

L'ASSURANCE OBLIGATOIRE DES ARCHITECTES ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE.

Vers une réforme de l'assurance en droit de la construction ?

Pr. Dr. Benoît KOHL

Avocat au barreau de Bruxelles (Stibbe)

Professeur à l'université de Liège

1

Le débat sur l'assurance dans le secteur de la construction s'est trouvé sérieusement relancé à la suite de l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 12 juillet 2007¹. Pour nombre d'intervenants, cette décision constituerait la toile de fond de toute réflexion, non seulement quant au caractère – obligatoire ou facultatif – de l'assurance dans ce secteur, mais également quant aux contours que devrait adopter ce régime. Certaines initiatives législatives ont du reste déjà été entreprises pour tenter de donner corps à une réforme du régime actuel; une proposition de loi «relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers» vient ainsi d'être déposée très récemment au Sénat².

La présente contribution nous offre l'occasion de faire le point sur cette question sensible. Après une analyse de l'arrêt du 12 juillet 2007, nous tenterons de dégager les enseignements de cette décision du point de vue du devenir de l'assurance dans le secteur de la construction en droit belge. Enfin, nous formulerons modestement quelques propositions pour une réforme du régime actuel, en illustrant notre propos par un bref

¹ Arrêt n° 100/2007, du 12 juillet 2007, *M.B.*, 19 juillet 2007, p. 38.866; *R.G.D.C.*, 2008, p. 390, note B. KOHL; *T.B.O.*, 2007, p. 199, note I. RAMBOER; *R.W.*, 2007-2008, p. 46 (somm.); *N.j.W.*, 2008, p. 251, note G. JOCCQUE; *T.B.P.*, 2008, p. 284; *Jurim Pratique*, 2008/2, p. 69.

² Proposition de loi relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers (déposée le 5 janvier 2010 par les sénateurs W. BEKE, E. TINDEMANS, P. VAN DEN DRIESSCHE et T. VAN PARYS), *Doc. Parl.*, Sénat, 2009-2010, n° 4-1588/1.

examen comparatif de la situation existant dans d'autres États membres de l'Union européenne.

I. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2007³

Dans son arrêt du 12 juillet 2007, la Cour constitutionnelle déclare non fondé le recours introduit, entre autres, par l'Ordre des architectes, contre certains articles de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, telle que modifiée par la loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale⁴. Plus précisément, le recours visait, parmi les nouvelles

³ La présente section reproduit, en le mettant à jour, une partie de notre commentaire de cette décision, publié sous l'arrêt à la *Revue Générale de Droit Civil* (B. KOHL, «L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité», note sous C.Const., 12 juillet 2007, R.G.D.C., 2008, pp. 394 et suiv.).

⁴ Pour une présentation générale de la loi du 15 février 2006, voy. F. BURSSENS, «De voeren van de titel en de uitvoering van het beroep van architect na de Wet van 15 februari 2006», in *De architectenvernootschap*, Anvers, Maklu, 2007, pp. 11 et suiv.; S. DAELMAN, «De verzekeringstechnische aspecten m.b.t. de wettelijke verplichte verzekering (Wet Laruelle 15/2/2006)», in *De architectenvernootschap*, Anvers, Maklu, 2007, pp. 31 et suiv.; R. DE BRUY, «La loi du 15 février 2006: évolution ou révolution de la profession d'architecte?», *Jurim Pratique*, 2008/2, pp. 7 et suiv.; J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. pp. 14-64; P. HENRY et B. DEVOS, «La profession d'architecte. Exercice en société et assurance: la nouvelle donne», *J.T.*, 2008, pp. 325 et suiv.; L. HEYVAERT, «Mijn architect is een vennootschap. Deontologische aspecten van de wet Laruelle», in *De uitvoering van het beroep van architect in het kader van een vennootschap*, Courtrai, UGA éd., 2008, pp. 123 et suiv.; L. JOOSTEN, «Deontologische regels voor de uitoefening van het beroep van architect door een rechtspersoon», in *De architectenvernootschap*, Anvers, Maklu, 2007, pp. 153 et suiv.; B. KOHL, «Aspects récents des conditions d'exercice de la profession d'architecte», in *Droit de la construction*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2006, pp. 7 et suiv.; B. KOHL, «Chronique de jurisprudence. Loi Breyne. Contrat d'entreprise», in Y.H. LELEU (coord.), *Chroniques Notariales*, vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 169 et suiv., spéc. pp. 169-172; B. LOUVEAUX, «Sociétés d'architectes. La nouvelle loi relative à l'exercice de la profession d'architecte: l'assurance obligatoire», *Lettre d'information Klurwer - immobilière*, 2006/7, pp. 1 et suiv.; B. LOUVEAUX, «Sociétés d'architectes. La nouvelle loi relative à l'exercice de la profession d'architecte: les nouvelles sociétés d'architectes», *Lettre d'information Klurwer - immobilière*, 2006/3, pp. 1 et suiv.; M. MAERYCK et K. UYTENDHOVEN, «Actuele ontwikkelingen inzake de taken en de aansprakelijkheden van de architect (2000-2007)», in K. DEKETELEAERE, K. VANHOVE et A. VERBEKE (éd.), *Jaarboek bouwrecht 2006-2007*, Brugge, die Keure, 2007, pp. 147 et suiv.; C. PARIS, «L'assurance de la responsabilité des architectes: une nouvelles assurance réglementée», in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*,

dispositions introduites par cette loi, celles relatives à l'assurance obligatoire de la responsabilité professionnelle des architectes.

Si la Cour rejette le recours, elle précise cependant, dans un attendu très remarqué, «qu'en ce que les architectes sont le seul groupe professionnel du secteur de la construction à être légalement obligé d'assurer sa responsabilité professionnelle, cette responsabilité risquée, en cas de condamnation *in solidum*, d'être, plus que celle des autres groupes professionnels, mise en œuvre sans qu'il existe pour ce faire une justification objective»⁵. Selon la Cour, cette discrimination résulte de l'absence, dans le droit applicable aux autres «parties intervenant dans l'acte de bâtir», d'une obligation d'assurance comparable, et il ne pourrait y être remédié que par l'intervention du législateur.

Après avoir succinctement présenté les dispositions pertinentes faisant l'objet du recours (a), nous examinerons la décision et les motivations de la Cour, qui ne nous paraissent pas à l'abri de certaines critiques (b).

a. Objet du recours: l'obligation d'assurance. Quelques rappels

Le recours en annulation formé devant la Cour constitutionnelle visait principalement l'article 9 de la loi du 20 février 1939 (tel que rétabli par la loi du 15 février 2006); cette disposition fixe l'obligation pour les personnes exerçant la profession d'architecte d'assurer leur responsabilité civile. Son alinéa 1^{er} précise que «toute personne physique ou personne morale autorisée à exercer la profession d'architecte conformément à la présente loi et dont la responsabilité, en ce compris la responsabilité délictuelle, peut être engagée en raison des actes qu'elle accomplit à titre

Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant et Anthemis, 2008, pp. 239 et suiv.; I. RAMBOER, «De verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor architecten», *T.B.O.*, 2007, pp. 194 et suiv.; I. RAMBOER, «De verzekering beroepsaansprakelijkheid ingevolge de wet van 15 februari 2006 en het uitvoeringsbesluit van 25 april 2007», in *De uitoefening van het beroep van architect in het kader van een vennootschap*, Courtrai, UGA éd., 2008, pp. 107 et suiv.; K. UYTENDHOVEN, «De architectenovereenkomst, de taken en aansprakelijkheid van de architect in het licht van het statuut en de deontologie van de architect», in S. SROKA et F. JUDO, *Bouwrecht in al zijn facetten. Een actuele stand van zaken*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 179 et suiv., spéc. pp. 196-210; K. UYTENDHOVEN, «De uitoefening van het beroep van architect door een rechtspersoon en de aansprakelijkheid van de architect na de wet van 15 februari 2006», in *De uitoefening van het beroep van architect in het kader van een vennootschap*, Courtrai, UGA éd., 2008, pp. 11 et suiv.; K. UYTENDHOVEN, «De uitoefening van het beroep van architect in het kader van een rechtspersoon na de wet van 15 februari 2006», *T.B.O.*, 2006, pp. 108 et suiv.

⁵ Point B.6.3. de l'arrêt.

professionnel ou des actes de ses préposés doit être couverte par une assurance».

Le régime de l'assurance obligatoire des architectes, tel qu'organisé par la loi du 15 février 2006⁶ et par l'arrêté royal du 25 avril 2007 « relatif à l'assurance obligatoire prévue par la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte »⁷, fait l'objet d'une étude approfondie dans l'une des contributions du présent ouvrage. Nous nous limiterons dès lors à en rappeler ci-après les éléments essentiels, dans la mesure nécessaire à la compréhension et à l'analyse de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2007.

4 L'assurance obligatoire doit couvrir la responsabilité de l'architecte, en ce compris (mais pas uniquement⁸) la responsabilité décennale, pouvant être engagée en raison des actes que l'architecte (personne physique ou morale) accomplit à titre professionnel ou des actes de ses préposés, lorsque ces actes ont trait aux travaux effectués ou aux prestations déléguées en Belgique⁹. En revanche, l'assurance obligatoire ne couvre pas la responsabilité liée à des actes accomplis par l'architecte mais qui ne participent pas à l'exercice de la profession (par exemple l'acquisition ou la

⁶ M.B., 25 avril 2006, p. 21.731.

⁷ M.B., 23 mai 2007, p. 27.706.

⁸ L'obligation d'assurance ne vise pas uniquement les fautes commises par l'architecte dans les missions pour l'accomplissement desquelles il bénéficie d'un monopole: les activités en matière d'urbanisme, d'évaluations d'immeubles ou d'expertises judiciaires ou privées, sont également couvertes: comme le relève I. RAMBOER, « (...) deze verzekering moet niet alleen de daden waarborgen die voorbehouden zijn aan architecten, maar ook deze die beroepshalve door architecten gesteld worden en die niet aan architecten voorbehouden zijn. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan stedenbouwkundige activiteiten, schattingen, gerechtelijke en private expertises » (I. RAMBOER, « De verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor architecten », *op. cit.*, p. 195). En effet, l'arrêté royal du 25 avril 2007 ne fait pas référence à l'article 4 de la loi du 20 février 1939, qui énonce le principe du monopole de la profession, mais au contraire, rend obligatoire l'assurance de « la responsabilité civile résultant de l'activité d'architecte » (article 2 de l'arrêté royal). Voy. également dans ce sens P. HENRY et B. DEVOS, *op. cit.*, p. 328.

⁹ Les préposés sont le personnel, les stagiaires et autres collaborateurs de l'architecte, lorsque ceux-ci agissent pour son compte. Autrement dit, les préposés qui exercent également la profession d'architecte doivent souscrire une assurance personnelle lorsqu'ils développent leurs propres projets architecturaux (voy. M. MAERCKX et K. UYTENDIEVEN, *op. cit.*, p. 188). En outre, sont également couverts par l'assurance les organes de la personne morale architecte (administrateurs, gérants, membres du comité de direction ou autres organes), lorsqu'ils agissent pour compte de la personne morale dans le cadre de l'exercice de la profession d'architecte (article 3 de l'arrêté royal).

¹⁰ L'obligation d'assurance ne couvre donc pas les travaux exécutés ou prestations déléguées à l'étranger.

location de l'immeuble professionnel, le licenciement d'un employé...)¹¹, rien n'est par ailleurs prévu en ce qui concerne les troubles de voisinage¹².

Cette assurance peut être prise isolément ou s'inscrire dans le cadre d'une assurance globale pour tous les intervenants à la construction d'un ouvrage¹³. En d'autres termes, lorsque tous les intervenants décident de contracter une assurance globale, en particulier une assurance « Tous risques Chantier » (T.R.C.), l'architecte n'est pas tenu d'assurer personnellement sa responsabilité, pour autant que les conditions de l'assurance T.R.C. soient conformes à celles établies par l'arrêté royal¹⁴. L'architecte, s'il n'est pas assuré personnellement, devrait alors vérifier qu'une assurance couvre le bâtiment pour la durée et pour les cas dans lesquels sa responsabilité peut être engagée.

L'arrêté royal fixe les plafonds minimaux à garantir en fonction du type de sinistre, ainsi que l'étendue dans le temps de la garantie. En particulier, l'assurance doit s'étendre aux demandes en réparation formulées dans un délai de dix ans à compter du jour où il est mis fin à l'inscription au tableau de l'Ordre des architectes¹⁵.

De lourdes sanctions sont attachées au défaut d'assurance. Le législateur a ainsi voulu répondre aux critiques formulées à l'égard de l'ancien système, dans lequel l'obligation d'assurance résultait du Règlement de déontologie de la profession, et qui péchait par un manque de sanctions

¹¹ Voy. également dans ce sens P. HENRY et B. DEVOS, *op. cit.*, p. 327.

¹² En principe, sauf clause contraire, l'entrepreneur n'est pas débiteur de l'obligation de compenser les troubles de voisinage que le chantier occasionnerait, puisque l'entrepreneur est étranger aux liens de droit qui naissent du voisinage; il répond en revanche de sa faute à l'égard du voisin si ce dernier peut rapporter la preuve d'une faute qui lui est imputable et qui est en lien causal avec le trouble (voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, Coll. Répertoire Notarial, Tome IX, Livre VIII, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 233; O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », in *Les troubles de voisinage. Quatre points de vue*, coll. Recyclage en Droit, n° 4, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 91 et suiv.).

¹³ Article 9, al. 1^{er} in fine de la loi du 20 février 1939, tel que réintroduit par la loi du 15 février 2006.

¹⁴ Il convient cependant d'observer que l'architecte ne sera pas déchargé de son obligation de s'assurer personnellement pour les risques qui ne seraient pas couverts par cette assurance globale, lorsque ceux-ci sont susceptibles d'engager sa responsabilité professionnelle. L'on pense en particulier aux défauts apparaissant postérieurement à la réception de l'ouvrage (notamment ceux de nature à entraîner la responsabilité décentrale de l'architecte), lesquels ne sont, en principe, pas couverts par l'assurance T.R.C.

¹⁵ Article 6 de l'Arrêté royal. Ce faisant, l'arrêté royal étend de sept ans la durée de la couverture liée au risque de déchéance, habituellement limité par les compagnies d'assurance à trois ans en application de l'article 78 § 2 de la loi du 25 juin 1992 sur l'assurance terrestre. Voy. également sur ce point I. RAMBOER, « De verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor architecten », *op. cit.*, p. 196.

réellement dissuasives¹⁶. L'architecte (personne physique ou morale) court d'abord un risque pénal non négligeable: l'article 11, alinéa 3 de la loi de 1939 le rend punissable d'une amende de 200 à 1 000 euros en cas de défaut d'assurance¹⁷. Les personnes morales sont aussi rendues civilement responsables pour le paiement des amendes et l'exécution des mesures de réparation auxquelles leurs organes et préposés ont été condamnés¹⁸. En outre, lorsque la personne qui exerce la profession est une société, ses dirigeants sont solidairement tenus du paiement des primes d'assurance¹⁹.

Si la personne morale n'est pas couverte par une assurance, ses administrateurs, gérants, membres du comité de direction seront solidairement responsables envers les tiers de toute dette qui résulte de la responsabilité décennale. La responsabilité des gérants ou administrateurs en cas de défaut d'assurance de la société ne concerne donc que le cas de la responsabilité décennale. En d'autres termes, si l'action est fondée sur le droit commun de la responsabilité contractuelle, sanctionnant par exemple la découverte de défauts cachés véniels, ou si la responsabilité délictuelle de la société est engagée par un tiers, l'architecte personne physique bénéficiera pleinement de la quasi-immunité dont jouissent les organes de personnes morales qui agissent au nom et pour le compte de celles-ci²⁰.

¹⁶ Ainsi, selon J. NICODÈME, seule une modification législative, impliquant que l'obligation d'assurance soit prévue par un texte légal et qu'elle soit accompagnée de sanctions pénales, était de nature à dissuader les architectes moins scrupuleux de s'écarter, volontairement ou non, du respect de l'obligation d'assurance prescrite par le Règlement de déontologie (voy. J. NICODÈME, « L'assurance obligatoire dans le domaine de la construction », *Bull. Ass., dossier spécial n° 6 « Responsabilité, sécurité et assurances dans la construction »*, 2000, pp. 73 et suiv., spéc. pp. 94-96).

¹⁷ Tout comme par le passé, le défaut d'assurance de l'architecte constituera en outre un manquement aux règles déontologiques de la profession.

