les règles impératives du droit de l'Union européenne ainsi que les règles limitant les comportements frauduleux en vue d'échapper à l'application d'un droit national objectivement applicable.

¹⁸⁷ « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive », considérant n° 37 du Règlement Rome I.

¹⁸⁸ Cet article a été modifié depuis la Convention de Rome de 1980 afin de garantir une prévisibilité et d'y ajouter des critères de rattachements spécifiques destinés à couvrir un certain nombre de contrats distincts énumérés limitativement.

¹⁸⁹ A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *R.T.D com.*, 2008, p. 892 et s.

¹⁹⁰ Art. 4 du Règlement Rome I.

ou juridiques (...) »¹⁹¹. Le Règlement Rome I utilise la « résidence habituelle » comme critère de rattachement, au lieu du « domicile »¹⁹². Cette notion de résidence habituelle d'une société, d'une association, d'une personne morale ou physique est définie à l'article 19 du Règlement Rome I¹⁹³.

Le contrat de construction est un contrat de prestation de service qui, en application de l'article 4 paragraphe 1 point (b) du Règlement Rome I¹⁹⁴, se verra appliquer la loi du prestataire de services, à défaut de choix par les parties.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt *Falco*¹⁹⁵, est intervenue pour définir la notion de prestation de services comme « l'accomplissement d'un travail déterminé en contrepartie d'une rémunération », le contrat de construction rentre dans cette définition.

Si le contrat n'entre pas dans l'une des huit situations énumérées à l'article 4 paragraphe 1 ou que c'est un contrat complexe avec plusieurs qualifications bénéficiant de rattachements distincts, alors il faut procéder à un rattachement supplétif et appliquer la loi de l'état de résidence du débiteur de la prestation caractéristique du contrat¹⁹⁶. Il faut veiller à d'abord qualifier le contrat afin d'identifier la prestation caractéristique.

Toutefois, la clause d'exception peut encore jouer s'il existe des liens manifestement plus étroits avec un autre pays.

Exemple 1 : Le contrat entre l'entrepreneur belge et le maître d'ouvrage français relève d'un contrat d'entreprise de prestation de service, donc à défaut de choix entre les parties, c'est le droit du pays dans lequel l'entrepreneur a sa résidence principale qui s'applique, soit le droit belge¹⁹⁷.

¹⁹¹ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹² T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Ibidem*, p. 442.

¹⁹³ La notion de résidence habituelle d'une société, d'une association ou d'une personne morale est définie comme « le lieu où elle a établi son administration centrale ». En ce qui concerne la résidence habituelle d'une personne physique dans le cadre de ses obligations professionnelles, c'est « le lieu où cette personne a son établissement principal », art. 19§1 du Règlement Rome I.

¹⁹⁴ « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit: (...) b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle », art. 4§1, b. du Règlement Rome I.

¹⁹⁵ C.J.C.E, arrêt *Falco Privatstiftung et. Thomas Rabitsch. contre. Gisela Weller-Lindhorst*, 23 avril 2009, C-533/07, EU:C:2009:257, point 38.

¹⁹⁶ Art. 4§2 Règlement Rome I ; A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, p. 893.

¹⁹⁷ A supposer bien entendu que la résidence habituelle de l'entrepreneur se trouve en Belgique.

Sous-section 2 : Les clauses d'exception

Dans certains cas, une correction de la méthode du conflit de lois est nécessaire. La clause d'exception contenue à l'article 4 paragraphe 3 du Règlement Rome I¹⁹⁸ vient corroborer ce système de correction de la méthode du conflit de lois et permet au juge, lorsque l'affaire présente un faible lien avec l'Etat dont la loi a été désignée mais présente un lien manifestement plus étroit avec un autre Etat, de se rallier à la loi du lien le plus étroit¹⁹⁹.

Afin d'encadrer de façon stricte le recours à ce schéma dérogatoire aux rattachements de principes, le terme « manifestement » fut ajouté dans le Règlement Rome I²⁰⁰. Ce terme empêche une large application de la clause d'exception afin de favoriser une sécurité juridique plus élargie.

Le juge ne peut pas faire fonctionner le levier de la clause d'exception d'office. La présence de liens faibles respectivement étroits doit être manifeste, il conviendra de démontrer l'absence de lien étroit avec la loi normalement applicable ainsi que la présence de liens plus étroits avec le droit d'un autre Etat. De plus, comme le relèvent certains auteurs : « la clause d'exception ne peut être invoquée en cas de choix de droit applicable. Le droit choisi par les parties ne peut être éliminé pour des raisons de proximité. Là aussi la sécurité juridique doit être considérée »²⁰¹.

Exemple 1 : En théorie, à défaut de choix, ce sera le droit belge qui régira le contrat sauf si un rattachement subsidiaire se fait car le contrat présente des caractéristiques plus évidentes avec un autre pays.

Ici nous sommes dans le domaine de l'immobilier, il y a une tension entre le droit du pays du cocontractant (droit belge) et le droit du pays où se trouve l'immeuble (droit français), on peut dès lors hésiter à appliquer la règle par défaut (loi du pays de l'entrepreneur, loi belge) ou la loi du pays où se trouve l'immeuble.

¹⁹⁸ « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique », art. 4§3 du Règlement Rome I.

¹⁹⁹ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, op. cit., p. 168.

²⁰⁰ La clause dite d'exception existait déjà dans la Convention de Rome mais le terme « manifestement » est un ajout du Règlement Rome I. La doctrine s'interroge sur le fait de savoir s'il n'aurait pas été plus efficace, dans un souci de sécurité juridique, de supprimer cette possible mise en œuvre de la clause d'exception. Voy. A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », op. cit., p. 893.

²⁰¹ T. KRUGER, J. VERHELLEN et I. BAMBUST, *Droit international privé : l'essentiel*, op. cit., p. 169.

La clause d'exception permet de la flexibilité dans un contrat international de construction lorsque l'élément de rattachement de la loi applicable entraîne un choix manifestement non adéquat. Il sera utile de recourir à cette clause en droit de la construction, lorsque la loi applicable par défaut, est celle du constructeur alors que tous les éléments²⁰² convergent vers un autre Etat que celui de la résidence habituelle du constructeur. Lorsque le juge met en jeu la clause d'exception c'est en principe, la loi de situation de l'immeuble qui sera appliquée²⁰³, critère historiquement considéré par la doctrine en cas d'absence de choix de loi²⁰⁴.

Le juge fait une application souveraine de cette clause et quel que soit le droit choisi il est impératif de respecter les règles de l'ordre public international du for. Bien qu'elle impose une égalité de concurrence entre les constructeurs, la clause d'exception doit être mise en œuvre à titre exceptionnel, seulement lorsque le rattachement est inapproprié et ne peut déroger que dans de telles circonstances au critère de rattachement établi par le Règlement, elle n'a pas pour but de s'appliquer généralement en cas de rattachement inadapté pour les parties.

La question de la loi applicable aux contrats internationaux ainsi que le raisonnement propre à sa détermination présentent une importance particulière quant aux obligations d'assurance.

CHAPITRE II. L'OBLIGATION D'ASSURANCE RATTACHÉE À LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE CONSTRUCTION

Dans le secteur de la construction le recours aux contrats internationaux connaît un essor considérable depuis des années.

C'est pourquoi, le droit européen s'est penché sur la problématique de l'assurance responsabilité dans ce secteur, par le biais de deux rapports ELIOS²⁰⁵ dont les objectifs, assignés par la Commission européenne et le Parlement européen, étaient de recenser les différents régimes de responsabilité et d'assurance construction dans tous les Etats membres de l'Union européenne et de trouver des pistes afin de promouvoir l'harmonisation du régime de l'assurance responsabilité.

²⁰² Le lieu de situation de l'immeuble, lieu d'exécution du contrat, lieu de résidence habituelle du maître de l'ouvrage, la langue du contrat, la monnaie de paiement, ...

²⁰³ La jurisprudence française va dans ce sens : CA Paris, 22 novembre 1980, *JDI* 1981.585 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 223, *JDI* 1983.I.30 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990, *Rev. arb.* 1990.854 et s., TGI Poitiers 22 décembre 1999, *Rev. crit. DIP* 2001, n° 4, p. 670 cités par Y. EL ISSA, « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *op. cit.*, p. 169 et 170.

²⁰⁴ C.E.C. JANSEN, *Towards a European Building Contract Law. Defects Liability : a Comparative Legal Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law*, *op. cit.*, p. 85 et s.

²⁰⁵ ELIOS : European Liability Insurance Organisation Schemes. D'une part, le rapport ELIOS 1 intitulé « Les régimes de responsabilité et d'assurance dans le secteur de la construction : programmes nationaux et lignes directrices pour stimuler l'innovation et la durabilité », déposé en avril 2010 et effectué à la demande de la Commission Européenne et d'autre part, le rapport ELIOS 2, déposé en février 2015 et dont le titre est « Faciliter l'accès des artisans et des petites entreprises du bâtiment aux assurances pour encourager l'innovation et la promotion des écotechnologies dans l'Union européenne » ; www.elios-ec.eu/fr/introduction0

Dans le cadre du rapports « ELIOS II », le thème de la libre prestation de service dans le secteur de l'assurance construction dans les contrats transfrontaliers a retenu l'attention. Ce thème découle du principe d'interdiction des restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union Européenne de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁰⁶.

Depuis la Directive « Services » de 2006²⁰⁷, garantissant aux intervenants à l'acte de construire ainsi qu'au maître de l'ouvrage, le bénéficiaire de la liberté de prestation de service, le marché de la construction s'est ouvert aux constructeurs étrangers²⁰⁸. Ce principe est également affirmé dans la directive « Solvabilité II »²⁰⁹ permettant aux entreprises d'assurance de la construction, après agrégation de l'Etat membre d'origine dans lequel elle a établi son siège social²¹⁰, d'effectuer ses opérations en vertu du principe de libre prestation de service dans tous les Etats membres.

C'est dans un contexte de contestations, relatives aux entraves à la libre prestation de service, posée par l'assurance obligatoire française, que le rapport « ELIOS II » fût déposé²¹¹. Il faisait suite aux questions qui se posaient dans le secteur de la construction transfrontalière en raison des régimes d'assurance de construction, morcelés entre les Etats membres, dû aux différents systèmes nationaux divergents.

²⁰⁶ « 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 Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation », art. 56 du T.F.U.E, *Journal Officiel*, n° 115 du 9 mai 2008 (version consolidée du traité). L'effet direct consacré à cet article oblige les Etats membres à modifier leurs dispositions nationales restreignant la liberté de prestation de service sauf si ces dernières sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général ; B. KOHL, « Développements récents de l'assurance construction en droit européen », *R.T.D.I.*, n° 1, 2015, p. 1.

²⁰⁷ Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 sur les services dans le marché intérieur (« Services »), *J.O.U.E.*, n° 376, 27 décembre 2006.

²⁰⁸ « Les Etats membres ne peuvent pas restreindre la libre prestation de services par un prestataire établi dans un autre Etat membre en imposant l'une des exigences suivantes: a) l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire, b) l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes », art. 16§2 de la directive « Services » ; Voy. B. KOHL, « Développements récents de l'assurance construction en droit européen », *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁹ 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 (« Solvabilité II »), *J.O.U.E.*, n° 335, 17 décembre 2009.

²¹⁰ 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 (« Solvabilité II »), *J.O.U.E.*, L 335, 17 décembre 2009, art. 14 et 15, p. 24.

²¹¹ La Commission européenne s'interrogeait sur le caractère obligatoire de l'assurance construction à deux branches en France, avec d'une part l'assurance « dommages ouvrage » du maître de l'ouvrage et d'autre part l'assurance de la responsabilité des constructeurs. Pour plus de renseignements, voy. B. KOHL, « Développements récents de l'assurance construction en droit européen », *op. cit.*, p. 2.

Les deux rapports ont présenté des solutions^{212,213} considérées comme plutôt théoriques par la doctrine dû au fait que le droit de la construction est sujet à un éclatement entre les divers régimes nationaux et que les disparités persistent en pratique. Mais ces rapports sont tout de même à prendre en considération²¹⁴, car ils conduisent au constat qu'une tendance à l'obligation d'assurance dans le chef de l'entrepreneur se développe en particulier pour les vices graves et les ouvrages d'habitation²¹⁵. Le contexte européen de ces dernières années expose un secteur de l'assurance construction non harmonisé mais présentant des convergences, telles que l'obligation d'assurance responsabilité décennale en France et en Belgique.