¹⁸ Article 12 de la loi du 20 février 1939, tel que modifié par la loi du 15 février 2006. Cette règle, qui vise non seulement le défaut d'assurance mais, plus généralement, toute condamnation pénale prononcée contre l'architecte en personne physique (s'agissant, par exemple, des infractions d'urbanisme, auxquelles l'architecte est particulièrement exposé), ne s'applique cependant qu'aux sociétés qui exercent la profession d'architecte et qui sont donc, en tant que telles, inscrites à l'un des tableaux de l'Ordre. En revanche, une société ou une association constituée par un ou plusieurs architectes conformément à la Recommandation de l'Ordre de 1997 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une société ou d'une association, le cas échéant avec d'autres professionnels, mais qui n'exerce pas, par elle-même, la profession, ne sera pas civilement responsable du paiement des amendes pénales.

¹⁹ Nouvel article 9, alinéa 3 de la loi du 20 février 1939 tel que modifié par la loi du 15 février 2006.

²⁰ Voy. à ce sujet V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », note sous Cass., 7 novembre 1997, *R.C.I.B.*, 1997, pp. 730 et suiv.

6

Enfin, la couverture par une assurance de la responsabilité professionnelle de l'architecte est érigée par la loi du 15 février 2006 en condition d'exercice de la profession; l'article 2 § 4 de la loi du 20 février 1939, prévoit désormais que « nul ne peut exercer la profession d'architecte sans être couvert par une assurance, conformément à l'article 9 ». Les conditions d'exercice de la profession d'architecte constituant une réglementation d'ordre public (tout comme le sont les diverses réglementations relatives à l'accès à la profession), la convention d'architecture passée avec un architecte non assuré peut donc être frappée de nullité absolue²¹.

b. L'assurance obligatoire et le principe constitutionnel d'égalité

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2007 est un arrêt à double détente. En effet, bien que la Cour rejette le recours introduit, entre autres, par l'Ordre des architectes, elle constate néanmoins, dans un *obiter dictum*, « qu'en ce que les architectes sont le seul groupe professionnel du secteur de la construction à être légalement obligé d'assurer sa responsabilité professionnelle, cette responsabilité risquée, en cas de condamnation *in solidum*, d'être, plus que celle des autres groupes professionnels, mise en œuvre sans qu'il existe pour ce faire une justification objective »²².

Z

²¹ Voy. entre autres, par analogie, Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023; Mons, 6 mars 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 196, note R. STOKA; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790; Comm. Mons, 12 avril 1988, *D.C.C.R.*, 1988-1989, p. 150, note B. LOUVEAUX; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1369, note B. LOUVEAUX. Voy. également sur ce point K. UYTENDIECKE, « De architectenovereenkomst, de taken en aansprakelijkheid van de architect in het licht van het statuut en de deontologie van de architect », *op. cit.*, p. 208. Le fait que, dans son avis sur le projet d'arrêt royal, le Conseil d'Etat ait précisé que l'article 8 du projet (qui prévoyait la nullité du contrat d'architecture si la preuve du respect de l'assurance ne pouvait être produite), devait être omis du projet, n'est pas de nature à modifier ce raisonnement. L'omission de cet article 8 dans le texte définitif de l'arrêt royal s'explique par l'absence de disposition légale pouvant fournir de fondement juridique à cet effet (voy. l'avis n° 42.190/1 du Conseil d'Etat, *Motivator Belge*, 23 mai 2007, p. 27706). Ceci n'empêche cependant pas que la convention avec un architecte non assuré puisse être annulée par application des principes de la théorie générale des obligations.

²² Point B.6.3. de l'arrêt du 12 juillet 2007.

1. L'assurance obligatoire des architectes ne viole pas, en soi, le principe constitutionnel d'égalité

La Cour constitutionnelle considère d'abord que les architectes et les autres intervenants dans le secteur de la construction peuvent être considérés comme des catégories comparables en matière de responsabilité²³, mais qu'« en réservant l'accès à la profession d'architecte, et en soumettant à des règles propres, le cas échéant sanctionnées pénalement, cette catégorie professionnelle qu'il érigeait au rang de profession libérale, le législateur a entendu distinguer l'architecte, en raison des missions particulières liées à son art, d'une série d'autres intervenants dans le secteur de la construction »²⁴.

Ce faisant, la Cour s'inscrit dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure puisque, par un arrêt du 10 octobre 2001²⁵, elle avait déjà considéré que, si les architectes et les autres intervenants pouvaient être considérés comme des catégories comparables en matière de responsabilité contractuelle, la différence de traitement entre ces catégories de professions, consistant à l'époque dans le fait que seul l'architecte pouvait voir sa responsabilité personnelle engagée, se trouvait justifiée, « (...) en raison de la mission légale que lui a conférée, à titre exclusif, la loi précitée du 20 février 1939 »²⁶. C'est donc le monopole légal octroyé à l'architecte qui, selon la Cour constitutionnelle²⁷, justifiait la responsabilité personnelle de ce dernier²⁸.

Le constat de cette distinction entre d'une part l'architecte, titulaire d'un monopole et soumis à des règles de déontologie et, d'autre part, les autres

²³ Point B.3.2. de l'arrêt du 12 juillet 2007

²⁴ Point B.5.2. de l'arrêt du 12 juillet 2007.

²⁵ C.A., 10 octobre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 781; *R.J.L.*, 2001, p. 16; *Calh. Dr. Imm.*, 2002, liv. 1, p. 10; *J.L.M.B.*, 2001, p. 1816, note B. LOUVEAUX. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. également K. UYTENDAELE, « De aansprakelijkheid van de architect die zijn beroep uitoefent in het kader van een professionele of multiprofessionele vennootschap of associatie », *T.B.O.*, 2004, pp. 188 et suiv., spéc. pp. 193-197; B. KOHL, « Aspects récents des conditions d'exercice de la profession d'architecte », *op. cit.*, pp. 17-18.

²⁶ Point B.4. de l'arrêt du 10 octobre 2001.

²⁷ Ainsi que pour la doctrine: voy. entre autres M. VANWICK-ALEXANDRE, « Droit de la construction. La conception de l'ouvrage », *Act. dr.*, 1991, pp. 891 et suiv., spéc. p. 933; J.-P. VERGAUWE, *Le droit de l'architecture*, Bruxelles, De Boeck, 1991 p. 158.

²⁸ Comme le soulignait B. LOUVEAUX avant l'adoption de la nouvelle loi, « (...) on peut penser que la proportionnalité n'existerait plus si par le seul fait qu'il est inscrit à l'Ordre, l'architecte engageait sa responsabilité personnelle illimitée également pour des activités qui ne relèvent pas du monopole légal et peuvent être accomplies pas d'autres intervenants qui ne sont pas soumis à cette même obligation (expertise, tâches de conseil technique, évaluation immobilière, établissement d'états des lieux, etc...), ainsi que pour l'ensemble des actes qui sont sans aucun lien avec l'activité proprement

professionnels de la construction, aurait pu suffire à la Cour pour déclarer le moyen non fondé. La Cour constitutionnelle ajoute néanmoins, à juste titre, que « si on l'apprécie en liaison avec la modification de la réglementation de la responsabilité applicable aux architectes qui exercent leur profession dans le cadre d'une personne morale, l'obligation d'assurer sa responsabilité professionnelle n'entraîne pas de conséquences disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur »²⁹.

En effet, l'instauration, par la loi du 15 février 2006, d'une assurance obligatoire, allait de pair avec la possibilité désormais offerte aux architectes d'exercer leur profession dans le cadre d'une personne morale, et, plus particulièrement, d'une personne morale à responsabilité limitée, leur permettant, sauf exceptions³⁰, de limiter au seul apport à la société le risque de voir leur patrimoine personnel engagé en cas de mise en cause de leur responsabilité liée à l'exercice de leur profession.

10

En réalité, depuis l'adoption de la loi du 15 février 2006, les architectes sont désormais dans une meilleure situation que les autres titulaires de professions libérales.

Cette loi a notamment été adoptée pour supprimer l'inégalité constatée entre les architectes, responsables sur leurs biens personnels, par rapport aux autres professionnels de la construction. Or, selon la Cour constitutionnelle³¹, cette inégalité était précisément pleinement

dite (achat de matériel de bureaux, engagement de personnel, location ou acquisition de l'immeuble professionnel, etc...) » (B. LOUVEAUX, « La responsabilité personnelle des architectes ne viole pas la Constitution », *J.L.M.B.*, 2001, pp. 1818 et suiv., spéc. p. 1821).

²⁹ Point B.5.3. de l'arrêt du 12 juillet 2007.

³⁰ Ces exceptions peuvent être issues de la loi du 20 février 1939 elle-même puisque, lorsque la personne morale n'est pas couverte par une assurance, ses administrateurs, gérants ou membres du comité de direction (qui sont nécessairement des architectes) sont solidairement responsables envers les tiers de toute dette qui résulte de la responsabilité décennale (article 9, alinéa 4 de la loi du 20 février 1939, tel que rétabli par la loi du 15 février 2006). D'autres exceptions peuvent être issues du droit des sociétés, en particulier l'action en comblement de passif, dirigée contre les gérants et administrateurs en cas de faute grave et caractérisée de leur part ayant contribué à la faillite de la société (article 530 § 1 du Code des sociétés, en ce qui concerne les sociétés anonymes; voy. entre autres sur cette action: D. GOL, « Action en comblement de passif et appréhension de la faute », *D.A.O.R.*, 2005/74, pp. 147 et suiv.; E. JANSSENS, « De aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement en het bijzondere geval van artikel 530 W. Venn. », *R.A.B.G.*, 2005, pp. 1583 et suiv.), ou l'action en paiement par les administrateurs des cotisations sociales dues par la société, lorsqu'il est établi qu'une faute grave de ces administrateurs est à la base de la faillite (nouvel article 530 § 2 du Code des sociétés, introduit par la loi-programme du 20 juillet 2006; voy. sur cette nouvelle action, entre autres, B. ROLAND, « Vers la fin de la responsabilité limitée des dirigeants de sociétés et ASBL? Ou la discrète révolution dans la loi-programme du 20 juillet 2006 », *R.R.D.*, 2006, pp. 27 et suiv.).

³¹ C.A., 10 octobre 2001, *op. cit.*

justifiée par l'existence du monopole dont disposent les architectes³². La nouvelle loi supprime donc, sinon une des justifications de l'existence du monopole des architectes, à tout le moins l'une de ses conséquences principales. Dès lors, en maintenant le monopole mais en supprimant la responsabilité personnelle corrélatrice, le législateur accroît en quelque sorte l'assise de ce dernier, puisque l'un de ses plus douloureux corollaires vient à disparaître.

Certes, l'on n'imaginait pas le législateur, saisi d'une question ponctuelle à l'invitation de l'organisme représentatif de la profession, remettre en cause l'existence du monopole des architectes³³. Mais l'on conçoit alors difficilement que les autres détenteurs d'un monopole légal se voient refuser le droit que des sociétés professionnelles puissent exercer elles-mêmes la profession libérale. Sur ce point précis, le législateur n'a-t-il pas finalement déplacé l'inégalité, puisque ce n'est plus au sein du secteur même de la construction que celle-ci serait constatée, mais au sein de la famille des professions libérales détentrices d'un monopole, dont certaines laissent toujours leurs titulaires personnellement responsables de leurs fautes³⁴?

Par conséquent, comme le souligne opportunément la Cour constitutionnelle, le (maintien du) caractère obligatoire de l'assurance (déso- mais expressément consacré dans la loi) est justifié par l'abandon de la responsabilité professionnelle personnelle des architectes, qui ne s'est cependant pas accompagné d'une disparition du monopole réservé à cette profession libérale.

Par ailleurs, force est de constater que, sur le plan du caractère obligatoire de l'assurance, la situation de l'architecte après la loi du 15 février 2006 ayant consacré l'assurance obligatoire de l'architecte, n'est guère

³² Cette opinion était déjà défendue par J.-P. VERGAUWE avant l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 octobre 2001: «A notre avis, la justification de la responsabilité personnelle de l'architecte se fonde plutôt sur la loi du 20 février 1939 (...). Le monopole légal de l'architecte, personne physique, a (pour) conséquence de rendre personnelle à l'architecte toute responsabilité qui lui incombe, notamment en vertu des articles 1792 et 2270 du Code civil. Ce n'est donc pas l'article 1792 qui confère à la responsabilité de l'architecte son caractère personnel; la preuve - a contrario - réside dans le fait que le même article 1792 impose la responsabilité décennale également à l'entrepreneur alors que ce dernier, on le sait, peut en tant que personne physique limiter sa mise à l'apport qu'il a engagée dans la société constituée pour l'exercice de sa profession et débitrice de la responsabilité décennale» (J.-P. VERGAUWE, *op. cit.*, p. 163).

³³ Cette remise en cause des monopoles des professions libérales est toutefois dans l'air du temps, principalement sous l'influence de l'action des autorités communautaires (voy. infra à ce sujet).

³⁴ Voy. sur ce point B. KOHL, «Aspects récents des conditions d'exercice de la profession d'architecte», *op. cit.*, p. 22.

différente de celle existant avant l'adoption de cette loi, situation créée par l'Ordre des architectes lui-même; partant, l'on peut d'autant moins aisément comprendre les motifs ayant présidé à la décision de l'Ordre d'introduire le recours en annulation contre la loi du 15 février 2006.

En effet, si l'on excepte les sanctions pénales liées au défaut d'assurance ainsi que quelques modifications en ce qui concerne les modalités de l'assurance, le système de l'assurance de la responsabilité des architectes n'a pas changé: cette assurance était déjà obligatoire avant l'adoption de la loi, puisqu'imposée à l'architecte en application de l'article 15 du Règlement de déontologie, approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985³⁵. Cette assurance était du reste étudiée comme telle par les auteurs³⁶, au même titre que les autres cas d'assurance obligatoire³⁷. La Commission bancaire, financière et des assurances, qui dresse chaque année une liste indicative des assurances obligatoires, classait également l'assurance de la responsabilité des architectes au titre des assurances obligatoires, même avant l'adoption de la loi du 15 février 2007³⁸.

12

Bref, ce n'est pas parce que l'obligation d'assurance de la responsabilité des architectes trouve désormais une assise directe dans la loi du 20 février 1939 que le statut de cette assurance s'en est trouvé modifié. En d'autres termes, à nos yeux, le caractère obligatoire de l'assurance des architectes pouvait, en soi, être difficilement contesté par l'Ordre, puisque celui-ci l'avait lui-même établi à l'occasion de la modification en 1985 de son propre Règlement de déontologie³⁹.

En outre, comme l'a souligné la Cour, la consécration légale de cette assurance obligatoire n'est nullement disproportionnée, lorsqu'on la

³⁵ Le contenu de l'assurance imposée n'était pas réglementé, mais simplement explicité par des Recommandations de l'Ordre des architectes, la dernière datant du 26 mars 1993.

³⁶ Voy. J. NICODÈME, *op. cit.*, pp. 76-77; V. BRÜGGEMAN, M.G. FAURE et T. HARTLIEF, «Verplichte verzekering in België», *Bull. ass.*, 2007, pp. 387 et suiv., spéc. p. 396; H. DE RODE, «Livre 70. Les assurances de responsabilité. Volume 1», in *Responsabilités Traités théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, spéc. n° 22.

³⁷ Par exemple, l'assurance obligatoire de la responsabilité des chasseurs (dont la souscription conditionne l'obtention du permis de chasse), des agents immobiliers, des entreprises de sécurité privée et particulière, des personnes procédant à des expérimentations sur la personne humaine, des experts-géomètres,...

³⁸ Voy. le site internet de la CBFA (www.cbfa.be).

³⁹ Le premier Règlement de déontologie de l'Ordre des architectes (annexe à l'arrêté royal du 5 juillet 1967, *Moniteur belge* du 19 août 1967), énonçait simplement (article 22, alinéa 2) que: «La souscription d'une police d'assurance doit être considérée dans de nombreux cas comme une diligence indispensable» (voy. P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 700, n° 939). De simple faculté, la souscription d'une assurance est devenue, par la volonté de l'Ordre, une obligation déontologique, à l'occasion de la modification, en 1985, du Règlement de déontologie

met en rapport avec la faveur accordée dans la même loi par le législateur aux architectes, lesquels, à la différence d'autres titulaires de professions libérales jouissant d'un monopole, peuvent désormais exercer leur profession dans le cadre d'une personne morale, en bénéficiant de la responsabilité limitée offerte par celle-ci.