Cette absence d'harmonisation et l'internationalité des relations contractuelles de construction donne son sens à l'étude de la loi applicable à ce stade, car la détermination de loi influencera l'application possible du mécanisme de potentielles assurances obligatoires nationales.

Il est de notoriété publique que les chantiers de construction ne se déroulent pas toujours comme prévu, les risques émanant de ces projets sont répandus²¹⁶. Les contrats de construction multipartites et l'évolution des techniques et obligations imposées aux différents intervenants à l'acte de construire constituent des éléments susceptibles d'aggraver les risques et les responsabilités qui s'ensuivent²¹⁷. Il est dès lors indéniable de reconnaître la fonction sociale de l'assurance obligatoire prévue dans certains Etats membres. En effet, elle protège les parties au contrat de construction, en possédant une assurance, l'entrepreneur principal garantit au maître de l'ouvrage la réparation des dommages qu'il lui causerait éventuellement, qu'il soit solvable ou non²¹⁸.

²¹² Le premier rapport, « ELIOS I » de 2008 avait pour but d'étudier et de comparer ces différents régimes de responsabilités et d'assurances dans le domaine de la construction.

²¹³ Le second rapport, « ELIOS II », proposait deux remèdes : L'un était la constitution d'une base de données afin de recenser les pathologies du bâtiment existantes dans les écotecnologies (Eco-technologies Quality European Observatory) (EQEO), le second concernait à mettre en place un facilitateur européen d'accès à l'assurance construction (European Facilitator for Access to Construction Insurance) (EFACI), ainsi qu'une proposition de créer une autorité indépendante de conseil et d'assurance aux prestataires de service dans le secteur de la construction immobilière.

²¹⁴ B. KOHL, « Développements récents de l'assurance construction en droit européen », *op. cit.*, p. 3 et 4.

²¹⁵ A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction après les lois du 31 mai 2017 et du 9 mai 2019 », *Revue de Droit Commercial Belge* (2020), Editions Larcier, 3 mars 2021, p. 1105.

²¹⁶ K. UYTTERHOEVEN, « De aansprakelijkheidsverzekeringen in de bouwsector », *De aansprakelijkheidsverzekering in ontwikkeling*, Antwerpen, Intersentia, T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), 2016, p. 159 ; C. CHARDON, *Les assurances de l'entreprise et la responsabilité décennale*, *Jurim pratique*, 2010, p. 117.

²¹⁷ A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction après les lois du 31 mai 2017 et du 9 mai 2019 », *op. cit.*, p. 1102.

²¹⁸ Y. EL ISSA, « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *op. cit.*, p. 172.

Section 1 : Le mécanisme de l'assurance obligatoire dans le secteur de la construction

Le mécanisme de l'assurance obligatoire n'est pas uniforme en droit comparé, penchons-nous brièvement sur l'étude des deux législations nationales voisines, celle de la Belgique et de la France et sur l'importance à accorder à la loi applicable, afin de reconnaître ou non dans les contrats de construction, l'obligation de loi nationale de souscrire à une assurance.

Sous-section 1 : En Belgique

Historiquement, l'obligation d'assurance contre les risques de la construction n'existe pas pour les professionnels du secteur de la construction, à l'exception des architectes^{219,220}. L'assurance est facultative, seule la volonté des parties permet de souscrire à une police d'assurance. L'assurance-contrôle, par exemple, survenant pour couvrir les dégâts possibles de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage, en vertu des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil, était souscrite dans les chantiers des années 50, sans être obligatoire à l'époque²²¹.

La loi du 31 mai 2017²²², entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018, est venue secouer le secteur avec l'instauration d'une assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des constructeurs, architectes et autres intervenants. Cette assurance obligatoire de responsabilité professionnelle a suscité des questions et a évolué au fil des années.

Cette loi intervient suite aux controverses nées de la loi dite « Laruelle » du 15 février 2006²²³ rendant obligatoire l'assurance de l'architecte pour la responsabilité extracontractuelle et

²¹⁹ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, op. cit., p. 140 ; B. KOHL, « La responsabilité et les assurances dans le secteur de la construction : l'influence du droit européen », *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum Denis Philippe*, STROWEL, A. et MINNE, G., (dir.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 259.

²²⁰ Pour les architectes, s'assurer de sa responsabilité professionnelle y compris la décennale, est depuis longtemps obligatoire, non pas en raison de la loi mais en vertu de l'article 15 du règlement de déontologie des architectes, approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985 et la doctrine et la jurisprudence majoritaire de l'époque. Ce n'est pas le cas des ingénieurs, aucune déontologie ne leur imposait de souscrire à une telle assurance. Voy. B. DEVOS, « La loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale : un verre à moitié vide ou à moitié plein ? – (1^{ère} partie) », *R.G.A.R.*, 2017/9, n° 15421.

²²¹ B. KOHL et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, op. cit., p. 140 ; C. CHARDON, « Les assurances de l'entreprise et la responsabilité décennale », op. cit., p. 120.

²²² Loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 9 juin 2017.

²²³ Loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne

contractuelle qui était jusqu'ici déontologique²²⁴. Par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2007²²⁵, la Cour examine le caractère obligatoire de l'assurance des architectes au regard du principe de légalité suite au recours en annulation introduit par l'Ordre des architectes contre cette loi. La Cour relève le caractère discriminatoire de cette assurance obligatoire pour l'architecte résultant de l'absence d'obligation d'assurance comparable aux autres intervenants à l'acte de construire, ce qui a pour effet de rompre avec le principe de légalité. Cette rupture doit conduire le législateur à adopter une loi permettant de rétablir l'égalité en ce sens qu'il est nécessaire que les autres acteurs de la construction soient assurés, à défaut de quoi, l'Etat belge s'expose au risque de voir sa responsabilité engagée²²⁶.

Parallèlement, certains ont perçu dans l'article 23 de la directive européenne « Services »²²⁷ que ce dernier invite les Etats membres à exiger des prestataires de services rentrant dans le champ d'application de la directive, de souscrire à une assurance professionnelle afin de garantir leur solvabilité, considéré comme une invitation à obliger les entrepreneurs à s'assurer²²⁸. Pendant de nombreuses années, les entrepreneurs ont continué à ne pas être lié par une obligation d'assurance responsabilité et les voix se sont élevées pour y remédier²²⁹.

Il y avait dès lors un nombre accru de condamnation *in solidum* des architectes invoquées par les maîtres de l'ouvrage pour éviter les risques d'insolvabilité des entrepreneurs, les architectes ont donc pris soin d'insérer dans leur contrat de plus en plus de clauses d'exonération de condamnation *in solidum*²³⁰. Par un arrêt du 5 septembre 2014²³¹, la Cour de cassation a accordé la validité de ces clauses tant que les vices n'entraînent pas la

morale modifiant la loi du 20 février 1939, *M.B.*, 25 avril 2006.

²²⁴ En vertu de l'article 15 du règlement de déontologie des architectes, approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985 portant approbation du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes (*M.B.*, 8 mai 1985) et la doctrine et la jurisprudence majoritaire de l'époque (Cass., 19 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 708).

²²⁵ C.C., 12 juillet 2007, n°100/2007, *M.B.*, 19 juillet 2007, p. 38.866, *RGDC*, 2008, p. 390, note B. KOHL, *TBO*, 2007, p. 199, note I. RAMBOER, *RW*, 2007-2008, p. 46, *NjW*, 2008, p. 251, note 6 Pt B.6.3. de l'arrêt. Recours en annulation des articles 2§4 et 9 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte (tels que modifiés par la loi du 15 février 2006).

²²⁶ Voy à ce sujet: K. UYTTERHOEVEN, « De aansprakelijkheidsverzekeringen in de bouwsector », *op. cit.*, p. 203 et

204 ; B. KOHL, « L'assurance obligatoire des architectes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Vers une réforme de l'assurance en droit de la construction ? », *L'exercice de la profession d'architecte*, I. Durant et R. De Briey (dirs.), coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 253 à 304 ; B. KOHL, « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 394-406.

²²⁷ Directive n°2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 376, 27 décembre 2006.

²²⁸ A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1103 et 1104 ; voy. B. KOHL, « L'assurance obligatoire des architectes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Vers une réforme de l'assurance en droit de la construction ? », *op. cit.*, p. 277.

²²⁹ Voy. A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1103 et 1104.

²³⁰ Voy. A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1104 ; B. de COCQUEAU et B. DEVOS, « L'architecte, quelques éléments d'actualité », in *Les responsabilités professionnelles*, C.L.J.B., Limal, Anthémis 2017, pp. 51 à 69.

²³¹ Cass., 5 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 38.

responsabilité décennale, à défaut de quoi, elles devront être considérées comme nulles, étant contraires à l'ordre public²³². Cet arrêt a aggravé la situation de l'architecte qui, à l'avenir, ne pourra pas se libérer de la condamnation *in solidum* avec l'entrepreneur si sa responsabilité décennale est retenue²³³.

Par la loi du 31 mai 2017²³⁴, l'obligation d'assurance se généralise à tous les agents du domaine de la construction²³⁵, comprenant tant les entrepreneurs²³⁶ que les architectes²³⁷ et autres prestataires du secteur de la construction²³⁸. Cette loi met leur obligation d'assurance sur un même pied d'égalité et tend à offrir une meilleure protection au maître de l'ouvrage²³⁹.

Les travaux préparatoires de cette loi fixent aussi une obligation d'assurance décennale pour les sous-traitants²⁴⁰.

²³² B. DEVOS, « La loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale : un verre à moitié vide ou à moitié plein ? – (1^{ère} partie) », *op. cit.*, n° 15421.

²³³ B. DEVOS, *ibidem*, p. 15421.

²³⁴ Loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 9 juin 2017.

²³⁵ Sauf le promoteur immobilier qui est exclu de la définition « d'autres prestataires du secteur de la construction » sauf s'il peut être qualifié d'entrepreneur au sens de l'article 2, 1° de la loi du 31 mai 2017. A. RIGOLET, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1107. De plus, il est difficile de définir la notion de promoteur car la différence est mince avec le régime de l'entreprise générale de construction. Sur cette question, voy. not. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op.cit.*, pp. 791-796 et p. 895.

Les contrats de promotion immobilière ne sont pas visés par l'obligation d'assurance.

²³⁶ Définit à l'article 2, 1° de la loi du 31 mai 2017 comme : « toute personne physique ou morale, qui s'engage à effectuer pour le compte d'autrui, moyennant rémunération directe ou indirecte, en toute indépendance mais sans pouvoir de représentation (...) ».

²³⁷ Définit à l'article 2, 2° de la loi du 31 mai 2017 comme « toute personne physique ou morale autorisée à exercer la profession d'architecte au sens de l'article 2 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte (...) ». Les architectes des pays tiers exerçant la profession en vertu de l'article 8 de loi sont également tenus de l'obligation d'assurance. Sur ce fait voy. K. UYTTERHOEVEN, « De wet van 31 mei 2017 betreffende de verplichte verzekering van de tienjarige burgerlijke aansprakelijkheid van aannemers, architecten en andere dienstverleners in de bouwsector van werken in onroerende staat », *TBO 2017*, p. 421.

²³⁸ Définit à l'article 2,3° de la loi du 31 mai 2017 comme « toute personne physique ou morale autre que le promoteur immobilier, qui s'engage à effectuer, pour le compte d'autrui, moyennant rémunération directe ou indirecte, en toute indépendance mais sans pouvoir de représentation, des prestations de nature immatérielle ».

²³⁹ Néanmoins, le champ d'application limité de la loi ne s'accorde pas avec ces objectifs selon la doctrine, ce qui a valu de nombreuses critiques à la loi du 31 mai 2017. Pour plus de détails voy. les observations des députés M. de LAMOTTE, P.-O. DELANNOIS et J.-M. DELIZEE (projet de loi du 26 avril 2017 relatif à l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale [...], *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2412/002, pp. 7-9) ainsi que le communiqué de presse très critique de l'Ordre des architectes du 24 octobre 2016.

²⁴⁰ Projet de loi du 12 avril 2017 relatif à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification à la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2412/001, p. 10. Ces travaux ajoutent que le sous-traitant « peut toutefois être couvert par une police globale comme le prévoit l'article 8, alinéa 2 [de la loi du 31 mai 2017], auquel cas il ne doit pas lui-même souscrire une police d'assurance à l'année ou par chantier ».

Les entrepreneurs étant toutefois opposés à une telle obligation en raison des coûts résultant d'une telle obligation et d'un risque de déresponsabilisation²⁴¹.

Le champ d'application de cette obligation d'assurance étendue aux prestataires du secteur de la construction²⁴² se limite cependant à la responsabilité décennale²⁴³ et à un certain type de chantier. Pour que l'obligation de la loi du 31 mai 2017 s'exerce, il faut que les quatre conditions de la responsabilité décennale soient réunies²⁴⁴. Si l'une de ces conditions ne peut être remplie par l'un des intervenants à l'acte de construire, ce dernier ne sera soumis à aucune obligation d'assurance²⁴⁵. De ce fait, il faut que la responsabilité de l'assuré soit engagée afin de mettre en œuvre le rôle de l'assureur²⁴⁶.

De ce champ d'action limité à la responsabilité décennale émane d'autres difficultés. Notamment le risque d'un conflit d'intérêts entre l'assuré et son assureur²⁴⁷. De plus, il est possible en Belgique que la responsabilité civile de l'assuré soit engagée en se fondant sur d'autres bases d'actions telle que l'action en responsabilité contractuelle qui trouve sa source dans le droit commun, connue sous le nom de « responsabilité pour vices cachés véniels »²⁴⁸ après la réception-agrégation de l'ouvrage, tandis que seule la responsabilité décennale est soumise à une obligation d'assurance²⁴⁹.

Seuls les contrats d'entreprise sont visés par la loi du 31 mai 2017 et uniquement pour des travaux immobiliers. L'ouvrage doit constituer une habitation²⁵⁰ et se situer en Belgique²⁵¹, celui-ci doit être soumis à un permis d'urbanisme²⁵² ce qui suppose l'intervention obligatoire

²⁴¹ Argument repris par le ministre Peeters pour expliquer le caractère restreint du champ d'application de la loi du 31 mai 2017. Voy à ce propos, A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1105.

²⁴² Concernant les prestataires de services intellectuels tels que le bureau technique, le bureau d'ingénieur, le coordinateur de chantier, de sécurité, le bureau d'étude, une nouvelle loi du 18 avril 2019 régit maintenant leur obligation d'assurance spécifique.

²⁴³ Loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 9 juin 2017, art. 3 et 5.

²⁴⁴ Voy *supra*. 1) Un contrat d'entreprise, 2) se rapportant à un « gros ouvrage », 3) un vice d'une certaine gravité menaçant la stabilité de l'ouvrage ou de l'une de ses parties maîtresses et 4) le vice dénoncé par le maître de l'ouvrage est la conséquence d'une faute dans le chef du défendeur à l'action ; C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception », *op. cit.*, p. 240.

²⁴⁵ A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1109.

²⁴⁶ F. BURSENS, *Handboek aannemingsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 659.

²⁴⁷ Pour plus de détails, voy : A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1109.

²⁴⁸ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 1092 à 1095.

²⁴⁹ A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1109 et 1110.

²⁵⁰ En application de l'article 5 de la loi du 31 mai 2017. Pour plus de détails quant à la notion « d'habitation », voy. not. A. RIGOLET, *Ibidem*, p. 1110 et 1111.

²⁵¹ En application de l'article 5 de la loi du 31 mai 2017.

²⁵² En application de l'article 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte.

d'un architecte²⁵³ et c'est seulement la responsabilité décennale « limitée à la solidité, la stabilité et l'étanchéité du gros œuvre fermé »²⁵⁴.

Concernant les prestations effectuées pour des immeubles localisés à l'étranger, celles-ci ne sont pas visées par l'obligation d'assurance, quand bien même les intervenants à l'acte de construire sont de nationalité belge²⁵⁵, cela peut poser question quant au principe constitutionnel d'égalité²⁵⁶ ainsi qu'en matière de libre prestation de service découlant des règles européennes. En effet, un maître de l'ouvrage belge serait réticent de faire appel à un prestataire étranger, non tenu d'une obligation d'assurance responsabilité²⁵⁷.

L'assurance doit couvrir les dommages résultant de la responsabilité décennale de l'assuré pendant « la période de dix ans qui suit l'agrément des travaux »²⁵⁸ mais la police d'assurance doit être conclue avant le commencement des travaux²⁵⁹.

La non-souscription à l'assurance obligatoire couvrant la responsabilité décennale des intervenants à l'acte de construire est passible d'une sanction pénale²⁶⁰.

La loi du 31 mai 2017 n'oblige à assurer que la responsabilité décennale. Il n'y a aucune obligation d'assurer la responsabilité contractuelle ou découlant des vices vénéniels. Encore une fois il y a un déséquilibre avec l'obligation d'assurance de l'architecte qui doit s'assurer pour tout type de bâtiment et pour tout type de responsabilité. C'est sans doute pour éviter une explosion des coûts de construction que le législateur a limité l'obligation d'assurance de l'entrepreneur au domaine de la décennale²⁶¹.

²⁵³ En application des articles 2,1° et 2,3° de la loi du 31 mai 2017 desquels découle que ne sont visés par la loi que les responsabilités qui découlent de travaux immobiliers « pour lesquels l'intervention de l'architecte est obligatoire en vertu de l'article 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection et du titre et de la profession d'architecte ». Et voy. Cass., 19 mai 2016, *T.B.O.*, p. 32 note A. QUIRYNEN, *R.W.*, 2017-2018, p. 1218, duquel ressort que l'obligation de l'intervention d'un architecte ne concerne, en principe, que l'achèvement du gros œuvre fermé. Voy. pour plus de détails sur cet arrêt : A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1111.

²⁵⁴ En application de l'article 3 de la loi du 31 mai 2017. La notion de « gros œuvre fermé » a été définie par la loi du 9 mai 2019 en son article 23, alinéa 1^{er}, 2° comme « les éléments qui concourent à la stabilité ou à la solidité de l'ouvrage ainsi que les éléments qui assurent le clos et couvert et l'étanchéité à l'eau de l'ouvrage ». Voy. A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1111.

²⁵⁵ A. RIGOLET, *Ibidem*, p. 1111.

²⁵⁶ Consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution belge.

²⁵⁷ A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1111.

²⁵⁸ En application de l'article 7 de la loi du 31 mai 2017.

²⁵⁹ En application de l'article 12 de la loi du 31 mai 2017.

²⁶⁰ En application de l'article 14 de la loi du 31 mai 2017. Avant la loi du 9 mai 2019, il existait une différence de traitement dans la loi du 31 mai 2017 entre les sanctions appliquées à l'architecte et celles des autres personnes visées par l'obligation d'assurance.

²⁶¹ A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1123.

Par la loi du 9 mai 2019²⁶², une extension de l'obligation d'assurance professionnelle à d'autres prestataires de services que les architectes, est née. Cette loi de 2019 complète celle de 2017 et impose aux architectes ainsi qu'aux prestataires de services intellectuels du secteur de la construction²⁶³, une obligation large d'assurance couvrant leur responsabilité professionnelle tout en excluant les entrepreneurs et ce, pour des actes se rapportant à tout type de travaux immobiliers exécutés en Belgique²⁶⁴.

On exige des architectes, en vertu d'une obligation légale réaffirmée, qu'ils souscrivent une assurance aussi bien pour leur responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle. En effet, en vertu des travaux préparatoires, « toutes les fautes professionnelles, hors décennale »²⁶⁵ doivent être couvertes tant que dure leur activité professionnelle^{266,267}.

Le système des assurances obligatoires des professionnels de la construction a été profondément modifié par ces deux lois mais les débats les concernant sont toujours au cœur des discussions en doctrine et jurisprudence. Leur application fait surgir quelques difficultés et réflexions²⁶⁸. En effet, par un arrêt récent du 25 février 2021²⁶⁹, la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation introduit par l'Ordre des architectes à l'encontre de la loi du 9 mai 2019 estimant que le moyen unique pris en violation des articles 10 et 11 de la

²⁶² Loi du 9 mai 2019 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile professionnelle des architectes, des géomètres-experts, des coordinateurs de sécurité-santé et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de diverses dispositions légales en matières d'assurance de responsabilité civile dans le secteur de la construction, *M.B.*, 26 juin 2019.

²⁶³ Le champ d'application de la loi est limité aux professions intellectuelles dans le domaine de la construction immobilière, telles que les architectes, géomètres-experts, coordinateurs sécurité-santé, et autres fournisseurs de prestations principalement de nature immatérielle. Les architectes des pays tiers sont toujours visés. Pour une définition de ces termes, voy. A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.*, p. 1124 à 1126.

²⁶⁴ En application de l'article 2 de la loi du 9 mai 2019.

²⁶⁵ Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité professionnelle des architectes, des géomètres-experts, des coordinateurs de sécurité-santé et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de diverses dispositions légales en matière d'assurance de responsabilité civile dans le secteur de la construction, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, - n°3602/001, p. 3.

²⁶⁶ Loi du 9 mai 2019 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile professionnelle des architectes, des géomètres-experts, des coordinateurs de sécurité-santé et autres prestataires du secteur de la construction [...], *op. cit.*, art. 3, alinéas 1 et 2.

²⁶⁷ Contrairement à la loi du 31 mai 2017, la loi du 9 mai 2019 n'inclut pas les sous-traitants dans les personnes assurées, s'ils rentrent dans les conditions de la loi du 9 mai 2019, ils seront contraints de souscrire leur propre assurance. A. RIGOLET, "L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction ... », *op. cit.* p. 1130.

²⁶⁸ A. RIGOLET, *ibidem*, p. 1102.

²⁶⁹ C.C., 25 février 2021, n° 28/2021.

Constitution n'était pas fondé²⁷⁰. Selon la Cour, la différence de traitement est justifiée de manière raisonnable²⁷¹.

Une chose est sûre, c'est que ces deux lois continuent de faire couler de l'encre.

Sous-section 2 : En France

Le droit français opte pour un régime d'assurance obligatoire plutôt strict, qui ne rencontre pas l'unanimité dans les différentes loi nationales des Etats membres²⁷².

Ce système d'assurance obligatoire de responsabilité contraignant à la fois pour l'entrepreneur et pour le maître de l'ouvrage, a été institué par la loi Spinetta du 4 janvier 1978²⁷³. L'entrepreneur doit souscrire une assurance responsabilité civile et le maître de l'ouvrage une assurance dommages aux travaux. Cette assurance couvre la responsabilité au titre de la garantie décennale, sauf en cas de force majeure²⁷⁴.

Cette loi instaure une présomption de responsabilité pesant sur tous les intervenants à l'acte de construire afin de garantir une indemnisation du maître de l'ouvrage. Cette présomption est consacrée par l'article L.241-1 du Code des assurances²⁷⁵. L'article L.243-3 de ce même code, ajoute que l'obligations d'assurance est pénalement sanctionnée²⁷⁶. L'entrepreneur est responsable des dommages affectant la stabilité de l'ouvrage ou rendant la construction

²⁷⁰ Les parties requérantes estimant que « Le fait que seul l'architecte (et les autres professions intellectuelles dans le secteur de la construction), à l'exclusion de l'entrepreneur, soit obligé d'assurer sa responsabilité professionnelle entraîne, selon les parties requérantes, des distorsions dans la détermination de leurs responsabilités respectives, en ce qu'on a tout intérêt, en cas de contestation, à rendre l'architecte responsable. [...] Les parties requérantes concluent que les dispositions attaquées sont inconstitutionnelles, en ce qu'elles instaurent une obligation d'assurance en ce qui concerne la responsabilité professionnelle de l'architecte, alors qu'elles n'instaurent pas une telle obligation en ce qui concerne la responsabilité professionnelle des entrepreneurs » ; C.C., 25 février 2021, n° 28/2021, A.1.3.

²⁷¹ Pour plus de détails, voir sur ce point H. DE RODE, « Les assurances obligatoires dans le domaine de la construction : état des lieux », *Actualités en droit de la construction*, B. Kohl (dir.), Coll. CUP, vol. 202, Liège, Anthemis, 2020, p. 353 à 379.