2. L'absence d'assurance obligatoire des autres intervenants à l'acte de bâtir viole-t-elle le principe constitutionnel d'égalité ?

Si, à juste titre, la Cour constitutionnelle estime que l'obligation d'assurance n'entraîne pas des conséquences disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur, elle précise néanmoins que l'absence d'obligation comparable pour les autres intervenants du secteur de la construction (réserve faite des coordinateurs de sécurité sur les chantiers, que tant la Cour constitutionnelle que les requérants et le Conseil des ministres semblent avoir oubliés⁴⁰) entraîne une discrimination injustifiée, en ce que, de ce fait, la responsabilité des architectes serait, en cas de condamnation *in solidum*, plus fréquemment mise en cause que celle des autres «parties intervenant dans l'acte de bâtir».

À nos yeux, cette opinion est critiquable à un double point de vue. Non seulement parce que le risque mentionné par la Cour constitutionnelle doit, eu égard à la jurisprudence récente des cours et tribunaux, être quelque peu relativisé; mais surtout parce que, à considérer même qu'il existât un risque sérieux que la responsabilité des architectes soit plus fréquemment mise en cause, ce risque n'est pas dénué de toute justification.

La Cour constitutionnelle part du postulat qu'en raison du fait que les architectes seraient légalement tenus de s'assurer, leur responsabilité

(annexe à l'arrêté royal du 18 avril 1985, *Moniteur belge*, 8 mai 1985); son article 15 s'énonce comme suit: «L'architecte, travaillant seul, en association ou en société, assure sa responsabilité professionnelle, y compris sa responsabilité décennale (...)».

⁴⁰ Voy. l'article 65 *sexies* de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles (*Moniteur belge* du 7 février 2001), inséré par l'arrêté royal du 19 janvier 2005, qui impose au coordinateur de sécurité indépendant, de souscrire en son nom propre une assurance de sa responsabilité civile dont la couverture tient compte de l'importance et des risques des chantiers temporaires ou mobiles où il exerce sa fonction (si le coordinateur est un travailleur, son employeur souscrita cette assurance en tenant compte de l'importance et des risques des chantiers temporaires ou mobiles où il exerce la fonction à moins que cette responsabilité civile ne soit couverte par l'État). Voy. à ce sujet J.P. VERGAUWE, «Le coordinateur sécurité (le bien-être des travailleurs - la sécurité chantier)», in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. IV.12.6-7; P. FONTAINE, «De quelques récentes évolutions dans l'assurance du secteur de la construction», *Bull. ass.*, 2005, pp. 20 et suiv., spéc. p. 27.

risquerait, en cas de condamnation *in solidum*, d'être mise en œuvre plus fréquemment que celle des autres groupes professionnels.

Nous pensons que ce risque est en réalité plus modéré que ce que laisse sous-entendre l'arrêt de la Cour.

Avant de développer notre point de vue, il convient d'abord d'observer que même si, jusqu'à une époque récente, les architectes étaient peut-être parfois trop rapidement condamnés *in solidum* avec les entrepreneurs, l'explication de cette situation ne devait pas uniquement être recherchée dans le fait que seuls les premiers étaient déontologiquement tenus de s'assurer, mais également dans la circonstance qu'il pouvait - et qu'il peut toujours - bien souvent être difficile pour un maître d'ouvrage, victime d'un défaut de construction, d'identifier *a priori* les responsabilités respectives de l'architecte (notamment tenu d'un devoir de contrôle de l'exécution des travaux⁴¹) et de l'entrepreneur. Par conséquent, si la responsabilité *in solidum* des architectes fut peut-être trop souvent recherchée par les maîtres de l'ouvrage, ceci ne s'expliquait-t-il pas, ou à tout le moins pas uniquement, selon nous, par l'obligation d'assurance: la «séduction de la facilité»⁴², combinée, comme nous l'exposons ci-après⁴³, avec une jurisprudence assez laxiste, en constituait assurément une explication complémentaire.

Deux motifs justifient que le risque vanté par l'Ordre des architectes dans son recours, et repris à son compte par la Cour constitutionnelle, soit relativisé.

⁴¹ Le monopole de l'architecte dans le contrôle de l'exécution du chantier, énoncé à l'article 4 de la loi du 20 février 1939, est une caractéristique propre au droit belge. Si quelques autres systèmes reconnaissent parfois à l'architecte un monopole légal (voy. sur ce point *infra*), celui-ci est généralement limité à la conception de l'ouvrage. Du caractère obligatoire du contrôle par l'architecte de l'exécution du chantier découle la règle déontologique selon laquelle l'architecte ne peut accepter de voir sa mission limitée à l'établissement des plans que s'il a l'assurance qu'un autre architecte, valablement inscrit au Tableau de l'Ordre, est chargé du contrôle (voy. l'article 21 du Règlement de déontologie, approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985). Dans ce cas, l'architecte a en outre l'obligation d'informer l'autorité qui a délivré le permis d'urbanisme ainsi que son Conseil de l'Ordre, en indiquant l'identité de l'architecte chargé du contrôle. Cette obligation a été rappelée récemment par la Cour de cassation (notamment Cass., 22 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 401; Cass., 27 octobre 2006, *T.B.O.*, 2007, p. 202; *Pas.*, 2006, p. 2185); voy. à ce sujet J.-F. HENROTTÉ et B. DEVOS, «Le contrat d'architecture, un contrat spécial, soumis comme tout autre contrat, à des lois particulières», in *Droit de la construction*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2006, pp. 185 et suiv., spéc. p. 260; M. MAERYCK et K. UYTENDAELE, *op. cit.*, spéc. p. 156.

⁴² P. HENRY et F. POTTIER, «Causalité et obligation *in solidum*», *Act. dr.*, 1991, pp. 1207 et suiv., spéc. p. 1209.

⁴³ Voy. *infra* à ce sujet.

16
Premièrement, le risque d'une responsabilité plus fréquente des architectes en raison du mécanisme de l'*in solidum* paraît plus faible aujourd'hui qu'hier, car l'application extensive ou « trop rapide » du mécanisme même de l'*in solidum* en droit de la construction est de nos jours remise en question, tant par la doctrine que par la jurisprudence : comme le souligne J.-P. Vergauwe, « la jurisprudence récente semble (...) avoir évolué dans le sens d'une exigence plus grande dans l'analyse des fautes et de leur incidence respective sur le dommage (...). Dès lors que la relation causale est établie entre chacune des fautes et les différents éléments du dommage, il n'y a pas matière à condamnation *in solidum* »⁴⁴.

La doctrine majoritaire rappelle à cet égard, à juste titre, que l'architecte, sous le simple prétexte du « devoir de contrôle », ne peut être rendu responsable des malfaçons d'exécution relevant de la technique propre et courante des entrepreneurs et exécutants⁴⁵. Par ailleurs, la « direction des travaux », qui repose également sur l'architecte, doit s'entendre comme l'obligation d'information de l'entrepreneur, c'est-à-dire l'obligation de donner à l'entrepreneur toutes les directives utiles pour l'exécution correcte des travaux⁴⁶ : en revanche, cette mission n'implique pas que l'architecte dirige les travaux mais bien qu'il veille à ce que les travaux se déroulent (...) dans le respect des impératifs nécessaires à l'obtention du bon résultat final ; l'architecte a donc le pouvoir de donner des directives, mais il n'en devient pas pour autant directeur des travaux⁴⁷. Quant à la « surveillance des travaux », elle n'implique certainement pas une intervention constante de l'architecte sur le chantier ; en d'autres termes, si le maître de l'ouvrage souhaite qu'une surveillance de l'exécution des travaux soit assurée, il doit en confier la tâche soit à un tiers, soit à l'architecte, à condition que cette tâche lui soit expressément attribuée dans le

⁴⁴ J.P. VERGAUWE, « L'architecte », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. IV.2.4.-5.

⁴⁵ K. UYTENDHOEVEN, « De aansprakelijkheid van de architect », in K. DEKETELEAERE, M. SCHOURS et A. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Anvers, die Keure et Intersentia, 2004, pp. 850 et suiv., spéc. p. 855 ; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 364 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, p. 212, n° 271. Plusieurs décisions de jurisprudence formulent cette même remarque : voy. entre autres Mons, 7 mai 1985, R.G.A.R., 1986, n° 11.082 ; Liège, 3 juin 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 637 ; Mons, 7 mai Bruxelles, 11 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 368 ; Mons, 7 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1289 ; Mons, 11 février 2002, inédit (cité par B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction (troisième partie) », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1660 et suiv., spéc. p. 1667).

⁴⁶ P. RIGAUX, *Le droit de l'architecture. Evolution des 20 dernières années*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 251, n° 253.

⁴⁷ A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, p. 139, n° 147.

contrat d'architecture⁴⁸. Bref, sous peine d'en arriver à une hypertrophie de la mission de l'architecte⁴⁹, il ne ressort nullement de celle-ci, sauf clause contraire, de tout contrôler, de tout diriger et de tout surveiller ; comme nous l'expliquons ci-avant, l'architecte n'est pas omniscient : le meilleur contrôle ne peut empêcher la mauvaise exécution, (...) surtout si celle-ci est rapide, voire instantanée, et ne concerne pas une phase de la construction particulièrement délicate, ou importante, ou susceptible de devenir rapidement invérifiable, au point de requérir la présence de l'architecte⁵⁰.

Les cours et tribunaux sont donc plus attentifs qu'auparavant à analyser soigneusement la relation causale entre les différentes parties du dommage et la faute des différents intervenants, ne retenant la responsabilité *in solidum* que lorsqu'un dommage unique résulte de la conjonction des fautes de l'entrepreneur et de l'architecte⁵¹. En effet, l'architecte ne peut subir une telle condamnation *in solidum* pour le simple motif, par exemple, qu'il aurait commis une faute dans l'exercice de sa mission de contrôle ; encore convient-il de démontrer que la faute d'exécution aurait pu être découverte si le contrôle s'était effectué de manière satisfaisante : nous partageons l'opinion émise par V. Van Houtte : « *M.i. is dan echter wel nodig dat door de opdrachtgever bewezen wordt, niet alleen dat de architect in de controle tekort is geschoten, maar ook dat de uitvoeringsfout van de aannemer bij voldoende controle vast en zeker zou ontdekt zijn. Is dit bewijs niet voorhanden, dan staat de causaliteit tussen de gebrekkige controle en de schade niet vast en ontbreekt een voorwaarde voor de veroordeling van de architect* »⁵². L'examen de la jurisprudence témoigne de l'importance apportée par le juge à cette condition ; comme le souligne B. Louveaux, « (...) (la jurisprudence) semble revenue des excès qui amenaient à retenir quasi automatiquement la responsabilité *in solidum* de l'architecte et de l'entrepreneur dès qu'une malfaçon était constatée. Cette dérive était sans doute la conséquence d'une perception incorrecte des rôles respectifs de l'architecte et de l'entrepreneur »⁵³. La décision suivante, prononcée par la Cour d'appel de Bruxelles, rappelle d'ailleurs que l'assurance de l'architecte n'est pas là pour suppléer aux carences des entrepreneurs : « L'archi-

⁴⁸ Voy. sur ce point V. VAN HOUTTE, « Aansprakelijkheid voor controle op uitvoering van bouwwerken », *Entr. et dr.*, 1988, pp. 401 et suiv., spéc. p. 406.

⁴⁹ Nous reprenons cette expression de A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, p. 139, n° 147.

⁵⁰ A. DELVAUX et D. DESSARD, *op. cit.*, p. 212, n° 271.

⁵¹ Voy. M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, p. 374.

⁵² V. VAN HOUTTE, *op. cit.*, spéc. p. 404.

⁵³ B. LOUVEAUX, « La mission de contrôle de l'architecte et la responsabilité *in solidum* », note sous Civ. Charleroi, 30 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 795 et suiv., spéc. p. 796.

tecte ne peut, en raison de son éventuelle solvabilité ou de la couverture de sa responsabilité professionnelle par un assureur, devenir le garant des fautes des autres constructeurs défaillants; sa responsabilité ne peut être engagée que pour ses manquements personnels dûment établis et en relation causale certaine avec l'apparition des dommages»⁵⁴. Autrement dit, il importe de rappeler, avec B. Dubuisson, « (...) que l'obligation *in solidum* n'a pas été instituée pour suppléer à l'incertitude des responsabilités. Elle suppose en effet que chacune des fautes soit établie de façon certaine et que chacune entretienne une relation de causalité avec le dommage»⁵⁵.

Certains estiment de surcroît qu'il devrait presque toujours être possible d'éviter une condamnation *in solidum* de l'architecte, même si ce dernier a commis une faute dans le contrôle de l'exécution du chantier telle que la faute de l'entrepreneur aurait pu être découverte, en ventilant, et, partant, en identifiant correctement, le dommage subi par le maître de l'ouvrage; B. Louveaux défend ainsi l'opinion selon laquelle, « [...] l'obligation d'indemnisation qui pèsera sur l'architecte sera donc limitée au développement du dommage que son intervention plus rapide ou plus efficace aurait pu éviter, mais non au dommage initial. L'expertise doit être l'occasion de faire la lumière sur ces différents aspects. Cet examen attentif permettra, mieux que de vaines diatribes relatives à la responsabilité *in solidum*, de ne faire supporter à chacun que les conséquences de ses propres fautes. Il faut en effet rappeler qu'une condamnation *in solidum* ne peut pas modifier la portée d'une obligation initiale limitée»⁵⁶. L'analyse de la jurisprudence récente révèle néanmoins que, nonobstant les louables efforts opérés pour isoler les fautes respectives et, le cas échéant, les différentes composantes du dommage, un dommage unique, résultant de la conjonction des fautes de l'entrepreneur et de l'architecte (faute de conception ou de contrôle), demeure régulièrement subi par le maître de l'ouvrage, sans qu'il soit possible d'identifier avec précision si une part du dommage est exclusivement due à la faute de l'un des intervenants seulement, de sorte qu'une condamnation *in solidum* demeure dans ces situations inévitable⁵⁷.

⁵⁴ Bruxelles, 9 janvier 2003, inédit (cité par B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction (troisième partie) », *op. cit.*, p. 1669).

⁵⁵ B. DUBUISSON, « Conclusions », in B. DUBUISSON et M. FONTAINE (éd.), *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives*, coll. Droit des assurances, n° 12, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 213 et suiv., spéc. p. 215.

⁵⁶ B. LOUVEAUX, « La mission de contrôle de l'architecte et la responsabilité *in solidum* », *op. cit.*, p. 797.

⁵⁷ Voy. par exemple les illustrations citées par M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *op. cit.*, pp. 375-376.

Deuxièmement, les condamnations *in solidum*, cause du risque dont fait état la Cour constitutionnelle, pourraient, à court ou moyen terme, sinon disparaître, à tout le moins diminuer en nombre, en raison de la présence de plus en plus fréquente, dans les contrats d'architecture, d'une clause dite « d'exonération d'*in solidum* ». Nous avons déjà eu l'occasion de manifester notre scepticisme à propos de la validité de cette clause, lorsqu'elle vise également la responsabilité décennale des intervenants à l'acte de bâtir⁵⁸. Néanmoins, il semble que cette clause, lorsqu'elle est correctement formulée⁵⁹, soit admise par la doctrine et par la jurispru-

⁵⁸ Voy. B. KOHL, « Chronique de jurisprudence. Loi Breynne et contrat d'entreprise », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XL, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 241 et suiv., spéc. p. 251. Nous écrivions à l'époque: « Appliquée dans le cadre très spécifique de la responsabilité décennale, laquelle, à la différence de la responsabilité des constructeurs pour vices vénéels de l'ouvrage, est d'ordre public, la clause excluant la responsabilité *in solidum* ne pourrait-elle s'assimiler à une clause limitant la responsabilité décennale de l'architecte (ou de l'entrepreneur) puisque, selon la théorie de l'équivalence des conditions, celui-ci est tenu de réparer tout dommage dû à sa propre faute, même si la faute d'un tiers (ou un cas de force majeure) a conjointement contribué à la réalisation du même dommage? Partant, la validité de cette clause ne pourrait-elle être discutée, puisque permettant à l'architecte (ou à l'entrepreneur) de ne pas supporter une partie du dommage survenu (notamment) par sa faute? ». Force est de reconnaître que cette interrogation ne trouve guère écho dans la jurisprudence. Il est vrai toutefois que, la plupart du temps, la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur est recherchée sur la base des principes du droit commun de la responsabilité contractuelle et non sur le fondement des règles spécifiques de la responsabilité décennale (articles 1792 et 2270 du Code civil).