²⁷² Y., EL ISSA, « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *op. cit.*, p. 172.

²⁷³ Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, The Hague, European society of construction law, 2015, p. 251.

²⁷⁴ M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Ibidem*, p. 251 et 252.

²⁷⁵ « Toute personne physique ou morale dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du Code civil doit être couverte par une assurance », art. L241-1 du Code des assurances ; B. DEVOS, « La loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale : un verre à moitié vide ou à moitié plein ? », *op. cit.*, n° 15421, §2.

²⁷⁶ « Quiconque contrevient aux dispositions des articles L. 241-1 à L. 242-1 du présent code sera puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 75 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement », art. L.243-3 du Code des assurance.

impropre à sa destination du fait que l'un de ses éléments ou les matériaux liés aux fondations et aux murs principaux ont été touchés. Il est à noter qu'il existe une présomption de responsabilité et que l'employeur n'a pas à établir la faute de l'entrepreneur. La présence de dommages d'une telle gravité est suffisante pour permettre à l'employeur d'intenter une action contre l'entrepreneur afin d'obtenir réparation. De plus, la perte de l'employeur sera entièrement couverte²⁷⁷.

En vertu de la loi sur l'architecture du 3 janvier 1977²⁷⁸, tout architecte est tenu d'avoir une assurance couvrant tous les actes engageant sa responsabilité professionnelle.

La France prévoit un système où différentes assurances non-obligatoires sont également prévues²⁷⁹.

Ce mécanisme particulier d'assurance obligatoire spécifique à la France est relativement inconnu dans les autres droits nationaux²⁸⁰. Rares sont ceux qui consacrent un tel mécanisme mais il peut être fait un parallèle avec les pays nordiques tels que la Suède et le Danemark qui possèdent un mécanisme similaire²⁸¹.

Section 2 : La loi applicable au contrat de construction et le principe de l'assurance obligatoire

La question qui se pose est celle de savoir comment un tel mécanisme d'assurance obligatoire subsiste dans un contrat de construction transfrontalier, lorsque le choix de la loi nationale applicable ne consacre pas un tel mécanisme, du fait que l'assurance obligatoire en général et l'assurance de responsabilité décennale en particulier, sont très inégalement consacrées en Europe²⁸².

²⁷⁷ M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, *op. cit.*, p. 222.

²⁷⁸ Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

²⁷⁹ Nous pouvons ici citer l'assurance tous risques chantier de l'entrepreneur ainsi que la responsabilité civile professionnelle qui sont les plus couramment contractées. Voy M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, *op. cit.*, p. 251.

²⁸⁰ J. BIGOT, « Rapport général: L'assurance des risques de la construction », *La responsabilité du constructeur*, *Journées Égyptiennes*, Travaux de l'association Capitant, t. 42, 1991, Litec, 1993, p. 349.

²⁸¹ En Suède la responsabilité décennale de dix ans est légalement consacrée et des assurances obligatoires existent. Voy : M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, *op. cit.*, p. 588 et 609. Au Danemark, la responsabilité de l'entrepreneur est aussi consacrée légalement pour les dommages à l'ouvrage résultant de travaux défectueux, il n'existe pas d'assurance obligatoire, seuls les dommages délictueux ou ceux résultant d'un travail défectueux sont couverts. Voy M. CHAO-DUIVIS, M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, *op. cit.*, p. 184 et 199.

²⁸² J. BIGOT, « Rapport général: L'assurance des risques de la construction », *op. cit.*, p. 356.

Exemple 2 : Un maître de l'ouvrage belge fait construire en Belgique via un entrepreneur français : Si on applique la loi belge par choix, l'obligation d'assurance oblige l'entrepreneur à contracter une assurance couvrant sa responsabilité décennale. Le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de souscrire une assurance. Si un défaut grave apparaît dans le délai de la responsabilité décennale, l'entrepreneur engage sa responsabilité décennale et celle-ci est obligatoirement assurée donc le maître de l'ouvrage n'est pas lésé. Toutefois, cette obligation d'assurance ne vaut qu'en cas de vices graves découlant des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil, si le vice n'est pas tel, le maître de l'ouvrage ne sera pas protégé par l'assurance de l'entrepreneur.

Exemple 1 : Qu'en est-il du maître de l'ouvrage français qui fait appel à un entrepreneur belge pour construire un ouvrage sur le territoire français ?

En France, la loi exige que toutes les assurances soient rendues obligatoires. Donc autant celle du maître de l'ouvrage qui se doit de s'assurer pour les « dommages ouvrages », que celle générale de l'entrepreneur, sont rendues obligatoires. Dans ce cas-ci, il y a un désavantage pour l'entrepreneur belge de se soumettre à la loi française car il est tenu de s'assurer de plusieurs responsabilités, ce qui constitue un coût important, il pourrait être tenté d'y échapper par le biais de l'application d'une autre loi nationale. A contrario, le maître de l'ouvrage dans cette situation sera ravi de bénéficier de cette assurance obligatoire si un défaut grave ou tout autre vice survient car elle lui apporte une sécurité indiscutable.

Le mécanisme de l'obligation d'assurance en France sera fragilisé ou écarté par le mécanisme de conflits des lois applicables, une grande incertitude quant à la loi applicable plane au-dessus de ces situations. En France, l'article L.182-1 du Code des assurances est considéré comme une loi de police conditionnée par laquelle le législateur permet au maître de l'ouvrage français dans quelque situation qu'il se trouve, d'être protégé par le bénéfice de l'assurance obligatoire^{283,284}.

Par contre, il sera difficile en pratique de soumettre un contrat international de construction à une obligation d'assurance, si celle-ci n'est pas légalement prescrite par la loi applicable. La loi applicable à l'obligation d'assurance est la loi du contrat de construction et non pas celle du contrat d'assurance de responsabilité décennale « puisque l'obligation d'assurance de responsabilité décennale du constructeur se situe en aval du contrat de construction et en amont du contrat d'assurance, la loi applicable à celle-ci ne peut découler que de la loi du contrat de construction et non de celle du contrat d'assurance de responsabilité

²⁸³ J. SENECHAL, « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français », *R.D.I.*, 2005, p. 75.

²⁸⁴ L'article 9 paragraphe 3 du Règlement Rome I énonce que : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Le Règlement fait ici une analyse restrictive de l'application des lois de police étrangères, ceci a été confirmé par l'arrêt *Nikiforidis* de 2016 ; C.J.U.E, *Nikiforidis*, 18 octobre 2016, C-135-15, point 50. Sur l'application des lois de police étrangères, voy. O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 211 et 212.

décennale»²⁸⁵. En effet, l'obligation d'assurance est causée par la conclusion du contrat de construction.

Le maître de l'ouvrage français sera donc protégé si la loi du contrat principal est régie par la loi française présentant une obligation d'assurance, toutefois, si le droit applicable au contrat principal est, par choix ou par rattachement, un autre droit national, alors le maître de l'ouvrage perd cette protection.

Nous pouvons résumer la situation en Belgique en quatre hypothèses, s'appliquant *mutatis mutandis* à la France :

Premièrement, un constructeur belge intervenant en Belgique dans un contrat interne sera toujours contraint de souscrire une assurance responsabilité civile décennale ;

Deuxièmement, un constructeur étranger intervenant en Belgique devra disposer d'une assurance de responsabilité civile décennale si le maître d'ouvrage est un consommateur belge ;

Troisièmement, un constructeur étranger intervenant en Belgique devra disposer d'une assurance de responsabilité civile décennale si le contrat de construction comprend une clause expresse précisant que le droit belge est applicable ;

Quatrièmement, au-delà de ces possibilités, il n'est pas exclu qu'un constructeur étranger intervenant en Belgique puisse soutenir, à raison, qu'il n'est pas tenu de bénéficier d'une couverture d'assurance responsabilité civile décennale sous réserve toutefois qu'il ne puisse être démontré que le contrat de construction litigieux présenterait, au sens du règlement Rome 1, un « lien manifestement plus étroit » avec la Belgique qu'avec le pays du constructeur étranger.

Dans ce dernier cas, que l'on soit en droit belge ou français, rien ne permet d'affirmer que la loi applicable au contrat de construction sera la loi belge ou française car il est possible pour les parties impliquées dans un contrat de construction de ne pas souscrire à l'assurance obligatoire belge ou française en choisissant de se référer à une loi étrangère qui ne contient pas de clause obligeant à une telle assurance, ce qui a pour conséquence que le constructeur étranger ne sera pas nécessairement soumis à l'obligation d'assurance décennale. Cependant, le maître de l'ouvrage accorde tellement d'importance à cette assurance obligatoire de la responsabilité décennale car elle lui assure avec certitude qu'il sera indemnisé par un assureur en cas de dommage grave et postérieur à la réception de l'ouvrage, quel que soit l'état financier de l'entrepreneur. Il sera donc tentant de vouloir appliquer à tout prix la loi favorable à une obligation d'assurance.

Des mécanismes peuvent être envisagés afin d'imposer l'application de l'assurance responsabilité décennale obligatoire. Voyons s'ils sont admis. Le premier serait de faire en sorte que cette obligation d'assurance obligatoire soit considérée comme une loi de police, applicable en toute circonstance. Le deuxième mécanisme serait de recourir à la clause d'exception afin que soit applicable la loi du lieu de situation de l'immeuble en cas d'absence

²⁸⁵ J. SENECHAL, *Ibidem*, p. 75.

de choix de loi par les parties et non pas le lieu de résidence habituelle du constructeur étranger qui ne prévoirait pas d'obligation d'assurance²⁸⁶.

Sous-section 1 : L'assurance obligatoire, une loi de police ?

En rendant l'assurance responsabilité décennale obligatoire, l'Etat prouve son importance au niveau social. Nous nous interrogeons ici sur la possibilité de voir une loi de police dans l'article 25 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances en Belgique²⁸⁷, disposant que « les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par la loi belge sont régis par le droit belge ». Ce raisonnement est soutenu par l'article 7 paragraphe 4 du Règlement Rome I, propre aux contrats d'assurance, qui dispose qu'en cas de contradiction avec la loi de l'Etat où le risque est localisé, c'est la loi qui impose l'obligation de souscrire à une assurance qui prévaut²⁸⁸. Il y aurait là une capacité des parties à faire prévaloir leur propre droit national lorsqu'il oblige à souscrire à une assurance responsabilité décennale, ceci, dans l'optique de garantir l'efficacité de sa protection.

Ce même raisonnement peut être envisagé à propos du système français avec l'article L-182-1 du Code des assurances²⁸⁹.

En revanche, selon les considérations d'une auteure française : « l'obligation d'assurance n'est pas une loi de police "automatique", elle est une loi de police subordonnée à la conclusion d'un contrat principal soumis au droit [possédant une obligation d'assurance] français »²⁹⁰, dès lors on peut considérer que cette assurance obligatoire n'est pas vraiment une loi de police.

Sous-section 2 : La clause d'exception peut-elle entraîner l'obligation d'assurance ?

Une autre option pour imposer l'obligation d'assurance décennale aux constructeurs étrangers serait de faire primer la loi de situation de l'immeuble situé en Belgique, via la clause d'exception. Dans ce cas, le juge décèlerait des liens manifestement plus étroits avec la Belgique pour écarter la loi de résidence du constructeur étranger. Dès lors, si la clause

²⁸⁶ En l'absence de choix de loi, la loi du lieu de résidence du constructeur est compétente. Or, si la loi du constructeur ne prévoit pas d'obligation d'assurance et que la construction est localisée en Belgique, l'assurance obligatoire belge est écartée. La tentation de privilégier la loi du lieu d'exécution du contrat en l'absence de choix de loi est donc réelle.

²⁸⁷ Loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, art. 25.

²⁸⁸ Loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, art. 4 point a.

²⁸⁹ Cet article énonce que « les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français ».

²⁹⁰ J. SENECHAL, « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français », *op. cit.* p. 75.

d'exception est mise en œuvre, le contrat sera régi par le droit belge et le constructeur soumis à l'obligation d'assurance de responsabilité décennale, ce qui révèle un intérêt majeur pour la protection du maître de l'ouvrage en Belgique ainsi que pour l'équilibre de la concurrence entre constructeurs présents sur un même territoire. Toutefois, le juge national ne peut user de cette clause qu'exceptionnellement lorsque le rattachement de principe conféré par la règle de conflit de lois est considéré inadéquat et il est interdit de déjouer les règles du droit international par un usage automatique de ce rattachement de loi au lieu de situation de l'immeuble. Le contrat de construction ne sera pas systématiquement soumis à une loi imposant une obligation d'assurance²⁹¹.

CHAPITRE III. LE DROIT APPLICABLE DANS LES CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE INTERNATIONALE

Section 1 : La sous-traitance

Sous-section 1 : Définition et caractéristiques

Il n'existe aucune disposition légale définissant la sous-traitance et son contrat, c'est pourquoi la doctrine définit ce dernier comme : « la convention par laquelle une personne s'engage envers un entrepreneur principal, en dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du contrat que ce dernier a conclu avec le maître de l'ouvrage »²⁹².

Le contrat de sous-traitance est : « un contrat d'entreprise et instaure entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal un rapport d'entrepreneur à maître de l'ouvrage. Il doit à ce titre réunir les conditions d'existence d'un tel contrat, en particulier l'absence de lien de subordination »²⁹³, auquel cas le contrat serait qualifié de contrat de travail²⁹⁴.

Cette absence de lien de subordination empêche l'entrepreneur d'être tenu des fautes délictuelles de son sous-traitant en vertu de l'article 1384, alinéa 3 de l'ancien Code civil, à l'égard des tiers²⁹⁵. Dès lors, le sous-traitant engage sa responsabilité envers les tiers²⁹⁶, pour tous dommages qu'il serait susceptible de causer en vertu de l'article 1382 de l'ancien Code civil²⁹⁷.

La relation de sous-traitance suppose nécessairement l'existence de deux contrats de prestation de service, l'un, principal, conclut entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, et

²⁹¹ Y. EL ISSA, « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *op. cit.*, p. 181.

²⁹² B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 607.

²⁹³ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 613.

²⁹⁴ Pour la distinction entre contrat de travail et d'entreprise, voy : . KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 122 et s.

²⁹⁵ B. KOHL, *Ibidem*, p. 613.

²⁹⁶ Y compris les autres sous-traitants ou cotraitants de l'entrepreneur principal.

²⁹⁷ B. KOHL, *op. cit.*, p. 614.

l'autre, conclut entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Cette qualification du contrat de sous-traitance en contrat d'entreprise et non pas en contrat de vente, implique que le sous-traitant bénéficie d'un droit d'action directe contre le maître de l'ouvrage sur base de l'article 1798 de l'ancien Code civil ainsi que d'un privilège constitué par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire²⁹⁸.

En cas d'absence d'intention par les parties, de procurer la qualité de contrat d'entreprise à leur relation entrepreneur-sous-traitant, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour retenir le critère de la « spécificité » et considérer qu'un ouvrage réalisé par le sous-traitant découle d'un contrat de vente lorsque sa fabrication ne demande aucune spécificités et qu'il a été « réalisé sur catalogue »²⁹⁹. Alors qu'un ouvrage réalisé sur mesure permet de déduire qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise, et donc, un contrat de sous-traitance, comme affirmé par un arrêt de la cour d'appel de Liège du 29 janvier 2015³⁰⁰.

Sous-section 2 : Autonomie du contrat de sous-traitance

Dans sa relation avec l'entrepreneur principal, le sous-traitant est souvent considéré comme spécialisé dans le domaine pour lequel on a fait appel à lui, de la sorte, ses obligations sont fréquemment définies comme des obligations de résultat³⁰¹.

La constitution d'une relation de sous-traitance entraîne la création d'une « chaîne » de contrats, semblables sur la personne de l'entrepreneur, mais qui demeurent autonomes. De ce fait, aucun lien contractuel ne lie le maître de l'ouvrage au sous-traitant, ils sont chacun tiers à l'égard du contrat conclu par chacun avec l'entrepreneur principal³⁰².

Section 2 : La loi applicable au contrat de sous-traitance

A l'instar des contrats de construction principaux, il n'y a pas de réglementation européenne spécifique déterminant la question de la loi applicable dans les contrats de sous-traitance de construction. De la sorte, afin de déterminer la loi applicable à ces conventions et résoudre

²⁹⁸ B. KOHL, *Ibidem*, p. 616.

²⁹⁹ Fabriqués en séries, standardisés ou stockables, ... B. KOHL, *Ibidem*, p. 616. Voy. A. FETTWEIS, « Distinction entre le contrat de vente et d'entreprise », *Act. dr.*, 1991, p. 861 à 877.

³⁰⁰ Cet arrêt démontre que la cour a utilisé le critère de spécificités pour déduire la qualification du contrat en contrat d'entreprise aux motifs que « l'entrepreneur n'a certes pas participé à la pose des châssis mais est intervenu dans les mesurages et la prise de gabarits et que [l]es châssis à fabriquer présentaient par ailleurs de nombreuses spécificités (verrières, châssis d'angle, cintrages). Leur fabrication nécessitait dès lors un important travail de conception et le respect des données techniques et exigences particulières au chantier ». La cour a donc conclu que « le contrat litigieux ne portait non pas sur des choses déterminées d'avance par le fabricant de châssis, tels que des matériaux standards qu'il suffisait de livrer mais davantage sur un travail spécifique que le client demandait ». *J.T.*, 2015, p. 448. Note F. PINTE, « L'action directe dans le contrat d'entreprise : vers une action bidirectionnelle ? », *Actualités en droit de la construction*, S. Vanvrekem, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 90.

³⁰¹ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.* p. 640.

³⁰² B. KOHL, *Ibidem*, p. 645.

les potentiels conflits de loi, il convient, en principe, de se référer au droit commun pour appliquer le jeu des règles de conflit de loi, en recourant au Règlement Rome I³⁰³.

Il est établi qu'au regard du principe de l'autonomie du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal, le droit applicable au contrat de sous-traitance peut être indépendant de celui choisi dans le contrat principal d'entreprise conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur en vertu du droit international privé³⁰⁴. En conséquence de quoi, la clause de choix de loi ainsi que la clause d'élection de for présentes dans le contrat principal, ne contraignent pas juridiquement les parties au contrat de sous-traitance à en faire usage. Les parties au contrat de sous-traitance sont libres de conclure leur propres clauses de loi applicable ainsi que le choix du tribunal compétent pour résoudre les litiges, sans se référer aux clauses prévues dans le contrat principal³⁰⁵. Ces dernières ne sont pas opposables au sous-traitant.

Le contrat de sous-traitance internationale est considéré comme un contrat de prestation de services. Le Règlement Rome I établit pour cette catégorie de contrat, le principe de l'autonomie de la volonté afin de régir la loi applicable. En cas d'absence de choix, certaines problématiques surviennent notamment l'inadaptation du rattachement alternatif imposé par le Règlement alors que le sous-traité présente des liens plus étroits avec le contrat principal.

Sous-section 1 : Principe de l'autonomie de la volonté

A. Le principe de liberté de choix

Ce principe peut être exprès ou implicite. Il sera à plus forte raison considéré comme implicite si l'opération de sous-traitance est transparente³⁰⁶ et que des liens étroits avec le contrat principal existent. Le principe de la transparence contractuelle est une exception à l'autonomie du contrat de sous-traitance, mis en lumière suite à la question de savoir si les clauses émanant du contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, pouvaient être imputées à la relation de sous-traitance.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il n'est pas permis de présumer l'acceptation du sous-traitant quant à l'application des clauses et conditions du contrat principal à son propre contrat de sous-traitance³⁰⁷, sauf « stipulation contraire expresse ou implicite »³⁰⁸.

³⁰³ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *op. cit.*

³⁰⁴ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 658.

³⁰⁵ B. KOHL, *Ibidem*, p. 657.

³⁰⁶ B. KOHL, *Ibidem*, p. 660 et 661.

³⁰⁷ « Le principe de transparence n'est applicable que pour les travaux pour lesquels le sous-traitant en a accepté expressément le principe » ; Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 504.

³⁰⁸ B. KOHL, *op. cit.*, p. 660.

Il est récurrent que le juge soit confronté à l'interprétation des intentions des parties afin de comprendre si elles ont ou non souhaité soumettre leur contrat de sous-traitance aux conditions du contrat principal. Les parties d'une relation de sous-traitance souhaitant instaurer une transparence contractuelle peuvent choisir d'appliquer une transparence générale à l'ensemble des clauses et conditions du contrat principal ou une plus limitée à certaines de ces clauses et conditions seulement³⁰⁹.

Quant au choix tacite, ce serait par exemple, la référence fréquente à des articles du Code civil d'un autre Etat membre au sein de la convention régissant la relation de sous-traitance^{310,311}.

Sous-section 2 : La loi applicable à défaut de choix

A. La loi de la résidence du prestataire de service

En l'absence de choix de loi, le Règlement Rome I est intervenu pour spécifier quelle est la loi applicable au contrat de sous-traitance relevant de la catégorie de la prestation de service. La règle de principe est celle de l'article 4 paragraphe 1, point b, du Règlement Rome I³¹² en vertu de laquelle, en cas d'absence de choix, ce sera la loi du pays dans lequel le sous-traitant a sa résidence habituelle³¹³ qui sera compétente. Si aucun des huit facteurs de rattachement ne peut être mis en application pour le contrat de sous-traitance, la loi applicable sera celle du pays dans lequel la partie devant fournir la prestation caractéristique possède sa résidence habituelle³¹⁴.

Ce critère de rattachement subsidiaire rendant compétent la loi de l'Etat du sous-traitant, ne séduit pas la doctrine et la jurisprudence au regard des liens étroits avec le contrat principal entretenus par le sous-traité³¹⁵.

³⁰⁹ B. KOHL, *Ibidem*, p. 660.

³¹⁰ M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.*, noc-282 du 31 octobre 1980, p. 1 à 50 et spéc. art. 3, point 3.

³¹¹ La référence à un choix de juridiction compétente pour connaître du litige n'est pas considéré comme un choix tacite, choisir un juge compétente ne veut pas dire qu'on souhaite voir appliquer sa loi nationale. Bien que, le considérant n° 12 du Règlement Rome I laisse sous-entendre qu'« un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de loi a été clairement énoncé ».

³¹² Cet article expose une liste de rattachement pour huit contrats et invoque, concernant le contrat de prestation de service, qu'à « défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminé comme suit : [...] b) le contrat de prestation de service est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ». Pour une application, voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op.cit.*, p. 659.

³¹³ La définition de la résidence habituelle énoncée *supra* pour le contrat principal s'applique ici pour le contrat de sous-traitance.

³¹⁴ Art. 4§2 du Règlement Rome I.

³¹⁵ Y. EL ISSA, *op. cit.*, p. 244.

B. Clause d'exception

Comme c'est le cas pour le contrat d'entreprise principal, en application de la clause d'exception³¹⁶, les tribunaux ont le pouvoir d'écarter la loi de résidence du sous-traitant en appliquant au contrat de sous-traitance, la loi qui présente des liens plus étroits avec ce dernier. Toutefois, l'application de cette clause reste strictement limitée.

La mise en œuvre de la clause d'exception aura des répercussions avantageuses car elle permet d'unifier la loi applicable aux contrats principal et au contrat de sous-traitance, liés entre eux. Étant donné que le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant sont liés par la réalisation d'une tâche commune, l'application d'une loi commune à ces contrats liés peut sembler cohérente afin de favoriser l'harmonie. Toutefois, son application est à modérer et doit poursuivre des conditions strictes³¹⁷.

Comme vu précédemment, la clause d'exception ne peut pas se transformer en exception générale à une règle de conflit de loi³¹⁸. Elle peut uniquement être mise en œuvre après avoir constaté que l'élément de rattachement alternatif du lieu de résidence du sous-traité est inadapté et pour corriger objectivement cette situation. Dans un arrêt de 2013, la Cour de Justice a estimé que l'application pertinente de la clause d'exception lorsque des rattachements plus étroits avec un autre Etat membre existent, « ne doit pas nécessairement conduire [...] à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable »³¹⁹.

CHAPITRE IV. L'ACTION DIRECTE DANS LE CONTRAT D'ENTREPRISE INTERNATIONALE

En vertu de l'article 12 du Règlement Rome I, la loi applicable régit les obligations des parties au contrat de sous-traitance ainsi que les questions d'inexécution du contrat³²⁰. Les questions relatives à la loi applicable aux contrats de sous-traitance ont un impact sur les actions directes.