⁵⁹ La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi décidé à juste titre qu'une clause d'un contrat d'architecture selon laquelle « l'architecte n'assume aucune conséquence pécuniaire consécutive aux défaillances des autres partenaires dans l'acte de bâtir », n'était pas suffisamment précise que pour élever la règle selon laquelle si plusieurs fautes ont concouru au même dommage, chaque responsable est tenu d'indemniser intégralement le dommage entier (Bruxelles, 9 décembre 2003, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction (troisième partie) », *op. cit.*, p. 1682). De même, la clause « écartant toute responsabilité *in solidum* de l'architecte du fait des erreurs et fautes des autres édificateurs », n'exonère en rien de la responsabilité *in solidum* qui résulte de la propre faute de l'architecte, mais indique qu'il n'est pas responsable des fautes des autres intervenants, ce qui constitue une évidence (Civ. Bruxelles, 24 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 2000, p. 159); en effet, en cas de responsabilité *in solidum*, l'architecte, même invité à indemniser la totalité du dommage, dispose d'un recours contributoire contre les autres intervenants, de sorte qu'il ne supporte que les conséquences de ses propres fautes. Dans un arrêt du 27 avril 2007, la Cour d'appel de Liège accueille au contraire la validité d'une clause rédigée *a priori* de manière similaire: « En précisant que l'architecte n'assume pas les conséquences financières des erreurs et fautes des autres édificateurs, parties ont convenu de limiter la dette de l'architecte aux conséquences de sa seule faute. Dans cette mesure, il doit être clair dans l'esprit du maître de l'ouvrage qu'il renonce à réclamer à l'architecte une réparation *in totum*, sous peine de vider la clause agréée librement de tout sens » (Liège, 27 avril 2007, *R.R.D.*, 2007/122, p. 25).

dence majoritaires⁶⁰. Or l'on constate que la plupart des contrats modèles d'architecture comprennent invariablement une telle clause « d'exonération d'in solidum ». Ainsi, le contrat-type d'architecte-maître de l'ouvrage proposé par le Conseil du Brabant de l'Ordre des architectes prévoit-il, que « le maître de l'ouvrage s'interdit de faire supporter par l'architecte les conséquences financières des erreurs, retards et fautes des autres participants à l'acte de construire. Il ne pourra le rendre responsable des défauts de conception ou de fabrication des matériaux. L'architecte n'assumera aucune responsabilité in solidum avec d'autres édificateurs, dont il n'est pas obligé à la dette à l'égard du maître de l'ouvrage »⁶¹.

Certes, dans certains cas, le maître de l'ouvrage, spécialement lorsqu'il s'agit d'un promoteur professionnel, disposera d'un pouvoir de négociation suffisant, de manière à pouvoir exiger la suppression, dans le contrat d'architecture, de la clause d'exonération d'in solidum. Une telle situation se présente toutefois bien plus rarement dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aussi le risque mis en avant par la Cour constitutionnelle doit-il s'apprécier avec mesure, en raison de la présence fréquente, dans la plupart des contrats d'architecture, de clauses d'exonération d'in solidum », dont la validité n'est plus remise en cause par la jurisprudence majoritaire⁶².

Enfin, à considérer même que demeurerait actuel le risque lié à la mise en cause excessive de la responsabilité de l'architecte en cas de condam-

⁶⁰ Voy. entre autres Bruxelles, 11 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 397; Bruxelles, 26 novembre 1998, *Ent. et dr.*, 1999, p. 323; Liège, 28 juin 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 458; Liège, 27 avril 2007, *R.R.D.*, 2007/122, p. 25; Civ. Termonde, 12 octobre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 79; Bruxelles, 12 octobre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 740. En doctrine, voy. entre autres J.P. VERGAUWE « De aansprakelijkheid «in solidum»: van verantwoordelijkheid naar herstelrecht », *Ent. et dr.*, 1984, pp. 107 et suiv., spéc. p. 128; V. VAN HOUTTE, *op. cit.*, p. 405; P. HENRY et F. POTTER, *op. cit.*, p. 1219; P. FLAMME et M.A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 181; J.P. VERGAUWE, *Le droit de l'architecture*, *op. cit.*, p. 181; V. HANNEQUART, *La responsabilité de l'architecte. Examen de quelques questions importantes*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1985, p. 48; G. BAERT, *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, 5^e éd., Deurne, Kluwer, 1994, p. 744.

⁶² La jurisprudence ne fournit pas encore d'illustrations d'une application aux clauses d'exonération d'in solidum de la loi du 2 août 2002 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus par les titulaires de profession libérale avec leurs clients. Selon l'analyse opérée par J.F. HENNOTTE et B. DEVOS, cette clause ne devrait cependant pas être considérée comme créant un déséquilibre manifeste entre les parties (voy. J.F. HENNOTTE et B. DEVOS, *op. cit.*, p. 229). Dans son avis n° 26 du 16 décembre 2009, la Commission des Clauses Abusives ne paraît pas remettre en cause la validité de telles clauses, à la condition que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible (voy. Commission des Clauses Abusives, *Avis sur les clauses contractuelles dans les contrats entre un architecte et son client*, Bruxelles, éd. SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, 2008, p. 26).

nation in solidum pour le motif que seul celui-ci serait nécessairement assuré, encore peut-on se poser la question de savoir s'il n'existe pas des circonstances pouvant raisonnablement justifier cette situation jugée déséquilibrée.

La Cour constitutionnelle estime que les architectes et les autres intervenants dans le secteur de la construction peuvent être considérés comme des catégories comparables en matière de responsabilité⁶³; la Cour reconnaît cependant que, sur le plan du statut et des règles d'accès à la profession, cette catégorie professionnelle, érigée au rang de profession libérale, doit être distinguée, en raison des missions particulières liées à son art, des autres intervenants dans le secteur de la construction⁶⁴.

Cette catégorie professionnelle se différencie notamment des autres par le monopole très large dont, à raison, ses membres peuvent tirer profit.

Ainsi, les autres professionnels du secteur de la construction, spécialement les entrepreneurs ou les ingénieurs-conseils et bureaux d'étude, ne disposent nullement d'un tel avantage. Ceci a conduit certains à suggérer que cette différence entre le monopole de l'architecte et la réalité soit adaptée, dans le sens, soit d'une extension du monopole de l'architecte à tous les professionnels de la construction qui, d'une manière ou d'une autre, participent à la conception d'ouvrages (notamment les ingénieurs), soit d'une suppression pure et simple du monopole⁶⁵. En région flamande, l'intervention de l'architecte n'est du reste plus obligatoire pour la conception et le contrôle de l'exécution des travaux d'infrastructure⁶⁶. De manière plus générale, la remise en cause des monopoles des professions libérales est dans l'air du temps, principalement sous l'influence de l'ac-

⁶³ Point B.3.2. de l'arrêt du 12 juillet 2007.

⁶⁴ Point B.5.2. de l'arrêt du 12 juillet 2007.

⁶⁵ V. VAN HOUTTE, *op. cit.*, p. 411: « het komt ons daarom voor dat de discrepantie tussen het monopolie van de Wet van 1939 enerzijds en de realiteit van het bouwgebeuren, moet opgelost worden: (i) ofwel door de uitbreiding van het monopolie van architect tot alle leden van het team van bouwprofessionelen dat als ontwerpers optreedt, (ii) ofwel door de afschaffing van het monopolie»; voy. également dans ce sens J.P. VERGAUWE, *Le droit de l'architecture*, *op. cit.*, pp. 144 et suiv.

⁶⁶ Voy. spécialement l'article 3 de l'Arrêté du Gouvernement flamand du 23 mai 2003 déterminant les travaux et actes exonérés de l'intervention de l'architecte (M.B., 16 juillet 2003). Cet arrêté avait fait l'objet d'un recours en annulation formé devant le Conseil d'Etat par l'Ordre des architectes (RG. 141507). Par son arrêt n° 196.257 du 22 septembre 2009, le Conseil d'Etat a rejeté ce recours. Voy. sur cet arrêt F. JUDO, « Wie is bevoegd voor de architecten? », *Juristenkrant*, 2009/198, p. 2.

tion des autorités communautaires; la profession d'architecte n'échappe pas à cette tendance⁶⁷.

L'envergure de ce monopole apparaît spécialement lorsqu'on compare sur ce point la position de l'architecte belge par rapport à celle de la plupart de ses collègues européens⁶⁸. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, un tel monopole n'existe ni en Angleterre⁶⁹ ni aux Pays-Bas. Ce n'est pas pour cela que tout un chacun pourrait y construire un immeuble sans être assisté d'un professionnel⁷⁰, mais les architectes ne bénéficient toutefois d'aucun monopole dans cette tâche d'assistance

⁶⁷ VOY, COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission. Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM (2004) 83 final, 9 février 2004, ainsi que COMMISSION EUROPÉENNE, *Commission Staff Working Document. Progress by Member States in reviewing and eliminating restrictions to competition in the area of Professional Services*, COM (2005) 405 final, 5 septembre 2005; ce dernier document aborde spécifiquement la question du monopole de l'architecte.

⁶⁸ Pour une comparaison du monopole de l'architecte en Belgique, par rapport à d'autres Etats membres de l'Union européenne, voy. entre autres B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, spéc. pp. 535-544; S. VAN GULIK, *European Architect Law. Towards a New Design?*, Apeldoorn, Maklu, 2009.

⁶⁹ VOY, L. MILLNER, « Delight in Transgression: Shifting Boundaries in Architectural Education », in D. NICOL et S. PULLING (éd.), *Changing Architectural Education. Towards a New Professionalism?*, Londres, Spon Press, 2000, pp. 223 et suiv., spéc. p. 224. Sur l'évolution de la profession d'architecte en Angleterre, voy. entre autres P. NICHOLSON, *Architects' Guide to Fee Bidding*, Londres, Spon Press, 2003, pp. 3-9. Depuis le « *Latham Report* » de 1994 (M. LATHAM, *Constructing the Team (The Latham Report). Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry*, London, HMSO Publ., 1994), il est généralement admis que, sauf dans les projets de faible envergure, l'architecte doit nécessairement s'intégrer dans un *team*, et limiter sa mission à l'élaboration des plans ou au contrôle de l'exécution des travaux; en particulier, il n'est plus souhaitable qu'il revête en outre les qualités de « *adjudicator* » ou « *arbiter* » (voy. à ce sujet M. LATHAM, « Architecture and its Ethical Dilemmas », in N. RAY, *Architecture and its Ethical Dilemmas*, Oxon, Routledge éd., 2005, pp. 39 et suiv., spéc. pp. 40-41).

⁷⁰ Ainsi, aux Pays-Bas, toute personne désirant construire doit obtenir un autorisation du Collège des Bourgmestre et Echevins de la commune (voy. l'article 40 de la *Woningwet* (telle que modifiée par la loi du 29 août 1991)), laquelle ne peut être accordée qu'à la condition que les travaux projetés respectent « (...) het Bouwbesluit, (...) de Bouwverordening (erf) het bestemmingsplan of de krachtens zodanig plan gestelde eisen, (...) (de) redelijke eisen van veiligheid (...) » (M.A.B. CHAO-DUVVIS, « Een vergelijking van het recht van de architect en de raadgevend ingenieur in Nederland en België », in K. DEKERT, *Jaarboek Bouwrecht 2004-2005*, Antvers, Intersentia, 2005, pp. 81 et suiv., spéc. p. 91). Voy. également D.A. LUBACH, « Vergunningen », in M.A.M.C. VAN DEN BERG, A.G. BERGMAN, M.A.B. CHAO-DUVVIS, H. LANGENDOEN (éd.), *Bouwrecht in kort bestek*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2004, pp. 76 et suiv. Par conséquent, l'intervention d'un professionnel, architecte ou autre, est de facto une condition de l'obtention de ces autorisations, même si celle-ci n'est pas prescrite de manière impérative.

à la conception. Les droits français, allemand et italien se situent entre les deux extrêmes. En France, l'architecte bénéficie, depuis 1977⁷¹, d'un monopole, mais d'ampleur bien plus limitée qu'en droit belge: d'abord le monopole se limite à la conception de l'ouvrage, là où en Belgique, l'intervention de l'architecte est également obligatoire pour le contrôle de l'exécution des travaux; ensuite le recours à un architecte n'est pas obligatoire pour les personnes physiques qui souhaitent faire réaliser pour elles-mêmes des travaux de construction (à usage autre qu'agricole) dont la surface de plancher hors œuvre nette n'excède pas 170 m². Comme le soulignent P. Malinvaud et P. Jestaz, cette dérogation au principe « [...] représente un vaste domaine en matière de construction de maisons individuelles »⁷². Par cette dérogation, selon des études récentes, près de 70 % des constructions actuelles se réaliseraient sans l'assistance d'un architecte⁷³. En Allemagne, le monopole de l'architecte, limité à la seule conception de l'ouvrage (sa signature étant requise pour l'obtention d'un permis de construire), est automatiquement partagé avec les personnes jouissant du titre de *Berater/Ingenieur* (ingénieur conseil). Quant à l'architecte italien, son intervention n'est obligatoire que pour la conception et le contrôle des travaux relatifs à certains types de bâtiments bien spéci-

⁷¹ Loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture; la protection du titre est organisée en France depuis une loi du 31 décembre 1940.

⁷² Voy. l'article R. 421-1-2 du Code de l'Urbanisme. Le recours à un architecte n'est pas non plus obligatoire pour les travaux soumis à permis qui concernent exclusivement l'aménagement et l'équipement des espaces intérieurs; certaines exceptions sont également prévues pour les travaux à usage agricole effectués pour des personnes physiques. Sur le monopole de l'architecte en France, voy. entre autres H. PÉGINET-MARQUET, « Architectes: statuts et mode de passation des contrats », in P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2007, pp. 11 et suiv., spéc. pp. 12-13; A. GOURIO, « Le monopole des architectes », *J.C.P.*, 1980, I, 2989.

⁷³ P. MALINVAUD, P. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAPOND, *Droit de la promotion immobilière*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 67. Lors de la réforme de la profession au début des années 2000, il fut envisagé d'étendre le monopole à la quasi-totalité des travaux, en rendant l'obligation de recourir à un architecte non plus au-delà de 170 m², mais de 20 m². Cette modification ne fut finalement pas entérinée (voy. à ce sujet M. HUFER, « La profession d'architecte sous ordonnance (commentaires de l'ordonnance du 26 août 2005 portant réforme de la loi du 3 janvier 1977 sur l'Architecture) », *R.D.I.*, 2006, pp. 1 et suiv.; G. LIFF-VEAUX, « Une réforme de la profession d'architecte », *Constr. Urb.*, 2005/11, pp. 10 et suiv.).

⁷⁴ Voy. F. BARRÉ (dir.) et R. HACQUIN (coord.), *Etre architecte. Présent et avenir d'une profession*, coll. Idées et débats (Centre des monuments nationaux), Paris, éd. du Patrimoine, 2000, p. 197.

finies⁷⁵. Dans les autres États membres de l'Union européenne également, point de monopole aussi étendu qu'en Belgique; notre pays se démarque par l'amplitude du monopole, qui porte sur l'exercice des deux missions: conception, mais surtout contrôle de l'exécution des travaux.

20 Or, les hypothèses de condamnation *in solidum*, source du risque relevé par la Cour constitutionnelle, découlent généralement d'un manquement de l'architecte, soit à sa mission de conception, soit à sa mission de contrôle de l'exécution du chantier. La Cour d'arbitrage avait, dans son arrêt du 10 octobre 2001⁷⁶, très justement considéré que le monopole légal octroyé à l'architecte justifiait la responsabilité personnelle de ce dernier. Cette responsabilité personnelle ayant disparu avec l'adoption de la loi du 15 février 2006, ne pourrait-on considérer que l'assurance obligatoire, qui, aux yeux mêmes du législateur⁷⁷, a remplacé le principe de la responsabilité personnelle de l'architecte, se trouve aussi justifié par le monopole octroyé à l'architecte?

21 En résumé, le maintien en Belgique du large monopole de l'architecte nous paraissait donc offrir une justification raisonnable à la différence de traitement relevée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 juillet 2007. Ce monopole justifiait la différence de traitement constatée auparavant entre les architectes, responsables sur leurs deniers personnels, et les autres intervenants du secteur de la construction; nous n'apercevons pas de raison suffisante permettant de considérer que cette justification ne puisse également s'appliquer au principe de l'assurance obligatoire de l'architecte qui, selon nous, vient combler le vide laissé par la suppression du principe de la responsabilité personnelle de celui-ci.

⁷⁵ A savoir les bâtiments: (i) présentant une structure métallique ou en béton (article 2 de la loi n° 1086 du 5 novembre 1971); (ii) situés en zone sismique (article 3 de la loi n° 64 du 2 février 1974); et (iii) ayant une valeur artistique (monuments historiques) (article 52, alinéa 2 du décret n° 2537 du 23 octobre 1925 pris en exécution de la loi organisant la profession).

⁷⁶ C.A., 10 octobre 2001, A.J.T., 2001-2002, p. 781; R.J.L., 2001, p. 16; *Cah. Dr. Imm.*, 2002, liv. 1, p. 10; *J.L.M.B.*, 2001, p. 1816, note B. LOUVEAUX.

⁷⁷ Voy. l'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale (devenu loi du 15 février 2006): « Les architectes, contrairement aux entrepreneurs, assument (leur) responsabilité personnellement sur leurs biens propres (...). La garantie du maître de l'ouvrage semble aujourd'hui davantage résider dans l'assurance de l'architecte que dans sa solvabilité présumée » (*Doc. Parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1920/01, p. 4).

II. Vers une réforme de l'assurance en droit de la construction ?

a. À propos de la généralisation de l'assurance de la responsabilité des constructeurs

22 Une évolution du droit belge en ce qui concerne l'assurance dans le secteur de la construction paraît inéluctable. À cet égard, l'on ne peut, bien entendu, que souhaiter une proposition concertée communément soutenue par l'ensemble des professionnels du secteur. À défaut d'une telle position, les pouvoirs publics pourraient, étant donné l'appel clairement effectué en ce sens par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 juillet 2007, imposer d'initiative une solution non négociée⁷⁸.

Tel semble du reste être la solution qui risque de se profiler, *a priori*, si la proposition de la loi du 5 janvier 2010 « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers » devait recevoir le soutien politique nécessaire à la poursuite de son parcours législatif et, surtout, exécutif – la proposition de loi n'étant qu'une « coquille vide », se limitant à énoncer le principe du caractère obligatoire de l'assurance et laissant pour le surplus toute initiative au Roi.

23 Nous avons du reste annoncé qu'une telle intervention nous paraissait s'imposer à bref délai⁷⁹, en raison d'une part des conséquences potentielles de l'arrêt du 12 juillet 2007 au regard des principes du droit de la responsabilité extra-contractuelle, mais également suite aux développements récents du droit européen.

⁷⁸ Dans sa note de politique générale du 14 avril 2008, la Ministre des PME, des Indépendants, de l'Agriculture et de la Politique Scientifique, sur la question de l'assurance obligatoire, semble privilégier la concertation, du moins dans un premier temps: « La loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007. Par ailleurs, la question de l'obligation d'assurance aux entrepreneurs devra certainement encore être débattue (...). J'organiserai également, en concertation avec les acteurs concernés (architectes, entrepreneurs, consommateurs et assureurs) et en collaboration avec mon collègue en charge des assurances, une réflexion sur la mise en place d'une assurance obligatoire généralisée pour le secteur de la construction en Belgique » (*Doc. Parl.*, 2007-2008, 995/013, p. 12).

⁷⁹ Voy. B. KOHL, « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », note sous C.Const., 12 juillet 2007, R.G.D.C., 2008, pp. 394 et suiv., spéc. p. 406.

Premièrement, il existe en effet un risque non négligeable de mise en cause de la responsabilité de l'État du fait de la carence législative.

Le principe même de cette responsabilité ne peut plus sérieusement être mis en doute⁸⁰, à tout le moins lorsque cette carence est stigmatisée par un arrêt de la Cour constitutionnelle⁸¹ : une fois que celle-ci a jugé, en droit, qu'une lacune dans la législation constitue une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, cette lacune constitue une faute du législateur au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, obligeant l'État à réparer le dommage éventuellement causé par celle-ci⁸².

En l'espèce, l'on ne peut exclure une multiplication de procès en responsabilité contre l'État, en raison de dommages que pourraient subir, par exemple des maîtres d'ouvrage qui, ayant obtenu la condamnation du seul entrepreneur à la réparation d'un vice résultant de la faute de ce dernier, se trouveraient dans l'impossibilité de récupérer leur créance d'indemnité, en raison de la faille de cet entrepreneur et de l'absence d'assurance couvrant la responsabilité de celui-ci⁸³.

⁸⁰ Voy. l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 septembre 2006 (J.T., 2006, p. 594, concl. J.F. LECHECQ; J.L.M.B., 2006, p. 1548, note J. WILDEMEERSCH et note M. UYTENDAELE; N.J.W., 2007, p. 319, note I. BOONE; R.A.B.G., 2007, p. 320, note C. VERRUGEN; Rev. Not., 2006, p. 648, note D. STAECKX; R.W., 2006-2007, p. 27, note A. VAN OVELEEN), dans lequel la Cour décide que « le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative ».

⁸¹ La Cour constitutionnelle détient en effet le monopole pour statuer sur la constitutionnalité des lois, de sorte que l'incompétence corrélatrice du juge judiciaire sur ce point semble faire du recours en annulation ou de la question préjudicielle le préalable obligé à toute action en responsabilité du fait de la loi (voy. dans ce sens A. VAN OVELEEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *T.v.W.*, pp. 400 et suiv., spéc. p. 410 et réf. citées). Certains auteurs sont cependant plus nuancés : « La progressive soumission de la loi à un contrôle juridictionnel de validité au regard des normes nationales ou internationales – qui lui sont supérieures est un jalon indispensable de l'admission d'une responsabilité pour faute de l'État législateur; elle ne l'implique pas nécessairement » (M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 et suiv., spéc. p. 835).

⁸² Voy. sur ce point Y.H. LELU, « L'État responsable pour inertie législative en matière de filiation? », note sous Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 302 et suiv., spéc. p. 303; A. VAN OVELEEN, *op. cit.*, pp. 411-412; R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 287 et suiv., spéc. pp. 289-299; W. VAN GERVEN et S. GOVENMAEKER, *Verbintenisrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 507.

⁸³ Ou bien, variante de cette situation, le cas de l'architecte, condamné *in solidum* avec un entrepreneur non assuré, tenu d'indemniser le maître de l'ouvrage de la totalité du dommage subi sans pouvoir ensuite réclamer à l'entrepreneur sa part, suite à

Ensuite, force est de constater que la Commission européenne a récemment invité les États membres, dans la mise en œuvre de la directive « services »⁸⁴, en particulier son article 23, « (...) à exiger des prestataires établis sur leur territoire et dont les services présentent un risque direct et particulier pour la santé et la sécurité du destinataire ou d'un tiers ou pour la sécurité financière du destinataire, qu'ils souscrivent une assurance responsabilité professionnelle ou fournissent une autre forme de garantie financière. Cette assurance devrait être adaptée à la nature et à l'étendue du risque et une couverture transfrontalière ne devrait être requise que dans la mesure où le prestataire fournit effectivement des services transfrontaliers »⁸⁵.

La directive n'impose aucune ligne de conduite quant aux secteurs concernés, mais l'on s'accorde à considérer que le secteur de la construction en fait partie⁸⁶. Sans exclure la possibilité d'une assurance généralisée, la Commission paraît cependant mettre l'accent sur la protection du consommateur (en « encourageant tous les prestataires dont les services peuvent présenter un risque pour le consommateur à souscrire une assurance »⁸⁷), ce qui, dans le secteur de la construction, se traduit essentiellement par la protection du consommateur, maître de l'ouvrage ou acquéreur sur plan, dans le secteur du logement.

Si une évolution de la situation actuelle paraît inéluctable, nous nous interrogeons cependant sur la voie choisie dans la proposition de loi du 5 janvier 2010 précitée, à savoir une assurance de responsabilité obligatoire et généralisée.

Le coût de l'assurance de responsabilité, lié notamment à la longue durée (minimum dix ans) durant laquelle la couverture serait imposée, ne doit en effet pas être négligé. Par ailleurs, l'obligation d'assurance ne fera pas nécessairement disparaître les entrepreneurs peu scrupuleux

la faille de ce dernier (il s'agit là précisément de l'hypothèse stigmatisée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 juillet 2007); ces deux exemples sont fournis par M. MAERYCK et K. UTTERHOEVEN (*op. cit.*, p. 192).

⁸⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, 27 décembre 2006, L. 76/36.

⁸⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPÉENNES, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Bruxelles, éd. Commission Européenne, 2007, p. 69. Voy. également le considérant 98 de la directive « services ».

⁸⁶ Voy. D. LHOMME, « Le projet de directive services, la liberté de prestation de services et le secteur de la construction: réflexion sur une relation désordonnée? », in M. DÉFOSSÉ, J. SÉNÉCHAL, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Journée franco-belge sur les opérations transfrontalières de construction. Regards sur la liberté de prestation de services*, coll. Contrats et Patrimoine, n° 5, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 195 et suiv., spéc. p. 233.

⁸⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPÉENNES, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, *op. cit.*, p. 69.

travaillant en marge du système, pour des prix défiant la concurrence. Le moyen habituellement choisi pour assurer, néanmoins, la protection de la victime, consiste alors à établir un fonds de garantie amené à intervenir en cas de défaut d'assurance (s'agissant notamment des cas de non-assurance, de non-paiement des primes, etc.). Ce système pourrait donc installer une concurrence déloyale entre les entrepreneurs respectueux de leurs obligations légales, et ceux qui omettent de souscrire l'assurance obligatoire.

Par ailleurs, l'on peut se poser la question de la justification d'une obligation d'assurance de la responsabilité d'un professionnel de la construction, alors que pareille obligation n'existerait pas, par exemple, pour le fournisseur des matériaux. À l'heure où se décloisonnent les catégories juridiques classiques, notamment sous l'influence du droit européen, et où, dans le cadre de multiples réglementations, le « vendeur de produits » est soumis au même régime que le « vendeur de services »⁸⁸, l'exercice de détermination des professionnels soumis à l'obligation d'assurance et de ceux qui ne le seront pas, s'avérera être une mission particulièrement délicate, qui pourrait du reste, à défaut de précautions suffisantes, engendrer de nouvelles inégalités de traitement. Ainsi, dans la proposition de loi du 5 janvier 2010, l'obligation d'assurance repose uniquement sur « les entrepreneurs », définis à l'article 2 comme « toute personne physique ou morale qui s'engage à effectuer pour le compte d'autrui, moyennant paiement, en toute indépendance mais sans pouvoir de représentation, un travail immobilier donné, en posant des actes matériels ». Lier l'obligation d'assurance à la recherche préalable de la qualification d'une relation contractuelle nous paraît hasardeux, lorsqu'on garde en mémoire les incertitudes liées à la qualification des contrats spéciaux⁸⁹. L'entrepreneur qui, hors loi Breyné, vend un immeuble qu'il construit ou fait construire « en l'état futur d'achèvement » sera-t-il ainsi exclu du régime de l'assurance obligatoire pour le seul motif que la relation contractuelle serait qualifiée de vente, plutôt que de louage d'ouvrage ? Un régime différent sera-t-il réservé à une même entreprise, selon qu'elle fournit pour certains clients un bien, meuble ou immeuble, sur mesure (louage d'ouvrage) alors que pour d'autres, la prestation s'apparente plutôt à une livraison « sur catalogue » du bien (vente) ?

Enfin, pour les défauts véniels, et spécialement pour ceux qui surviennent à l'occasion ou peu de temps après la réception provisoire de

⁸⁸ Voy. par exemple l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

⁸⁹ Voy. notamment A. FERRIERS, « L'option préliminaire : commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire », *Act. dr.*, 1991, pp. 861 et suiv.

l'ouvrage, il nous paraît ici opportun de renouveler le constat opéré par P. FONTAINE voici près de dix ans : « En Belgique, [...] l'immense majorité des " conflits de fin de chantier " trouve finalement son issue dans des compromis plus ou moins équilibrés, qui échappent à tout débat juridictionnel⁹⁰. » La mise en place d'un mécanisme d'assurance obligatoire, par son côté formaliste, ne risquerait-elle pas d'ébranler ce *modus vivendi*, les constructeurs se réfugiant derrière l'assurance et refusant de prêter leur concours à la solution amiable des différends techniques mineurs en fin de chantier ?

27

En réalité, le problème lié à l'absence d'assurance obligatoire généralisée nous paraît mal posé. Ainsi que nous venons de le démontrer, ce n'est pas le constat d'un déséquilibre dénué de justification entre les architectes et les autres professionnels du secteur de la construction, lié au mécanisme de la responsabilité *in solidum*, qui nous paraît devoir justifier la généralisation de l'assurance obligatoire. Au contraire, plusieurs arguments nous ont poussé à remettre en question cette vision des choses.

Toutefois, il n'en résulte pas nécessairement que l'idée d'une réforme du système de l'indemnisation des dommages en droit de la construction serait dénuée de tout sens.

b. Quelques pistes de réflexion

28

Nous proposons ci-après quelques pistes qui pourraient nourrir la réflexion dans la perspective d'une réforme de l'indemnisation du maître de l'ouvrage dans le secteur de la construction. Il ne s'agit bien entendu pas des seules solutions qui existent et les propositions que nous formulons ci-après présentent assurément l'un ou l'autre inconvénient.

Plutôt que d'établir une large obligation d'assurance de la responsabilité des professionnels de la construction – aux assises incertaines et au coût important –, nous suggérons de réfléchir à la voie de la garantie « extrinsèque » contre l'insolvabilité de ceux-ci, c'est-à-dire une garantie fournie par un établissement tiers, supplantant l'éventuelle carence de l'entrepreneur face à ses obligations. Car finalement, le reproche formulé par les (assureurs des) architectes dans le cadre du mécanisme de l'*in solidum* trouve en réalité sa source dans l'impossibilité, une fois les parts de

⁹⁰ P. FONTAINE, « La réponse de l'assurance : examen des couvertures et de leur évolution. Partie II. L'assurance face aux risques des entreprises de construction », in B. DUBISSON et M. FONTAINE (éd.), *Les assurances de la construction en Belgique*, coll. Droit des Assurances, n° 12, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 107 et suiv., spéc. p. 135.

responsabilité respectives de chacun des intervenants déterminées par le juge, de récupérer, au stade la contribution à la dette, les sommes décaissées, en raison de l'insolvabilité de l'un ou l'autre des responsables⁹¹.

À nos yeux, cette garantie pourrait être limitée au seul secteur de la construction résidentielle (i); sa mise en place pourrait s'organiser par la voie de l'autorégulation (ii); son contenu devrait répondre à certaines exigences (iii).

1. Le champ d'application de la garantie « extrinsèque » contre l'insolvabilité: d'abord la construction résidentielle ?

À nos yeux, si un système de garantie devait être mis en place, nous pensons qu'il y aurait lieu de limiter ce dernier au seul secteur dans lequel le défaut d'assurance pose réellement question, à savoir celui de la construction d'habitations.

En effet, force est de constater que, dans les chantiers d'importance, le maître de l'ouvrage aura, la plupart du temps, veillé à imposer à son cocontractant, entrepreneur ou ingénieur, la souscription d'une assurance de la responsabilité couvrant les risques liés, notamment, à la responsabilité décennale⁹².

C'est d'ailleurs dans cette voie que, dès 1989, semblait se diriger l'Union européenne dans sa réflexion sur une harmonisation des garanties et des assurances dans la construction. Dans son étude commandée sur ce thème par la Commission européenne, C. Mathurin émettait l'opinion suivante: « [...] si un système juridique commun est mis en place pour encadrer la production d'ouvrages de construction, il doit donner la priorité à la

⁹¹ Voy. en ce sens, entre autres, J. ARON: « Ces condamnations [in *solidum*] prononcées dans le souci légitime de protéger les victimes débouchent presque toujours sur une répartition inégale du montant de la réparation, la partie la plus importante restant à charge des intervenants solvables ou convenablement assurés. Dans une matière où les responsabilités sont d'aussi longue durée, la faillite des intervenants organisés sous forme de société commerciale pèse d'un poids supplémentaire sur la répartition inégale des réparations. Dans le secteur de la construction, où l'on dénombre environ quatre-vingts faillites d'entreprises, petites ou grandes, tous les mois, ceci paraît presque une évidence » (J. ARON, « L'évolution du rôle et des responsabilités en droit de la construction. Le point de vue de l'architecte: un intervenant obligatoirement assuré », in B. DUBOUSSON et M. FONTAINE (éd.), *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives*, coll. Droit des assurances, n° 12, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 73 et suiv., spéc. p. 77).