³¹⁶ Art. 4§3 du Règlement Rome I.

³¹⁷ Y. EL ISSA, *op. cit.*, p. 245.

³¹⁸ Voy. *supra*.

³¹⁹ C.J.U.E, arrêt *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, 12 septembre 2013, C-64/12, EU:C:2013:551, point 34.

³²⁰ « La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment: a) son interprétation; b) l'exécution des obligations qu'il engendre; c) dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent; d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai; e) les conséquences de la nullité du contrat », art. 12 du Règlement Rome I.

Section 1 : En Belgique

Sous-section 1 : L'action directe du sous-traitant contre le maitre de l'ouvrage

Lorsqu'un contrat de sous-traitance voit le jour, une relation triangulaire s'instaure entre le maitre de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Cependant, en vertu du principe de la relativité des conventions de l'article 1165 de l'ancien Code civil³²¹, les tiers à un contrat ne peuvent se prévaloir d'aucun droit émanant d'un contrat auquel ils ne sont pas parties. Seules les parties contractantes sont liées et subissent l'effet obligatoire des conventions³²². De plus, aucun rapport contractuel ne naît entre le maitre de l'ouvrage et le sous-traitant car le contrat de sous-traitance est une *res inter alios acta* pour le maitre de l'ouvrage^{323,324}.

Le contrat de sous-traitance, bien que lié économiquement au contrat principal entre le maitre de l'ouvrage et l'entrepreneur, n'est pas son accessoire mais est autonome juridiquement³²⁵.

Reconnus à la sous-traitance en droit belge, le principe de l'autonomie des volontés et de l'effet relatif des conventions se heurtent à des exceptions telles que les actions directes³²⁶, parfaites illustrations de l'ingérence des tiers au sein du contrat de sous-traitance. L'étude de ces actions et leur potentielle application est indissociable avec l'étude du droit applicable car ces dernières sont inhérentes au choix de loi applicable.

A. L'action directe en paiement

L'action directe en paiement du sous-traitant est l'une des entorses traditionnelles au principe de la relativité des conventions. Cette action se base sur l'article 1798 de l'ancien Code civil³²⁷ et accorde au sous-traitant une action directe en paiement à l'encontre du maitre de

³²¹ « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 », art. 1165 ancien C. civ.

³²² Voy p. ex. Cass., 9 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 448, p. 1114 cité par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op.cit.*, p. 625.

³²³ Un contrat ne peut affecter négativement les droits d'un tiers ; A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 211.

³²⁴ Gand, 19 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 618 et note de W. GOOSENS, « *De hooft aannemer in de tang* », pp. 597 et s.

³²⁵ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op.cit.*, p. 625.

³²⁶ « Une action directe permet à son titulaire d'exercer à son profit une action appartenant à son débiteur et trouvant sa source dans un contrat conclu entre ce débiteur et un tiers, sous-débiteur, indépendamment de toute cession de droit », P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II., vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 456, p. 707.

³²⁷ Tel que modifié par la loi du 19 février 1990 étendant aux sous-traitants le bénéfice de l'action directe de l'article 1798 de l'ancien Code civil ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 667 et 668.

l'ouvrage, à concurrence de ce qu'il se trouve redevable à l'égard de l'entrepreneur principal au moment où l'action est mise en œuvre^{328,329}.

Par l'intermédiaire de l'article 20, 12° de la loi hypothécaire³³⁰, la loi du 19 février 1990 a instauré un privilège au profit du sous-traitant sur la créance de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage³³¹, « toutefois l'action directe confère une garantie de paiement plus efficace car les problèmes de rang ne se posent pas et l'action n'est pas limitée dans le temps contrairement à la créance du sous-traitant qui n'est privilégiée que pendant cinq ans à dater de la facture. De plus le champ d'application de l'action directe n'est pas limité au secteur de la construction, contrairement au privilège de l'article 12 de la loi hypothécaire³³². En effet, selon certains auteurs de doctrine, l'action directe n'est pas limitée au secteur de la construction immobilière et s'étend à tous les types de sous-traitance³³³. La doctrine³³⁴ et la jurisprudence³³⁵ vont dans ce sens, toutefois, il est arrivé qu'un tribunal se prononce en sens contraire³³⁶.

Cette action directe a été étendue aux sous-traitants du second degré mais ce dernier ne pourra invoquer son bénéfice qu'à l'égard de l'entrepreneur principal, considéré à son égard comme le maître de l'ouvrage³³⁷. Depuis un arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 février 2011 par lequel une question préjudicielle quant à l'article 1798 de l'ancien Code civil a été posé à la Cour constitutionnelle, suivi de sa réponse dans un arrêt du 2 février 2012³³⁸, il convient d'interpréter à l'avenir l'article 1798 « comme accordant l'action directe à tous les sous-traitants auprès du débiteur de leur débiteur, indépendamment de leur degré dans la chaîne de la sous-traitance »³³⁹.

Des exceptions existent, permettant au maître de l'ouvrage d'exposer au sous-traitant les exceptions découlant de son contrat principal avec l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage est en droit d'opposer au sous-traitant toutes les exceptions qu'il peut opposer à l'entrepreneur pourvu que leur cause soit née avant l'exercice de l'action directe. De plus, le maître de

³²⁸ B. KOHL, *Ibidem*, p. 667.

³²⁹ Civ. Bruxelles, 24 décembre 2010, *R.J.I.*, 2011, p. 126.

³³⁰ Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, *M.B.*, 22 décembre 1851.

³³¹ « Assurant au sous-traitant, en cas de situation de concours un paiement de sa créance par priorité, à concurrence du montant dont le maître de l'ouvrage doit encore s'acquitter à l'entrepreneur au moment de l'ouverture de la faillite », B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 697.

³³² B. KOHL, *Ibidem*, p. 669.

³³³ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 670 ; B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1474 à 1478.

³³⁴ B. KOHL, « L'action directe des sous-traitants ... », *op. cit.*, p. 1475 et les réf. citées.

³³⁵ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2002, *Entr. et dr.*, 2002, p. 317, Comm. Hasselt, 24 décembre 2002, *NjW*, 2003, p. 934, Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462.

³³⁶ Bruxelles, 6 décembre 2006, *Entr. et dr.*, 2007, p. 257, note B. VAN LIERDE cité dans : B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 670.

³³⁷ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 672.

³³⁸ C. C., 2 février 2012, arrêt n° 12/2012, *J.T.*, 2012, p. 331 ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 377 et s.

³³⁹ C. C., 2 février 2012, *op. cit.* ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 673.

l'ouvrage est en droit d'invoquer contre le sous-traitant les exceptions que l'entrepreneur peut opposer à ce dernier^{340,341}.

Depuis la loi du 28 avril 2022³⁴² portant le nouveau livre 5 « Les obligations » du Code civil belge, le législateur a fait une place à l'action directe dans le droit commun à l'article 5.110³⁴³.

Aussi, un élément nouveau a fait son apparition dans l'article 5.89 paragraphe 2 du Code civil³⁴⁴. S'il est fait appel à des auxiliaires, des ingénieurs par exemple, et que dans le contrat principal entre un architecte et le maître de l'ouvrage on a une clause de limitation de responsabilité, cette clause peut être invoquée par l'ingénieur lorsque le maître de l'ouvrage cherche à poursuivre sa responsabilité. On s'interroge sur l'utilité de cet article au vu de la théorie de l'immunité relative des agents d'exécution et du droit de résiliation prévu par l'article 1794 de l'ancien Code civil³⁴⁵. Cet article anticipe l'adoption future du livre 6 sur la responsabilité extracontractuelle qui prévoit de supprimer le principe de la théorie de l'immunité relative des préposés et agents d'exécution³⁴⁶.

En Belgique, l'article 1798 de l'ancien Code civil présente un objectif de sécurité et de protection du sous-traitant, considéré comme faible³⁴⁷, ce qui a pour effet de lui consacrer un caractère impératif et autorise le juge à écarter la disposition de la loi nationale étrangère qui rejette cette faculté dont bénéficie le sous-traitant³⁴⁸.

³⁴⁰ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 686.

³⁴¹ Cass., 15 mai 2014, R.G., n° C13.0552.N., *Pas.*, 2014, n° 348, p. 1188 et Cass., 27 février 2015, R.G., n° C14.0344.N., *Pas.*, 2015, n° 145, p. 517.

³⁴² Le 1er juillet 2022, les lois du 28 avril 2022 contenant le livre 1 « Dispositions générales » et le livre 5 « Obligations » du (nouveau) Code civil ont été publiées au Moniteur belge. Les dispositions de la nouvelle loi belge sur les obligations entreront en vigueur le 1er janvier 2023.

³⁴³ Le titre de cet article est « Action directe » et il explique que : « La loi peut accorder à un créancier le droit de demander en son nom et pour son compte l'exécution d'une prestation du débiteur de son débiteur à concurrence de ce dont celui-ci est redevable à l'égard de son créancier. Sauf disposition contraire de la loi, le sous-débiteur peut invoquer contre le créancier principal toutes les exceptions dont il dispose à l'égard du débiteur principal au moment où ce créancier notifie l'exercice de son droit. Sauf disposition contraire de la loi, le sous-débiteur peut également invoquer toutes les exceptions dont le débiteur principal dispose à l'égard du créancier principal ».

³⁴⁴ « Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur », art. 5.89§2 C. civ.

³⁴⁵ « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise », art. 1794 ancien C. civ.

³⁴⁶ Il sera opportun, lorsque le livre 6 sera en vigueur, pour l'ingénieur, dans l'action qu'il subira du maître de l'ouvrage (MO-ST), de pouvoir invoquer la clause d'exonération dont bénéficie le maître de l'ouvrage dans son contrat d'entreprise principal avec l'architecte. Cela découle du fait qu'il n'est pas normal que le maître de l'ouvrage puisse obtenir plus du sous-traitant (ingénieur) que de son cocontractant principal (architecte). Pour plus de renseignements nous renvoyons aux travaux préparatoires de cet article.

³⁴⁷ « Le sous-traitant se trouve en effet dans une position économique qui le rend extrêmement dépendant de l'entrepreneur principal, une position qui est d'ailleurs comparable à celle qui fait l'objet de dispositions impératives visant à protéger la partie la plus faible dans le cadre de la législation du travail », *Doc. parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 294/3, p. 6 ; A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit, op. cit.*, p. 444.

³⁴⁸ A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Ibidem*, p. 440.

Différentes opinions doctrinales encadrent le fondement de la nullité des clauses dérogeant à l'action directe au bénéfice du sous-traitant³⁴⁹. En effet, la doctrine ne conteste pas la nullité des clauses privant le sous-traitant de son action directe mais certains estiment que cette nullité provient du caractère d'ordre public de l'article 1798 de l'ancien Code civil³⁵⁰, d'autres estiment qu'il trouve son origine dans l'effet relatif des conventions³⁵¹.

B. L'action directe en responsabilité

La Cour de cassation a affirmé en 2002³⁵² qu'il n'est possible pour un sous-traitant d'invoquer la responsabilité extracontractuelle du maître de l'ouvrage qu'à la stricte condition que sa faute « constitue un manquement, non à son obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence s'imposant à tous et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat »³⁵³.

Sous-section 2 : L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

A. L'action directe

Le mécanisme de l'action directe n'existe pas en sens inverse. Dans un contrat d'entreprise, le législateur belge ne permet pas au maître de l'ouvrage victime d'un préjudice imputable à une inexécution fautive des obligations du sous-traitant, d'exercer contre ce dernier, à défaut de tout lien contractuel direct, une action directe mettant en cause sa responsabilité contractuelle^{354,355}.

Au niveau extracontractuel, le sous-traitant est l'agent d'exécution de l'entrepreneur et au vu de la théorie de « l'immunité relative des préposés et agents d'exécution »³⁵⁶, il détient une

³⁴⁹ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 690.

³⁵⁰ Voy. J. DELVAUX, *Droit et obligations des entrepreneurs de travaux – Étude de doctrine et de jurisprudence sur les relations des entrepreneurs avec les propriétaires, architectes, sous-traitants, ouvriers, voisins, etc.*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 1934, p. 279, n° 428.