⁹² Sur cette assurance, voy. entre autres A. DELVAUX, « L'assurance de la responsabilité dans la construction. Volume 3 », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre VII, Dossier 75ter, Bruxelles, Kluwer, 2001.

protection du consommateur»⁹³; en effet, selon les enquêtes qu'il avait menées, « [...] parmi les objectifs à atteindre, celui de la protection du consommateur arrive en tête et pour certains, devrait être le seul »⁹⁵.

Dans le même sens, la Commission déclarait elle-même, en 1990, qu'à part pour certaines matières dans lesquelles un chevauchement est possible avec le secteur de la construction (notamment le génie civil), priorité devait être accordée au sous-secteur spécifique de la construction d'immeubles résidentiels, pour, seulement ensuite, s'intéresser éventuellement aux autres sous-secteurs couvrant le génie civil ou la construction de bâtiments industriels ou commerciaux⁹⁶. En ce sens, soulignait aussi V. Van Houtte (au départ d'une analyse des droits belge et néerlandais), « (...) de vraag stelt zich dan ook of het, vooral in een tijdperk waar onder impuls van de EG Commissie voorbereidend werk wordt gedaan voor een harmonisering van het bouwrecht of bepaalde aspecten daarvan in de Gemeenschappelijke Markt (Cf. Mathurin-studie & GRDM-werk), nog zin heeft om verschillende nationale regelingen te maken in buurlanden die vergelijkbare bouwtradities hebben bovendien nog een gemeenschappelijke taal. Wanneer het beoogde doel hetzelfde is (bescherming van de consument van woningen) zou het

⁹³ C. MATHURIN, *Etude des responsabilités, des garanties et des assurances dans la construction en vue d'une harmonisation au niveau communautaire. Rapport final*, Bruxelles, éd. Commissions des Communautés Européennes, II/8326/89-FR, 1989, spéc. p. 39 sub. 1.

⁹⁴ Et avant la Commission, le Parlement européen, dans sa résolution 13 octobre 1988 sur la nécessité d'une action communautaire dans le secteur de la construction (Doc. A2-188/88, J.O., C 290/150 du 14 novembre 1988), avait déjà mis l'accent sur la protection du consommateur dans ce secteur, demandant à la Commission « (...) de recommander aux Etats membres d'assurer une meilleure protection juridique et technique des consommateurs et insistant) pour qu'ils parviennent à une harmonisation des normes qui régissent la garantie après-vente des logements » (point n° 10 de la résolution).

⁹⁵ C. MATHURIN, *op. cit.*, spéc. p. 36.

⁹⁶ Commission Working Document of 2 July 1990, *Possible action to be taken on the study of responsibilities guarantees and insurances in the construction industry with a view to harmonization at Community level*, Comm. C.E., III/3750/90-EN, p. 7. Voy. également l'étude de V. VAN HOUTTE (« The impact of Europe upon the construction industry », I.C.L.R., 1991, pp. 209 et suiv.), faisant état des conclusions d'une rencontre d'experts membres du G.R.I.M. (*Groupe de Réflexion, Information et Management*), ayant eu lieu le 25 octobre 1991 afin de rendre un avis sur le Document de la Commission du 2 juillet 1990: « (...) No majority could be found (...) among the Member States represented, in favour of further action towards harmonisation, notwithstanding the fact that the Commission had already proposed to restrict the harmonisation exercise to the field of residential construction at first stage. This particular focus follows from the fact that there seems to be a general consensus that the first objective of any harmonisation measures which the Commission would undertake is consumer protection ».

moeten mogelijk zijn om een voor beide landen voldoende gevende oplossing te vinden»⁹⁷.

Enfin, plusieurs commentateurs du récent « Plan d'action » de la Commission sur le droit européen des contrats⁹⁸ observent que le fossé entre les contrats commerciaux et les contrats conclus avec les consommateurs devient de plus en plus important, de sorte que l'on peut se demander s'il est encore raisonnable de parler de « droit des contrats » en des termes généraux au niveau européen. Ces auteurs suggèrent qu'en ce qui concerne « l'option IV » du Plan d'action (c'est-à-dire celle qui, contrairement aux trois premières options, vise à la création par les institutions européennes d'un nouvel instrument optionnel, tel un code par exemple, en droit européen des contrats), la Commission devrait plutôt concentrer ses activités sur la préparation d'un droit européen de la consommation⁹⁹. Par ailleurs, même s'il ce droit n'est pas entièrement autonome par rapport au droit des contrats, cette branche-là présente néanmoins un degré suffisant de spécificité pour donner lieu à une harmonisation distincte¹⁰⁰.

31 Cette priorité, prônée au niveau européen, ne pourrait-elle, à l'échelon belge également, résider au cœur de la réflexion sur la réforme de l'in-

⁹⁷ V. VAN HOUTTE, « Inleiding inzake de Belgische Wet 'Breyne' en de consumentenbescherming zoals geregeld in afd. 2 van titel 7.12 van het NBW », B.R., 1991, pp. 191 et suiv., spéc. p. 195.

⁹⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action (J.O., C. 63/1 du 15 mars 2003)*.

⁹⁹ Voy. entre autre les arguments de J.M. SMITS et R.R.R. HARDY, « De toekomst van de Europese contractenrecht », W.P.N.R., 2002, pp. 827 et suiv.; W. VAN BOOM, « Algemeen en bijzondere regelingen in het vermogensrecht », R.M.Themis, 2003, pp. 297 et suiv., spéc. p. 300. D'autres auteurs en revanche plaident pour une intégration du droit de la consommation dans le code civil ou les principes du droit des contrats (voy. notamment E. HONDIUS, « Consumer Law and Private Law: the Case for Integration », in W. HEUSEL (éd.), *Le nouveau droit des contrats et la protection du consommateur. Concepts de la réglementation communautaire et leurs conséquences pour le droit civil national*, Série de Publications de l'Académie de Droit européen de Trèves, vol. 25, Trèves, E.R.A. Publ., 1999, pp. 19 et suiv.; id., « The Notion of Consumer: European Union versus Member States », *Sydney L.R.*, 2006, pp. 89 et suiv., spéc. pp. 97-99).

¹⁰⁰ Voy. J. CALAIS-AULROY, « Un Code européen de la consommation? », in F. OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 399 et suiv., spéc. pp. 408-409. D'ailleurs, pareille harmonisation serait sans doute bien plus aisée à faire accepter qu'un code européen des contrats: les législations consomméristes des Etats membres sont déjà, grâce aux multiples directives spécifiques, relativement proches les unes des autres, de sorte qu'une harmonisation globale pourrait constituer une étape plus facile à franchir. Voy. dans ce sens E. TRUIHLÉ-MARENGO, « Towards a European Law of Contracts », E.L.J., 2004, pp. 463 et suiv.

demissionation dans l'industrie de la construction? Ainsi que l'observait P. Fontaine, « [...] le système belge d'assurances du secteur de la construction n'a pas véritablement d'orientation consumériste, mais vise prioritairement à garantir le patrimoine des professionnels de la construction par le biais de l'assurance de responsabilité. La Belgique n'a, jusqu'à présent, pas fait le choix de couvrir prioritairement les maîtres d'ouvrage, contrairement à la pratique adoptée en ce sens par d'autres pays voisins »¹⁰¹. Nous sommes d'avis qu'un tel changement dans les mentalités pourrait s'amorcer.

Ce constat s'opère également à la lecture des travaux préparatoires de la loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale: plus que la protection du patrimoine du responsable – en l'espèce l'architecte –, bénéficiant désormais de la responsabilité limitée qu'offrent certaines formes de sociétés, la protection du maître de l'ouvrage se trouve en réalité au cœur des préoccupations du législateur¹⁰². Or, parmi les différentes catégories de maîtres de l'ouvrage, le consommateur se trouve habituellement le plus démuné, soit ignorant l'importance de la couverture de son bien contre les défauts de construction (quelle que soit la forme de l'assurance), soit incapable d'exiger de son cocontractant la justification de la souscription d'une telle police.

2. Le caractère obligatoire de la garantie contre l'insolvabilité: à propos des vertus de l'autorégulation

À cet égard, le débat autour de l'assurance dans le secteur de la construction pourrait avantageusement être abordé sous un autre angle que celui limité au seul recours aux lois et règlements. Ainsi, plusieurs États membres de l'Union européenne connaissent un mécanisme de garantie « extrinsèque » contre les défauts cachés dans le secteur du logement, mis en place, non à la suite d'une intervention de l'autorité (comme c'est par exemple le cas de l'assurance dommages ouvrage en France), mais bien par un mécanisme d'autorégulation, dont le développement, au niveau interne, mais également au niveau communautaire, est recommandé par

¹⁰¹ P. FONTAINE, « La réponse de l'assurance: examen des couvertures et de leur évolution. Partie II. L'assurance face aux risques des entreprises de construction », *op. cit.*, spéc. p. 139.

¹⁰² Voy. en ce sens C. PARIS, *op. cit.*, spéc. p. 238. L'auteur cite dans ce sens Y. LAMBERT-FAYVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 27.

l'Union européenne¹⁰³. Telle est par exemple la situation en Angleterre et aux Pays-Bas.

33 À titre d'illustration, il ne paraît dès lors pas inutile, dans les quelques lignes qui suivent, d'exposer brièvement le système des garanties et assurances en droit néerlandais de la construction, dans le secteur résidentiel¹⁰⁴.

34 Aux Pays-Bas, la liberté de la souscription d'une assurance concerne l'ensemble des intervenants du secteur de la construction. Cette liberté vise même les architectes néerlandais, qui ne sont pas légalement tenus, comme leurs collègues belges, de s'assurer¹⁰⁵. La protection des consommateurs est adéquatement assurée dans ce pays via la «garantie G.I.W.». Cette garantie, qui couvre près de 85% des nouvelles constructions, béné-

¹⁰³ Voy. par exemple l'article 37 de la directive «services» (directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O., 27 décembre 2006, L. 76/36): «Les États membres, en collaboration avec la Commission, prennent les mesures d'accompagnement pour encourager l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire, en particulier par des ordres, organismes ou associations professionnels, en vue de faciliter la fourniture de services ou l'établissement d'un prestataire dans un autre État membre, dans le respect du droit communautaire». Voy. également dans ce sens le «Livre blanc sur la Gouvernance européenne» (COMMISSION EUROPÉENNE, *Gouvernance européenne. Un Livre Blanc*, COM(2001) 428 final), dans lequel la Commission recommande de recourir plus fréquemment aux «directives-cadres», lesquelles offrent une plus grande flexibilité quant à leur mise en œuvre et peuvent être approuvées plus rapidement par le Conseil et le Parlement européen; ces directives sont limitées aux éléments essentiels (droits et obligations fondamentaux, conditions de leur mise en œuvre), en laissant à l'exécutif le soin de veiller aux modalités techniques. La Commission précise surtout que ces mesures d'application peuvent, dans certaines conditions, être élaborées dans le cadre de la corégulation: «la corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. Ceci conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes» (COMMISSION EUROPÉENNE, *op. cit.*, p. 24). Voy. entre autres à ce sujet E. DEGRAVE, «Mieux légiférer». La corégulation et l'autorégulation dans la politique législative européenne», *J.T.D.E.*, 2007, pp. 232 et suiv.

¹⁰⁴ Pour une description plus approfondie du droit néerlandais de la construction, voy. B. KOHL, «Le nouveau droit néerlandais de la construction. Tour d'horizon (et source d'inspiration?)», *Enhr. et dr.*, 2008, pp. 99 et suiv., spéc. pp. 100-122.

¹⁰⁵ Certes, les architectes affiliés au *Bond van Nederlandse Architecten* (B.N.A.) ont, en vertu des statuts de cette association, l'obligation d'assurer leur responsabilité, mais seuls les plus grands bureaux d'architecture sont membres du B.N.A., de sorte que près de 2/3 des architectes néerlandais ne sont pas soumis à cette obligation (voy. S. VAN GULIK, «Het Belgische architectenrecht; een explosieve cocktail», *B.R.*, 2006, pp. 995 et suiv., spéc. p. 1000).

ficie au consommateur grâce au renvoi qui y est opéré dans le modèle de contrat *koop/aanmerkingsovereenkomst* signé entre les parties¹⁰⁶. De très nombreuses entreprises du secteur de la construction offrent à leurs clients de construire leur habitation sous le régime G.I.W.¹⁰⁷. Presque tous les entrepreneurs ou promoteurs d'envergure nationale ou régionale sont ainsi indirectement affiliés à cet organisme. Le Gouvernement incite d'ailleurs les particuliers à exiger la garantie G.I.W. de leurs cocontractants, tandis que de nombreuses communes imposent également cette affiliation aux promoteurs intéressés par des investissements sur leur territoire¹⁰⁸. Enfin, l'utilisation de ce contrat modèle, approuvé par le ministère VROM, conditionne également l'obtention par le particulier de certains subsides pour l'acquisition de son habitation¹⁰⁹.

La garantie G.I.W. après achèvement, fournie par le «*Woningborg*» (et couplée à une garantie contre l'inachèvement, qui peut être comparée aux mécanismes que nous connaissons au travers de la loi Breynne), a pour objet la qualité de l'ouvrage livré, et vient compléter les obligations du professionnel en matière de responsabilité pour les vices cachés. Cette garantie prend naissance trois mois après la livraison de l'ouvrage, et dure en principe six ans¹¹⁰; certaines parties de l'ouvrage sont néanmoins

¹⁰⁶ Voy. les articles 9 et 10 du contrat modèle *koop/aanmerkingsovereenkomst*. La délivrance du certificat de garantie constitue d'ailleurs une condition suspensive de ce contrat.

¹⁰⁷ Mille six cents entreprises en 2003 (voy. GARANTIE INSTITUUT WONINGBOUW, *GIW-Garantie- en waarborgregeling Appartementen A.2003*, La Haye, G.I.W. éd., 2003, p. 3. 108 MINISTÈRE VAN VROM, *Een nieuw woonwoning kopen: ken uw rechten!*, La Haye, Ministerie van VROM éd., 2005, p. 14.

¹⁰⁹ S.C.J.J. KORTMANN, L.J.M. DE LEDE et H.O. THONNISSEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel III. Overeenkomst van opdracht. Arbeidsovereenkomst. Aanmerking van werk*, 7^e éd., Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 358.

¹¹⁰ La question de savoir si un nouveau délai de garantie de six ans prend naissance à dater du moment où la réparation est effectuée par le professionnel, est controversée. Le *Raad van Arbitrage*, dans une sentence du 18 février 2005 (sentence n° 25.697, *B.R.*, 2005, p. 820), a répondu positivement à cette question. Cette solution est critiquée par P.E.M. KLEIN et M.M. VAN ROSSUM, sauf dans le cas où les parties auraient marqué leur accord pour une telle prolongation (P.E.M. KLEIN et M.M. VAN ROSSUM, «Ontwikkelingen en tendensen bij koop en verkoop van onroerende zaken en aanmerking van werk», *B.R.*, 2006, pp. 1 et suiv., spéc. p. 12). La solution adoptée par le *Raad van Arbitrage* est néanmoins conforme à la jurisprudence développée, en droit de la construction en général, et selon laquelle un nouveau délai commence à courir à dater de la réparation, mais à la condition que l'entrepreneur soit responsable de défaut, que la réparation soit substantielle, et que celle-ci soit effectuée par l'entrepreneur lui-même (voy. à ce sujet M.A.B. CHAO-DUUIS, «Note sous RvA 18 février 2005», *B.R.*, 2005, pp. 820 et suiv., spéc. p. 822).

soumises à des délais de garantie raccourcis¹¹¹. Par ailleurs, en cas de défauts graves, qui portent atteinte à la stabilité de tout ou partie de l'ouvrage, la période de couverture est portée à dix ans¹¹². Le consommateur peut faire appel à cette garantie dans deux hypothèses: (i) en cas de défaillance de l'entrepreneur ou du promoteur après le commencement du délai de garantie (c'est-à-dire à l'expiration du délai de trois mois après la réception) ou (ii) lorsque l'entrepreneur ou le promoteur ne se conforme pas à une sentence d'un arbitre de l'A.I.G. («*Arbitrage Instituut GfW Woningen*»), aux termes de laquelle celui-ci a été condamné à réparer un défaut entrant dans le champ d'application de la garantie G.I.W. Par ailleurs, l'intervention financière du G.I.W. est limitée à la somme de 100 000 euros (hors TVA et indexable) par habitation, pour toute la durée de la période de garantie¹¹³. Enfin, l'arbitrage A.I.G. néerlandais est (presque) gratuit pour le consommateur: en effet, le droit de greffe de 300 euros lui sera restitué, sauf s'il succombe dans ses prétentions à plus de 75 %¹¹⁴.