³⁵¹ Voy. M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, n° 8.

³⁵² Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 1017.

³⁵³ Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 1017. Pour une critique de cet arrêt, voy. p. ex. O. VANDEN BERGHE, « De buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent en de "onderstelling van contractualisering" », *Les rapports entre les responsabilités contractuelles et extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (dirs.), coll. Groupe de recherche en droit des obligations, n° 3, Bruges, la Chartre, 2010, p. 254 à 256.

³⁵⁴ Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, I, 836 ; *R.J.I.*, 2005, p. 31 ; Liège, 28 juin 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 458 ; Bruxelles (2^e ch.), 25 février 2005, n° F-20050225-5, 2001/AR/1643.

³⁵⁵ Voy. F. DELWICHE, « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Limb. Rechtsl.*, 1983, p. 11.

³⁵⁶ Consacrée par la Cour de cassation depuis son arrêt du 7 décembre 1973 ; Cass., 7 décembre 1973, arrêt n° F-19731207-2.

quasi-immunité à l'égard du maître de l'ouvrage empêchant ce dernier d'agir en responsabilité extracontractuelle contre le sous-traitant à moins que le sous-traitant ait, d'un côté manqué à ses obligations contractuelles et au devoir de diligence général et, d'un autre côté, occasionné un dommage différent du dommage contractuel, ceci en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁵⁷. Sous réserve des infractions pénales imputables au sous-traitant qui peuvent néanmoins engager sa responsabilité^{358,359}. Un arrêt du 29 septembre 2006³⁶⁰ entraîne des discussions mais ses enseignements ont été confirmés ensuite³⁶¹.

Toutefois, depuis des années, la doctrine tente de procurer une action contractuelle directe « non légaliste »³⁶² au profit du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant via des mécanismes du droit commun des obligations³⁶³. Pour certains, il semble que la Cour de cassation opte pour une action directe reposant sur le principe général de droit « l'accessoire suit le principal »³⁶⁴ ou pour d'autres, fait une extension de l'article 1615 de l'ancien Code civil³⁶⁵. Cette façon de penser ne trouve pas écho dans la jurisprudence majoritaire³⁶⁶ et certaines controverses ont surgit après l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 mai 2006³⁶⁷, d'autres ont cessé après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 28 juin 2006³⁶⁸.

³⁵⁷ Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, pp. 376 et s. ; Cass., 21 juin 2002, *Pas.*, 2002, pp. 1047 et s. ; Cass., 29 septembre 2006, R.G., n° C.03.0502.N, *Pas.*, 2006, n° 447, p. 1911.

³⁵⁸ Voy. Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 127 ; Cass., 25 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 958 ; Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216.

³⁵⁹ F. PINTE, « L'action directe dans le contrat d'entreprise : vers une action bidirectionnelle ? », *op. cit.*, p. 104 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 699 ;

³⁶⁰ Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717. Cet arrêt a remplacé les termes « non seulement à l'obligation contractuelle, mais aussi au devoir général de diligence (...) par les termes « non seulement à l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous ». Pour certains auteurs il y avait là un revirements de jurisprudence, pour d'autres une simple atténuation. Voy : A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit, op. cit.*, p. 442.

³⁶¹ Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2016, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200 ; Cass., 17 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2017, p. 952 ; Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2020, p. 402 ; cités par A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Ibidem*, p. 442.

³⁶² A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière », *Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, n° 78, p. 127 et les réf. citées ; J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, n° 3, p. 765 et s.

³⁶³ F. PINTE, *op. cit.*, p. 88 et 104 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 706 et les réf. citées.

³⁶⁴ J. CABAY, *op. cit.*, p. 765 et s. ; N. CARETTE, « Rechstreekse contractuele aanspraak voor de opdrachtgever tegen de leverancier van zijn aannemer », *R.W.*, 2007-2008, p. 148 à 150.

³⁶⁵ F. GLANDSDORFF, « L'immunité des sous-traitants et agents d'exécution : l'amorce d'une solution », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, n°6, p. 553.

³⁶⁶ B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 706

³⁶⁷ Cass., 18 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1154. Voy à ce propos : F. PINTE, *op. cit.*, p. 104 à 108 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 708 et s.

³⁶⁸ C.A., 28 juin 2006, n° 111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184. Voy : F. PINTE, *op. cit.*, p. 108 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 710.

Section 2 : En France

La loi du 31 décembre 1975³⁶⁹ gouverne la sous-traitance et fait en sorte que le sous-traitant soit payé alors même que l'entrepreneur principal est défaillant. Selon son article 2, « le sous-traitant est considéré comme l'entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants ». Le sous-traitant possède une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage³⁷⁰. En vertu de l'article 3 de la loi régissant la sous-traitance, l'entrepreneur est tenu de déclarer et de faire agréer ses choix de sous-traitance par le maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage possède en France une action directe délictuelle en responsabilité contre le sous-traitant par le seul fait que les contrats présentent un lien entre eux³⁷¹.

Section 3 : Loi applicable aux actions directes dans un contrat international

Un chantier se déroule en France avec un maître de l'ouvrage français ayant contracté avec un entrepreneur belge qui, lui-même, a fait appel à des sous-traitants étrangers.

Le chantier avance sauf que l'entrepreneur principal ne paie pas ses sous-traitants. Ce contrat de sous-traitance n'est pas régi par une clause de choix de loi. Il convient de s'interroger sur le caractère de cette action afin de déterminer la loi applicable à l'action directe en responsabilité.

Au vu des nombreuses controverses régissant la question nous ne nous épancherons pas sur la question mais l'on peut raisonnablement penser qu'étant donné que le contrat de sous-traitance est distinct du contrat d'entreprise principal, aucun lien contractuel n'existe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant³⁷². De la sorte, l'action directe du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage est à considérer comme une obligation non-contractuelle. Afin de déterminer la loi applicable à cette action directe en cas de conflit de loi dans un litige international, La méthode du conflit de loi nous conduit à l'application du Règlement Rome II du 11 juillet 2007³⁷³ sur la loi applicable aux obligations non contractuelles afin de déterminer la loi applicable à l'action directe. En application de son article 4, la loi applicable à un action

³⁶⁹ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.O.F.R.*, 3 janvier 1976, p. 148 ; « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage », art. 1^{er}.

³⁷⁰ « Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution », art. 6 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975.

³⁷¹ Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, n° 90-13.602, *Bull. civ.* 1991, n° 5.

³⁷² A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 440.

³⁷³ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), L 199/40, *J.O.U.E.*, 31 juillet 2007.

directe en responsabilité serait la loi de résidence habituelle commune du sous-traitant et du maître de l'ouvrage, à défaut de quoi, ce sera la loi où le fait générateur du dommage se produit³⁷⁴.

En application du Règlement Rome II, la loi française s'appliquera et le sous-traitant bénéficiera de l'action directe.

CONCLUSION

Alors que le recours à des cotraitants étrangers est une pratique extrêmement courante dans le secteur de la construction, le règlement des différends survenant entre eux est toujours source d'incertitude. Quand bien même le marché intérieur européen laisse libre jeu dans ce secteur, à la libre circulation des prestations de service, les lois nationales morcelées et privées d'harmonisation compliquent la résolution des litiges.

En effet, les questions relatives au sort des responsabilités et assurances des intervenants à l'acte de construire font irruption dans un contexte européen non réglementé spécifiquement. Néanmoins, ces interrogations ne datent pas d'hier et certaines pistes ont été envisagées, notamment par les rapports Elios I et Elios II afin de recenser les similitudes entre les mécanismes de responsabilités et d'assurances internes aux Etats membres.

Eu égard à cela, c'est le Règlement Rome I, socle juridique de la loi applicable aux obligations contractuelles, qui permet de résoudre objectivement les litiges internationaux de construction. Ce règlement prône l'autonomie des parties dans la détermination du choix applicable à leur contrat. Ses dispositions prévoient également la désignation de la loi applicable en cas d'absence de choix par le biais d'un facteur de rattachement alternatif, qui en l'espèce, est le lieu de résidence habituelle de l'entrepreneur dans un contrat principal ou du sous-traitant dans un contrat de sous-traitance.

La désignation de la loi applicable n'est pas à prendre à la légère car elle conditionne les droits et obligations des parties et s'impose au mécanisme de responsabilités de l'entrepreneur ainsi qu'à celui des assurances obligatoires. Nous avons vu que les droits belges et français se positionnent assez similairement quant à ces deux régimes, bien que des différences sont à relever et à prendre en considération. Ces droits nationaux assurent une protection vaste et incontestée du maître de l'ouvrage. La responsabilité décennale d'ordre public en Belgique défend en outre un intérêt général de sécurité publique et l'assurance obligatoire inhérente à cette responsabilité dans le chef de l'entrepreneur en est la preuve.

Il est dès lors dans l'intérêt des parties de faire régir leurs conventions par leur propre droit national via le choix laissé à leur discrétion, au risque de se voir appliquer un droit étranger non favorable ou ne possédant pas d'obligation d'assurance.

Au rattachement alternatif du Règlement Rome I peut être opposée la clause d'exception, notamment lorsque le contrat de construction présente des liens manifestement plus étroit avec un pays différent de celui de la résidence habituelle de l'entrepreneur ou du sous-

³⁷⁴ Art. 4 §1 et 2 du Règlement Rome II.

traitant, ce qui présente un intérêt afin d'appliquer la loi de situation du chantier et de promouvoir une véritable équité entre les parties.

Des mécanismes ont aussi été envisagés afin de remédier à l'application d'une loi étrangère. L'étude des lois de police peut rendre opposable la responsabilité décennale à l'entrepreneur, même dans un état ne consacrant pas cette responsabilité et le recours à la notion d'ordre public de la responsabilité décennale peut empêcher sa non-application dans un contrat régi par une loi nationale écartant ce mécanisme.

L'étude disparate de la désignation de la loi applicables met en évidence un manque d'harmonisation dans le secteur de la construction en Europe et prouve l'importance d'y remédier rapidement.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

1. OUVRAGES

- BURETTE, C. et KOHL, B., « Responsabilités des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception », in M. DUPONT (Ed.), *Les obligations et les moyens d'actions en droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 238 à 240.

- BURSENS, F., *Handboek aannemingsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 659.

- CACHARD, O. et KLÖTGEN, P., *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 191 à 212.

- CHAO-DUIVIS, M., IUDICA, G., KOHL, B., LAVERS, A., PERINET-MARQUET, H., STÖCKLI, H. et VERVENIOTIS, P., M.A.B. *et al.*, *Studies in European construction law*, The Hague, European society of construction law, 2015, p. 184 à 609.

- CHARDON, C., *Les assurances de l'entreprise et la responsabilité décennale*, *Jurim pratique*, 2010, p. 117 à 120.

- CRUQUENAIRE, A., DELFORGE, C., DURANT, I., GEORGE, F., HELAS, C. et WERY, P., *Droit des contrats spéciaux : ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, Liège, Wolters Kluwer, 2022, p. 412 à 453.

- DELVAUX, A. et de COCQUEAU, B., « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », *Droit de la construction*, B. KOHL (dir.), Bruxelles, Larcier 2016, p. 24 à 83.

- DELVAUX, A., DE COCQUEAU, B., SIMAR, R., DEVOS, B. et BOCKOURT, J., *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence (2001-2011)*, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 11 à 279.

- DELVAUX, A. et DESSARD, D., *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Répertoire Notarial, Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 62, n° 13.

DELVAUX, J., *Droit et obligations des entrepreneurs de travaux – Étude de doctrine et de jurisprudence sur les relations des entrepreneurs avec les propriétaires, architectes, sous traitants, ouvriers, voisins, etc.*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 1934, p. 279, n°428.

- FLAMME, M.-A. et LEPAFFE, J., *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966.

- GILARD, O. et VANVREKOM, S., « Le défaut de l'ouvrage réalisé », *Les défauts de la chose*, C. DELFORGE et J. van ZUYLEN (dir.), Limal, Anthemis, 2015, p. 207 à 219.

- 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 of Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

- KOHL, B., *Contrat d'entreprise, R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 22 à 1041.

- KOHL, B., « La responsabilité et les assurances dans le secteur de la construction : l'influence du droit européen », *L'influence du droit européen en droit économique / Cabinet de curiosités pour un juriste passionné – Liber Amicorum Denis Philippe*, STROWEL, A. et MINNE, G., (dir.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 259 à 275.