35 Certes, le secteur belge de la construction ne connaît pas encore d'organisme qui, à l'image du G.I.W., rassemblerait tant les professionnels de la construction (constructeurs et promoteurs) que les représentants des consommateurs (ainsi que des pouvoirs publics, voire, pourquoi pas, des professionnels de l'assurance et du crédit hypothécaire). Cette voie nous paraît néanmoins séduisante, et tout à fait praticable en Belgique (elle est du reste déjà expérimentée dans le cadre la Commission de conciliation-construction¹¹⁵), à tout le moins si l'on prend soin de la limiter aux acti-

111 Les différents délais (ainsi que les exclusions) sont mentionnés dans l'annexe 1 («*garantietermijnen*») du Règlement de garantie G.I.W. *Garantie- en waarborgregeling 2007*. Par exemple, la garantie liée aux ascenseurs, installations d'eau, de gaz et d'électricité, de chauffage, de conditionnement d'air, etc., est de deux ans; celle relative aux sanitaires, travaux de peinture, etc... est de un an; celle relative aux installations d'alarmes, de vidéo-surveillance, etc., est de six mois (voy. la liste énoncée à l'article 1.3. de l'annexe 1 précitée).

112 Voy. l'article 1.2. de l'annexe 1 du G.I.W. *Garantie- en waarborgregeling 2007*.

113 Si le défaut atteint la partie privative d'un immeuble collectif, l'intervention est limitée à 15.000 euros; pour les parties communes, le montant maximum est fixé à 35.000 euros, fois le nombre d'appartements. Voy. GARANTIE INSTITUUT WONINGBOUW, *GfW-Garantie - en waarborgregeling 2007*, La Haye, G.I.W. éd., 2007, p. 10.

114 Article 5 § 4 du Règlement d'arbitrage du A.I.G.

115 Sur cette Commission et son fonctionnement, voy. entre autres C. QUINTELLIER, K. TENGROOTENHUYSEN et B. ALLEMEERSCH, «*Bouwen en procesrecht. Hoofdstuk 2. Eigenlijke geschillenregeling*», in K. DEKELLAERE, M. SCHOUFS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek bouwrecht*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 1058 et suiv., spéc. pp. 1068-1079; B. ALLEMEERSCH, «*De procedure voor de Verzoeningscommissie Bouw. Een kritische commentaar*», T.B.O., 2003, pp. 77 et suiv.; G. COENE, «*De Verzoeningscommissie Bouw*», D.C.C.R., 2001, pp. 334 et suiv.; B. KOHL, «*La commission de conciliation construction: le point sur deux années d'activité*», D.C.C.R., 2004/65, pp. 81 et suiv.

vités de construction et de promotion du secteur résidentiel (par exemple celles qui entrent dans le champ d'application de la loi Breynne).

36 La question se pose bien entendu de savoir comment assurer l'effectivité de la protection accordée aux consommateurs par la mise en place d'un système autorégulé.

37 La méthode la plus simple et la plus efficace serait sans doute de faire de l'affiliation à cet organisme et de l'adhésion à son Code de conduite - dont l'obligation de fournir une garantie constituerait l'une des obligations -, une condition préalable à l'obtention d'une autorisation d'exercer la profession de constructeur dans le secteur de la construction d'habitations¹¹⁶. Ce principe s'applique déjà aux professions qui sont régies par une déontologie, produite par un ordre professionnel: l'affiliation à l'ordre ou l'institut professionnel, et l'obligation corrélatrice d'en respecter les normes, conditionnent, souvent en vertu de la loi elle-même, l'accès à la profession. De même, pour la passation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger de tout constructeur qu'il fasse la preuve de son habilitation à exercer l'activité professionnelle requise pour l'exécution du marché (inscription à un registre de commerce, déclaration sous serment, autorisation spécifique ou appartenance à une organisation spécifique)¹¹⁷.

Dans le secteur de la construction d'habitations, un tel système d'affiliation obligatoire n'existe certes pas encore. Toutefois, notre étude de droit comparé nous paraît avoir démontré que, si les pays dans lesquels le *Soft Law* a acquis une place de choix dans la régulation du secteur de la construction d'habitations (par exemple aux Pays-Bas, mais également en Angleterre) ne font pas, formellement, de l'adhésion à l'organisme d'autorégulation une condition d'accès à la profession, *de facto*, la plupart des entreprises de promotion immobilière ou de construction s'affiliaient néanmoins audit organisme, parce que cette exigence était généralement posée, en Angleterre par les *building societies*, délivrant leurs crédits hypo-

116 Voy. dans ce sens P. NIHOUL, «*Le Soft Law et l'intérêt du consommateur*», R.E.D.C., 2001, pp. 113 et suiv., spéc. p. 127: «*L'adhésion à un code de bonnes pratiques peut devenir une condition pour obtenir une licence, exigée pour lancer une affaire, et accordée par un régulateur*». Par exemple, F. CARAGGI relève que, dans le domaine du sport, une licence obligatoire est imposée aux agents de joueurs de football en application d'un Règlement de la Fédération internationale de football (FIFA) (voy. F. CARAGGI, «*L'autorégulation en droit européen des contrats*», E.J.L.S., 2007/1, spéc. p. 9 (disponible sur le site www.ejls.eu)).

117 Article 46 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (voy. sur ce point A.L. DURVAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 450).

théaires aux clients des promoteurs et, aux Pays-Bas, par les autorités communales mettant de nouveaux terrains à bâtir sur le marché¹¹⁸. Par ailleurs, dans les pays où la loi et les règlements occupent une place prépondérante dans le système de protection du consommateur, l'on relève qu'il fut parfois envisagé, à une certaine époque, d'instaurer, à charge des constructeurs, un mécanisme d'affiliation obligatoire à une déontologie, donc à un ordre professionnel¹¹⁹.

Une autre possibilité consisterait en Belgique à faire usage des perspectives ouvertes par la loi 15 mai 2007 «relative aux accords de consommation», qui permet désormais de rendre applicables à l'ensemble d'un secteur concerné les accords collectifs conclus entre organisations de consommateurs et organisations professionnelles au sein du «Conseil de la Consommation»¹²⁰.

¹¹⁸ Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, op. cit., spéc. p. 103 et p. 223.

¹¹⁹ Ce fut ainsi le cas en Belgique au début des années nonante. Voy. J.L. FAGNART, «L'autorégulation en droit de la consommation», in X. L'auto-régulation, Coll. Fac. Droit ULB, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1 et suiv., spéc. p. 19. Plus généralement, comme l'explique l'auteur, il fut même envisagé l'institution d'une déontologie pour l'ensemble du secteur de la construction: «Certains réclament parfois la création (...) d'un ordre des promoteurs immobiliers. M. Duplat, en sa qualité de président de la Commission d'agrégation des entrepreneurs, préconise la mise en place d'une déontologie qui donnerait aux entrepreneurs des moyens matériels et techniques nécessaires pour pouvoir donner à la clientèle, à sa pleine et entière satisfaction, les services qu'elle attend (J.L. DUPLAT dans *L'Écho de la Bourse*, 5-7 septembre 1992, p. 11, cité par J.L. FAGNART, op. cit., p. 20). Notons que la Commission d'agrégation dont il est question dans cet extrait, est la Commission d'agrégation des marchés publics; aucune agrégation n'est en revanche nécessaire pour l'exercice de l'activité de promoteur ou de constructeur dans le secteur privé.

¹²⁰ Sur cette loi, voy. notamment J.G.J. RINKES, «Europese consumentenrecht», in J.M. VAN BUREN-DEE, E.H. HONDIUS et J.G.J. RINKES, *Jaarboek consumentenrecht 2002*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 29 et suiv., spéc. p. 34; H. SWENNEN, «Consumenten- en consumentenrecht in België: een moeilijke weg», *S.E.W.*, 2007, pp. 58 et suiv. Ce n'est pas la première fois que la Belgique expérimente une telle formule, combinant les avantages du *Hard Law* avec ceux du *Soft Law*. Présent dans les conventions collectives de travail (négoциées par les organisations patronales et syndicales au sein des commissions patrones et pouvant être rendues obligatoires par arrêté royal), ce mécanisme est également à la base de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 permettant l'institution d'une réglementation économique de la production et de la distribution, dont l'article 1^{er} énonce que «tout groupement professionnel de producteurs ou de distributeurs, revêtu de la personnalité civile, peut solliciter l'extension à tous les autres producteurs ou distributeurs, appartenant à la même branche d'industrie ou de commerce, d'une obligation volontairement assumée par lui, concernant la production, la distribution, la vente, l'exportation ou l'importation». Cette requête doit être adressée au Ministre des Affaires Économiques, qui après une procédure fixée par la loi, publie au Moniteur Belge par arrêté royal l'accord collectif. Plusieurs accords collectifs entre producteurs et distribu-

Certes, la technique de négociation collective entre représentants des consommateurs et représentants d'un secteur professionnel existait déjà avant l'adoption de cette loi du 15 mai 2007¹²¹. Celle-ci crée cependant un cadre légal pour cette technique, en permettant de conclure certains codes de bonne conduite (pouvant notamment énoncer les conditions contractuelles générales qui seront proposées aux consommateurs, l'information qui leur sera donnée, les modes de promotion commerciale, les éléments relatifs à la qualité, la conformité et la sécurité des produits et services et les modes de règlement des litiges de consommation) en y associant les organisations de consommateurs, et en permettant également d'encadrer la corégulation, par la fixation de règles auxquelles doit répondre une telle régulation.

Selon l'article 94^{novies} de la loi sur les pratiques de commerces et sur l'information et la protection du consommateur, «les signataires et adhérents d'un accord de consommation veillent au respect de son application. L'accord prévoit la manière dont les plaintes des consommateurs seront traitées. Le non-respect d'un accord de consommation est considéré comme un acte contraire aux usages honnêtes au sens des articles 93 et 94»¹²². Cette disposition, légèrement modifiée, figure désormais à l'article 108 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la

teurs ont ainsi été rendus obligatoires, spécialement dans le secteur du commerce de produits pétroliers (voy. par exemple l'Arrêté royal du 14 janvier 2003 accueillant une requête relative aux contrats conclus entre les fournisseurs et détaillants en produits pétroliers, déposée en application de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 permettant l'institution d'une réglementation économique de la production et de la distribution; pour des exemples antérieurs, voy. J. STUYCK, «Consumer Soft Law in Belgium», *Journ. Cons. Pol.*, 1984, pp. 125 et suiv., spéc. pp. 133-134).

¹²¹ C'est ainsi que des associations de consommateurs ont participé à l'élaboration des «*Algemene leveringsvoorwaarden der textielreinigingsbedrijven*» de la *Nationale Confédération van de Belgische Textielreiniging*, qui concerne le secteur de la teinturerie, de la blanchisserie et du nettoyage à sec (voy. J.F. LECLERCO, J. MAHAUX et A. MEINERZHAGEN-LIMPENS, *Quelques aspects des contrats standardisés*, Bruxelles, éd. Université Libre de Bruxelles, 1982, p. 24). De même, l'association de consommateurs TEST ACHATS a négocié des contrats-type avec plusieurs organisations sectorielles, notamment dans les secteurs de la teinturerie, du commerce des meubles et du tourisme (voy. J.L. FAGNART, «L'autorégulation en droit de la consommation», in X. L'auto-régulation, Coll. Fac. Droit ULB, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1 et suiv., spéc. p. 33).

¹²² Ce renvoi aux usages honnêtes était assez malheureux. Comme le soulignait la Commission des Clauses Abusives, c'est au législateur (ou, le cas échéant, au Gouvernement, sur délégation du législateur), et non aux représentants des consommateurs et des professionnels, qu'il revient de concrétiser la norme générale d'«usages honnêtes» que doivent suivre les vendeurs de produits ou de services. En outre, ce renvoi négligeait l'article 94/6 de la même loi sur les pratiques du commerce, lequel, transposant la directive «pratiques commerciales déloyales», faisait du non respect d'un code de conduite une «pratique trompeuse» (COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Avis sur un projet de loi relatif aux accords de consommation*, Bruxelles, Publ. C.C.A., 2007, p. 10).

protection du consommateur¹²³. En outre, un arrêté royal peut imposer à l'ensemble d'un secteur l'application d'un accord de consommation¹²⁴. Quoique de vives critiques aient été émises à son encontre¹²⁵, cette loi témoigne toutefois de la prise de conscience croissante des autorités belges des potentialités que peut offrir le *soft law*, spécialement les mécanismes de corégulation.

Certes, nous préconisons que les normes autorégulées, eu égard aux avantages que pourrait procurer leur respect, devraient naturellement conduire à l'adhésion à celles-ci du plus grand nombre. Toutefois, en cas d'échec après un délai d'épreuve raisonnable, il ne devrait pas être exclu de recourir à l'autorité, soit pour rendre obligatoire l'adhésion à l'orga-

¹²³ *Moniteur belge* du 12 avril 2010. L'article 108, dans sa nouvelle formulation, prévoit désormais que le non-respect d'un accord de consommation peut être considéré comme une pratique déloyale vis-à-vis du consommateur.

¹²⁴ Article 94 *décree* de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Ce principe figure désormais à l'article 109 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

¹²⁵ Voy. spécialement H. SWENNEN, *op. cit.*, pp. 58 et suiv. Outre les critiques relatives à la cohérence de la nouvelle loi avec les dispositions de la directive «pratiques commerciales déloyales» (voy. *supra*), l'auteur estime, entre autres, qu'imposer aux consommateurs et aux professionnels des conditions générales types négociées dans le cadre d'un accord collectif est contraire à la liberté de contracter; en outre, il considère qu'il est difficile d'accepter que tous les professionnels d'un secteur, même non affiliés à l'organisation représentative de cette profession, puissent être liés par un accord négocié par une telle organisation, en contraindre avec les principes de la représentation; selon H. SWENNEN, « (...) dat het consumentenakkoord door de regering wordt 'bekrachtigd', doet daaraan niets af» (H. SWENNEN, *op. cit.*, p. 60). Force est toutefois de constater qu'en droit social, le modèle belge de la concertation sociale fonctionne et qu'il n'y a pas de raison de craindre *a priori* qu'il ne puisse pas fonctionner aussi en droit la consommation en général, et en droit de la construction dans le secteur de l'habitation en particulier. A cet égard, la critique développée par H. SWENNEN concernant le caractère obligatoire d'un accord collectif aux professionnels (ou aux consommateurs) qui ne sont pas membres de l'organisation représentative de la profession, ne pourrait-elle être relativisée, lorsque l'on sait que les conventions collectives de travail, négociées par les organisations patronales et syndicales au sein des commissions paritaires, s'imposent à tous les travailleurs de la branche d'activité, même à ceux qui ne sont pas syndiqués? (sur la nature juridique des conventions collectives, voy. entre autres J. CLESSE, F. KÆRER et P. VIELLE, « Accords collectifs et individuels de travail en droit du travail belge », in M. SEWERNSKI (éd.), *Collective Agreements and Individual Contracts of Employment*, coll. Studies in Employment and Social Policy, n° 26, La Haye, Kluwer Law International, 2003, pp. 83 et suiv., spéc. pp. 82-84; H. DUMONT, « Droit public, droit négocié, droit imposé », in P. GÉBAR, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, éd. F.U.S.L., 1996, pp. 457 et suiv., spéc. pp. 473-481; V. VANNES, « La négociation collective: une autorégulation régulée », in X., *L'autorégulation*, Coll. Fac. Droit ULB, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 101 et suiv., spéc. pp. 133-136).

nisme, soit pour étendre l'effet des normes produites par celui-ci à l'ensemble des professionnels du secteur, qu'ils soient ou non affiliés.

Si la technique de l'affiliation obligatoire ne devait pas recueillir suffisamment de suffrages¹²⁶, nous recommandons, au minimum, que les pouvoirs publics incitent les professionnels à adhérer au Code de conduite et, par conséquent, à utiliser les conditions générales modèles dans leurs relations avec les professionnels; à cet égard, nous préconisons l'instauration d'un «label», dont ne pourraient se revendiquer que les constructeurs qui, dans le secteur de la construction d'habitations, seraient membres de l'organisme autorégulé.