- KOHL, B., « L'assurance obligatoire des architectes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Vers une réforme de l'assurance en droit de la construction ? », *L'exercice de la profession d'architecte*, I. Durant et R. De Briey (dirs.), coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 253 à 304.

- KOHL, B. et PÉRINET-MARQUET, H., *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 99 à 215.

- KOHL, B. et VAN HOUTTE-VAN POPPEL, V., *De aannemingsovereenkomst*, coll. Artikel & Commentaar, Malines, Kluwer, 2012, p. 64 et s.

- KRUGER, T., VERHELLEN, J. et BAMBUST, I., *Droit international privé : l'essentiel*, Bruxelles, La Charte, 2020, p. 7 à 458.

- de PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.IV, Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 844.

- SYMEONIDES, S.C., *General Report in Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? : XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 38 à 40.

- VANDEN BERGHE, O., « De buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent en de "onderstelling van contractualisering" », *Les rapports entre les responsabilités contractuelles et extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (dirs.), coll. Groupe de recherche en droit des obligations, n° 3, Bruges, la Charte, 2010, p. 254 à 256.

- VAN OMMESLAGHE, P., *Les obligations*, t. II., vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 456, p. 707.

2. ARTICLES DE REVUES

- BIGOT, J., « Rapport général: L'assurance des risques de la construction », *La responsabilité du constructeur, Journées Egyptiennes, Travaux de l'association Capitant*, t. 42, 1991, Litec, 1993, p. 349 à 356.

- CABAY, J., « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, n° 3, p. 765 et s.

- CARETTE, N., « Rechstreekse contractuele aanspraak voor de opdrachtgever tegen de leverancier van zijn aannemer », *R.W.*, 2007-2008, p. 148 à 150.

- de COCQUEAU, B. et DEVOS, B., « L'architecte, quelques éléments d'actualité », in *Les responsabilités professionnelles*, C.L.J.B., Limal, Anthemis 2017, pp. 51 à 69.

- DELVAUX, A., « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière », *Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, n° 78, p. 127

- DELWICHE, F., « Het contract van onderaanneming in het bouwrecht », *Limb. Rechtsl.*, 1983, p. 11.

- DE RODE, H., « Les assurances obligatoires dans le domaine de la construction : état des lieux », *Actualités en droit de la construction*, B. Kohl (dir.), Coll. CUP, vol. 202, Liège, Anthemis, 2020, p. 353 à 379.

- DEVOS, B., « La loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale : un verre à moitié vide ou à moitié plein ? – (1^{ère} partie) », *R.G.A.R.*, 2017/9, n° 15421.

- DEWEZ, J., « Responsabilité de l'entrepreneur : de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106 à 108.

- FETTWEIS, A., « Distinction entre le contrat de vente et d'entreprise », *Act. dr.*, 1991, p. 861 à 877.
- GIULIANO, M. et LAGARDE, P., « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.*, noc-282 du 31 octobre 1980, p. 1 à 50 et spéc. art. 3, point 3.
- GLANDSDORFF, F., « L'immunité des sous-traitants et agents d'exécution : l'amorce d'une solution », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, n°6, p. 553.
- KOHL, B., « Développements récents de l'assurance construction en droit européen », *R.T.D.I.*, n° 1, 2015, p. 1 à 4.
- KOHL, B., « L'action directe des sous-traitants est-elle limitée au secteur de la construction immobilière ? », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1474 à 1478.
- KOHL, B., « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 394 à 406.
- KOHL, B., « La responsabilité des constructeurs (après réception) », *Actualités en droit de la construction*, S. Vanvrekom (dir.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 8 à 86.
- MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A., « Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *R.T.D com.*, 2008, p. 892 et s.
- NUYTS, A., « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *R.D.C. – T.B.H.*, 2009/6, p. 555 et 556.
- PINTE, F., « L'action directe dans le contrat d'entreprise : vers une action bidirectionnelle ? », *Actualités en droit de la construction*, S. Vanvrekom (dir.), 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 88 à 104.
- RIGOLET, A., « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction après les lois du 31 mai 2017 et du 9 mai 2019 », *Revue de Droit Commercial Belge (2020)*, Éditions Larcier, 3 mars 2021, p. 1102 à 1130.
- SENECHAL, J., « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français », *R.D.I.*, 2005, p. 75.
- SIMONT, L., « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, n° 8.
- UYTTERHOEVEN, K., « De aansprakelijkheidsverzekeringen in de bouwsector », *De*

aansprakelijkheidsverzekering in ontwikkeling, Antwerpen, Intersentia, T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), 2016, p. 159 à 204.

- UYTTERHOEVEN, K., « De wet van 31 mei 2017 betreffende de verplichte verzekering van de tienjarige burgerlijke aansprakelijkheid van aannemers, architecten en andere dienstverleners in de bouwsector van werken in onroerende staat », *TBO* 2017, p. 421 et s.

3. OUVRAGE SPÉCIAUX

- EL ISSA, Y., « Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable », *Droit*. Université Paris-SACLAY, 2022, p. 160 à 242.

LÉGISLATION BELGE

- Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, *M.B.*, 22 décembre 1851.

- Loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 25 mars 1939.

- Loi du 9 juillet 1971 relative à la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

- Arrêté royal du 18 avril 1985 portant approbation du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes, *M.B.*, 8 mai 1985.

- Loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale modifiant la loi du 20 février 1939, *M.B.*, 25 avril 2006.

- Loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.

- Projet de loi du 12 avril 2017 relatif à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification à la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2412/001, p. 10.

- Loi du 31 mai 2017 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 9 juin 2017.

- Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité professionnelle des architectes, des géomètres-experts, des coordinateurs de sécurité-santé et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de diverses dispositions légales en matière d'assurance de responsabilité civile

dans le secteur de la construction, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n°3602/001, p. 3.

- Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

- Loi du 9 mai 2019 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile professionnelle des architectes, des géomètres-experts, des coordinateurs de sécurité-santé et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de diverses dispositions légales en matières d'assurance de responsabilité civile dans le secteur de la construction, *M.B.*, 26 juin 2019.

- Loi du 28 avril 2022 contenant le livre 1 « *Dispositions générales* » et le livre 5 « *Obligations* » du (nouveau) Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

LÉGISLATION FRANÇAISE

- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.O.F.R.*, 3 janvier 1976, p. 148 et s.

- Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

- Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

DROIT DÉRIVE EUROPÉEN

- Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome, *J.O.*, C-27/34 du 26 janvier 1998 (version consolidée).

- Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

- Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 sur les services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, n° 376, 27 décembre 2006.

- 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 (« Solvabilité II »), *J.O.U.E.*, n° 335, 17 décembre 2009.

- Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, n° L- 177/6, 4 juillet 2008.

- Règlement Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (Bruxelles I bis), *J.O.U.E.*, L-351, 20 décembre 2012.

JURISPRUDENCE

1. DÉCISIONS RENDUES PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

- C.J.C.E, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et. Thomas Rabitsch. contre. Gisela Weller-Lindhorst*, aff. C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257
- C.J.U.E, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551
- C.J.U.E, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) c. Navigation Maritime Bulgare*, aff. C-184/12, ECLI : EU : C : 2013/663
- CJUE, 18 octobre 2016, *République hellénique c. Nikiforidis*, aff. C- 135/15, ECLI : EU : C : 2016/774.

2. DÉCISIONS RENDUES EN BELGIQUE

PAR LA COUR DE CASSATION

- Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142.
- Cass., 9 septembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 44.
- Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1046.
- Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.
- Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 et s.
- Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 127.
- Cass., 25 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 958.
- Cass., 3 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1985, p. 132.
- Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, I, 1986, p. 226.
- Cass., 11 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 85.
- Cass., 9 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 401.
- Cass., 15 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 65.
- Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216.
- Cass., 15 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p.780.
- Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et dr.*, 1997, p. 177.

- Cass., 9 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 448, p. 1114.
- Cass., 19 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 708.
- Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 1017.
- Cass., 21 juin 2002, *Pas.*, 2002, pp. 1047 et s.
- Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, I, 2003, p. 2339.
- Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, I, 836.
- Cass., 18 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1154.
- Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 265, *R.W.*, p. 1717.
- Cass., 15 mai 2014, R.G., n° C13.0552.N., *Pas.*, 2014, n° 348, p. 1188
- Cass., 5 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 38.
- Cass., 27 février 2015, R.G., n° C14.0344.N, *Pas.*, 2015, n° 145, p. 517.
- Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200.
- Cass., 19 mai 2016, *T.B.O.*, p. 32.
- Cass., 17 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2017, p. 952.
- Cass., 3 janvier 2019, *N.j.W.*, 2020, p. 221.
- Cass., 11 janvier 2019, *T.B.O.*, 2020, p. 345.
- Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2020, p. 402.
- Cass., 10 février 2022, *Entr. et dr.*, 2022, p. 103.

PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE (ARBITRAGE)

- C.A., 28 juin 2006, n° 111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184.
- C.C., 12 juillet 2007, *M.B.*, 19 juillet 2007.
- C. C., 2 février 2012, arrêt n° 12/2012, *J.T.*, 2012, p. 331 ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 377 et s.
- C. C., 19 juillet 2017, *For. Ass.*, 2018, liv. 180, p. 9
- C. C., arrêt n° 28/2021 du 25 février 2021.

PAR LE CONSEIL D'ETAT

- CE, ass., n° 77982, 29 juin 1973.

PAR LES TRIBUNAUX

- Gand, 13 juin 1959, *R.W.*, 1960-1961, p. 591.
- Comm. Bruxelles, 7 janvier 1960, *Jur. comm. Brux.*, 1960, p. 189.

- Civ. Huy, 8 décembre 1969, *Entr. et dr.*, 1971, p. 22.
- Civ. Courtrai, 18 octobre 1983, *Entr. et dr.*, 1984, p. 216.
- Civ. Bruxelles, 27 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 908.
- Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462.
- Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 504.
- Gand, 19 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 618
- Civ. Bruxelles (réf), 19 mars 2001, *Entr. et dr.*, 2003, p. 137.
- Liège, 28 juin 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 458.
- Comm. Bruxelles, 31 juillet 2002, *Entr. et dr.*, 2002, p. 317.
- Anvers (2^e ch. bis), 13 novembre 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 1041.
- Liège (20^e ch.), 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13881.
- Bruxelles, 19 décembre 2002, *Res jur. Imm.*, 2003, p. 138.
- Comm. Hasselt, 24 décembre 2002, *NjW*, 2003, p.934.
- Civ. Liège (5^e ch.), 23 février 2004, R.G n° F-20040223-19 (R.G. n° 98/1564/A).
- Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, I, 836 ; *R.J.I.*, 2005, p. 31.
- Bruxelles (2^e ch.), 25 février 2005, n° F-20050225-5, 2001/AR/1643.
- Liège (20^e ch.), 16 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1675.
- Mons, 26 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 812.
- Bruxelles, 6 décembre 2006, *Entr. et dr.*, 2007, p. 257,
- Civ. Bruxelles, 21 décembre 2007, *T.B.O.*, 2008, p. 201
- Anvers, 14 décembre 2009, *T.B.O.*, 2010, p. 215
- Bruxelles, 29 juin 2010, *Res jur. imm.*, 2011, p. 17.
- Civ. Bruxelles, 24 décembre 2010, *R.J.I.*, 2011, p. 126.
- Civ. Termonde, 27 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2017, p. 292.
- Liège, 29 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 448.
- Gand, 12 juin 2015, *Entr. et dr.* 2017, p. 284.
- Bruxelles, 28 juin 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 189.
- Liège, 6 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1196.
- Civ. Louvain, 21 février 2019, *Res jur. imm*, 2019, p. 111.

3. DÉCISIONS RENDUES EN FRANCE

- C.A Paris, 22 novembre 1980, *JDI* 1981.585.
- Cass. fr., 2 décembre 1981, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 74.
- Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 223, *JDI* 1983.I.30.
- Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990, *Rev. arb.* 1990.854.
- Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, n° 90-13.602, *Bull. civ.* 1991, n° 5.
- Cass. fr., 3^e civ., 20 juin 2001, *R.D.I.*, 2001, p. 520.
- Cass. fr., 3^e civ. 10 décembre 2003, *R.D.I.*, 2004, p. 193.