Une autre approche consisterait à imposer aux organismes de crédit hypothécaire que ceux-ci conditionnent l'octroi d'un crédit pour la construction ou la rénovation (complète) d'une habitation ou pour l'acquisition d'une habitation à construire, aux seuls emprunteurs qui recourent aux services d'un ou de professionnels membres de l'organisme autorégulé (dont l'affiliation imposerait la fourniture d'une garantie). Cette pratique existe déjà en Angleterre, et pourrait facilement apparaître en France, où les organismes prêteurs se voient déjà confier la tâche de contrôler la régularité du contrat de construction de maisons individuelles¹²⁷. L'opportunité d'une telle mesure pourrait à tout le moins faire l'objet d'une réflexion en Belgique.

Enfin, quant aux sanctions envisageables, une distinction doit s'opérer: si l'on accepte le principe de l'affiliation obligatoire à l'organisme autorégulé, la méconnaissance des règles publiées par celui-ci pourrait conduire,

¹²⁶ Parfaitement envisageable sur le plan théorique, cette technique s'oppose cependant au courant qui, depuis quelques années, encadre l'action des autorités européennes, à tout le moins dans le secteur des professions libérales: selon la Commission, une réglementation excessive en matière d'octroi d'agrégation pour l'exercice de la profession risque de réduire l'offre de services des professions libérales, avec des conséquences négatives pour la concurrence et pour la qualité du service. La Commission préconise un assouplissement des restrictions, en prenant notamment pour exemple les Pays-Bas, où « (...) la suppression des restrictions à l'installation des agents immobiliers à la fin des années 1990 a entraîné un accroissement du nombre de nouveaux entrants, une diminution des prix pour les transactions immobilières et un assouplissement de l'offre de services ». Selon la Commission, « (...) ces expériences laissent penser que les règles en matière d'octroi de licence pourraient dans certains cas être trop restrictives et qu'un assouplissement pourrait être bénéfique pour les consommateurs » (COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission. Services professionnels. Poursuivre la réforme. Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83 final (9 février 2004), spéc. pp. 17-18).

¹²⁷ L'organisme prêteur « (...) ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat comporte celles des énonciations mentionnées à l'article L. 231-2 qui doivent y figurer au moment où l'acte lui est transmis » (article L. 231-10, al. 1^{er} C.C.H.).

au stade ultime, à une exclusion de l'organisme, allant de pair avec l'interdiction de pratiquer la profession de constructeur ou de promoteur immobilier pour les activités pour l'exercice desquelles une affiliation aurait été rendue obligatoire¹²⁸. Bien entendu, les professionnels peu scrupuleux pourraient aussi être sanctionnés en application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, selon laquelle la contrevention à un code professionnel de conduite peut constituer une pratique commerciale trompeuse¹²⁹. L'article 94/6 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, dans laquelle la directive précitée a été transposée, précise ainsi: «Sont des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances les pratiques commerciales trompeuses qui ont pour objet de: (i) pour un vendeur, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas; (ii) afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir reçu l'autorisation nécessaire; (iii) affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas

¹²⁸ En d'autres termes, il demeurerait possible à ce professionnel exclu d'offrir ses services dans le secteur de la construction non résidentielle (immeubles industriels, bureaux,...). Cependant, la mise à l'index qui résulterait de l'exclusion de ce professionnel de l'organisme autorégulé dans le secteur de la construction d'habitations devrait engendrer un préjudice suffisamment grave en termes d'image, pour l'inciter au respect des règles adoptées par cet organisme (voy. dans ce sens, en matière de contrats d'assurance, M. FONTAINE, «Les normes non-juridiques et le secteur des assurances», in X., *Le droit des normes professionnelles et techniques*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires (Université de Liège), Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 213 et suiv., spéc. p. 228, lequel relève que «(...) les effets se situent en principe sur un plan non-juridique (ostracisme possible d'une entreprise qui ignorerait toutes les recommandations de sa fédération professionnelle)».

¹²⁹ Voy. l'article 6 § 2, b) de la directive qui qualifie de trompeuse la pratique commerciale amenant ou susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, lorsque cette pratique implique «(...) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors (i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et (ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code». Outre les sanctions «effacées» que la directive impose aux Etats de mettre en œuvre sur le plan national, la méconnaissance par un professionnel affilié des règles publiées par l'organisme autorégulé peut entraîner d'autres conséquences, tel par exemple l'engagement de la responsabilité civile de ce professionnel: en droit belge comme en droit français, la définition de la norme générale de bon comportement, critère d'appréciation de la notion de faute quasi-délictuelle, peut s'envisager par le biais de l'autorégulation; celle-ci peut aider à déterminer le contenu des obligations qui pèsent sur le «bon père de famille» dans telle ou telle circonstance et permet d'apprécier le caractère fautif ou non du comportement d'un professionnel (voy. P. VAN OMMESSLAGHE, «L'autorégulation. Rapport de synthèse», in X., *L'autorégulation*, Coll. Fac. Droit ULB, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 233 et suiv., spéc. p. 272).

avoir obtenu l'autorisation nécessaire». Cette disposition figure désormais à l'article 94 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹³⁰.

En revanche, si l'on n'accepte pas le principe de l'exigence d'adhésion au code de conduite comme condition d'exercice de la profession, se pose alors la question des sanctions applicables aux professionnels qui ne se seraient pas volontairement soumis à ce dernier¹³¹. Une sanction sur la base des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales ne peut guère s'envisager (sauf à considérer par exemple l'hypothèse d'un constructeur se prétendant signataire du Code de conduite alors qu'il ne le serait pas). Ces professionnels devraient néanmoins être «naturellement» sanctionnés, sur le plan commercial, par l'interdiction qui leur sera faite d'afficher le «label» établi; cette sanction sera d'autant plus efficace qu'une sérieuse campagne de publicité, vantant les avantages de ce label auprès des consommateurs, mais également des professionnels, devrait avoir été lancée par l'organisme d'autorégulation ainsi que par les associations professionnelles et les associations de consommateurs qui en seraient membres.

Enfin, il nous semblerait opportun de favoriser le développement des modes alternatifs de règlement des différends dans le secteur de la construction d'habitations. Nous plaiderions pour un arbitrage sectoriel, spécialisé dans les litiges entre consommateurs et professionnels actifs dans le secteur de la construction résidentielle, et compétent pour trancher les litiges, essentiellement techniques, résultant notamment de la découverte de défauts cachés. La mise en place d'un tel mécanisme supposera la coopération des associations représentatives des consommateurs et de celles représentant les professionnels¹³². Ainsi que nous l'avons expliqué, une telle coopération n'est nullement impossible, puisqu'elle est déjà expérimentée en Belgique, certes avec un succès relatif, au travers de la Commission de conciliation construction¹³³, mais également par le biais de la Chambre de conciliation, d'arbitrage et de médiation en matière immobilière (CCAI), sous la réserve, dans ce dernier cas, que les associations de consommateurs ne participent pas à son fonctionnement;

¹³⁰ *Moniteur belge* du 12 avril 2010.

¹³¹ Et si l'on n'a pas rendu les codes de conduite et contrats modèles applicables à tous les professionnels du secteur concerné, qu'ils soient affiliés ou non (voy. *supra*).

¹³² Le cas échéant, avec le subside des autorités étatiques (voy. dans ce sens P. NIHOUL, «Le *Soft Law* et l'intérêt du consommateur», *R.E.D.C.*, 2001, pp. 113 et suiv., spéc. p. 129).

¹³³ Voy. à ce sujet B. KOHL, «La Commission de conciliation construction: le point sur deux années d'activité», *D.C.C.R.*, 2004/65, pp. 81 et suiv.

les contrats standards publiés par l'organisme d'autorégulation pourraient ici venir à point pour apporter un coup de pouce au développement de ces organes de conciliation et d'arbitrage, en y faisant une référence explicite (mais non exclusive) comme mécanisme de solution des conflits¹³⁴.

3. Le contenu de l'assurance contre l'insolvabilité

Enfin, si l'instauration, par quelque canal que ce soit, d'un mécanisme de garantie « extrinsèque » couvrant la défaillance financière du constructeur, en cas de survenance de défauts dans le secteur résidentiel était retenue, encore conviendrait-il d'en dresser les contours. Cette question dépasse encore la question de savoir par quel moyen – autorégulation ou norme réglementaire – l'obligation de garantie est imposée aux professionnels de la construction dans le secteur résidentiel.

Force est de constater à cet égard que la proposition de la loi du 5 janvier 2010 « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers » ne répond nullement à ces questions, se contentant de renvoyer au Roi pour la fixation du contenu de l'assurance obligatoire de la responsabilité des entrepreneurs.

Parmi les difficultés à résoudre figure notamment la fixation : (i) du type de défauts couverts pour lesquels le consommateur (ou le corésponsable *in solidum* – ou son assureur –, dans le cadre de son recours au stade contributoire) pourra, en cas de défaillance de l'entrepreneur, faire appel au garant, (ii) de la durée de la garantie, (iii) des modalités d'appel

¹³⁴ L'instauration d'un mode alternatif de règlement des litiges entre professionnels de la construction et accédants à la propriété de nouvelles habitations devra répondre aux exigences établies par la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dont l'annexe précise que doit être considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales (...) ». Dès lors, le recours à l'arbitrage dans le secteur de la construction d'habitations, s'il doit être encouragé, ne doit pas empêcher le consommateur de recourir, s'il le souhaite, aux juridictions ordinaires pour le règlement de son différend avec le professionnel; de la sorte, l'on évite que le consommateur, accédant à la propriété d'une nouvelle construction, soit lié par avance, souvent sur le fondement du contrat-type dont il n'aura peut-être pas perçu toutes les nuances, à recourir à l'arbitrage plutôt qu'à la procédure judiciaire. Avec M. LOOS, nous ne pensons pas que, dans les pays où l'arbitrage est déjà développé, l'industrie de la construction doive craindre une telle évolution: « (...) als de kwaliteit van de arbitrage en de deskundigheid van de arbiters inderdaad zo groot zijn als wordt gezegd, dan zou ook uitgelegd moeten kunnen worden aan consumenten. Wanneer de voordelen die arbitrage kan behoeven of te nemen » (M.B.M. LOOS, « Toetsing van arbitrale bedingen in de bouw », B.R., 2000, pp. 483 et suiv., spéc. p. 488).

à celle-ci ou encore (iv) des limites financières à son intervention. Nous nous proposons, ci-après, d'exprimer brièvement nos préférences à l'égard de ces questions, en tirant expérience de notre analyse de droit comparé de plusieurs États membres de l'Union européenne¹³⁵.

⁴⁵ (i) Premièrement, quant aux défauts couverts, nous sommes d'avis que cette garantie ne devrait couvrir que les défauts graves: les défauts véniels pourraient sans doute rester en dehors du champ de l'intervention du garant externe. D'abord parce que la plupart de ces défauts sont fréquemment réparés à la demande du maître de l'ouvrage de manière volontaire par l'entrepreneur des travaux. Ensuite parce que se posera dans ce cas la question du seuil au-delà duquel la garantie deviendrait obligatoire. L'entrepreneur qui fournit de menus de travaux de réparation, d'entretien ou de peinture doit-il être visé par le système à mettre en place? Le bénéfice attendu d'une telle garantie, au regard de son coût, paraît *a priori* relativement faible.

La définition habituelle des défauts graves au sens de l'article 1792 du Code civil nous laisse cependant perplexes, à tout le moins dans la mesure où elle servirait de critère de détermination de l'étendue de la couverture. Dans son interprétation habituelle, l'article 1792 du Code civil ne concerne que les vices graves de la construction ou du sol, c'est-à-dire les défauts qui altèrent, ou qui peuvent altérer¹³⁶, considérablement la solidité ou la stabilité du bâtiment ou de l'une de ses parties maîtresses¹³⁷. *A contrario*, et à la différence de la situation existant par exemple en droit français, l'on considère habituellement que les défauts qui, quoique rendant l'immeuble impropre à sa destination (*in casu*, l'habitation), ne présentent pas de risques pour sa stabilité, ne rentrent pas dans la catégorie des « vices graves » et sont, à ce titre, exclus du champ d'application de cette disposition. La détresse du consommateur ne paraît toutefois pas moindre face à ce type de défauts. Il dispose certes, dans ce cas, de l'ac-

¹³⁵ Voy. B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, op. cit., pp. 587-650 (dont s'inspirent les lignes qui suivent).

¹³⁶ La jurisprudence précise en effet que la responsabilité doit être reconnue dès lors qu'il existe une possibilité pour le vice d'affecter, même progressivement, la solidité du bâtiment (voy. Bruxelles, 10 avril 1987, *Res et jura imm.*, 1987, p. 95; Bruxelles, 8 juin 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 9972; Bruxelles, 14 juin 1985, *Etir. et dir.*, 1987, p. 101 et obs.). Les désordres ne doivent cependant pas être hypothétiques (Anvers, 5 mai 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 691 et obs. P.R.). La jurisprudence plus ancienne se montrait plus favorable à une extension de l'article 1792 aux défauts dits « fonctionnels » (voy. les décisions citées par P. FLAMME et M.A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 121).

¹³⁷ Voy. Cass., 11 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 200; Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303.

tion en responsabilité contractuelle pour vices cachés véniels, mais point d'assurance ni de garantie, ce qui pose problème dans le cas de l'insolvabilité ou de l'insuffisance du patrimoine de l'entrepreneur pour réparer le dommage. Il ne nous semblerait dès lors pas excessif que les défauts pour lesquels l'intervention de la garantie « extrinsèque » pourrait être requise, soient les défauts graves au sens qu'ils ont dans le langage courant, soit non pas seulement ceux mettant en cause la stabilité ou la solidité du bâtiment, mais également ceux rendant le bâtiment impropre à l'habitation.

(ii) Ensuite, la question du délai de couverture devra être réglée. Ainsi limitée aux défauts « graves », au sens que nous donnons à cette expression, la couverture pour une durée de dix années à dater de l'agrégation des travaux paraît s'imposer.

Une telle durée semble également défendable dans la perspective éventuelle d'une harmonisation au niveau européen¹³⁸. Ainsi, non seulement les codes civils belge et français¹³⁹ établissent une responsabilité décennale pour ce type de désordre (même si, dans le premier cas, il n'est nullement question d'une « garantie » ou d'une assurance), mais en outre, dans les États membres dans lesquels le *Soft Law* a droit de cité en cette

matière (spécialement aux Pays-Bas¹⁴⁰ ou en Angleterre¹⁴¹), la durée des « garanties » est aussi étendue à dix ans en cas de survenance de vices graves.

(iii) Outre les hypothèses évidentes d'exclusion de la garantie (par exemple en cas de défaut non grave ou d'appel hors délai à la garantie), nous sommes plutôt d'avis, à l'image de la pratique rencontrée en Angleterre et aux Pays-Bas, que l'organisme de garantie ne devrait intervenir qu'en second rang, c'est-à-dire uniquement à partir du moment où le constructeur sera lui-même resté en défaut d'effectuer les travaux nécessaires de réparation (sauf le cas de la faillite bien entendu). En effet, un nombre important des conflits à propos des défauts de la construction, spécialement lorsqu'ils se révèlent peu de temps après la fin du chantier, trouvent finalement leur issue dans des compromis, qui échappent à tout débat juridictionnel¹⁴². L'exigence suggérée ci-avant permettrait aussi de soulager le poids financier de l'instauration d'un système généralisé de garantie, l'organisme de garantie n'intervenant qu'en tout dernier recours. La mise en pratique de cette condition pourrait passer, comme dans les deux systèmes précités, par l'instauration d'un organisme d'arbitrage ou de conciliation, chargé d'examiner le fondement des griefs du consom-

¹⁴⁰ Aux Pays-Bas, le *Nieuw Burgerlijk Wetboek* prévoit un double délai de prescription: l'action se prescrit à l'expiration d'un délai de deux ans après que le maître de l'ouvrage ait émis une protestation à l'égard de l'entrepreneur, concernant le défaut découvert (article 7:761, alinéa 1^{er} du N.B.W.); à ce délai s'ajoute un second délai de vingt ans prenant cours à la réception de l'ouvrage et à l'expiration duquel toute action en responsabilité pour les vices cachés se trouve prescrite. Cependant, si les parties emploient le contrat modèle *Koop-/aannemingsovereenkomst* du G.I.W., la garantie des défauts cachés offerte par cet organisme dure en principe six ans, certaines parties de l'ouvrage étant néanmoins soumises à des délais raccourcis; en cas de défauts graves, est portée à dix ans.

¹⁴¹ En Angleterre, en droit commun de la construction, l'action en responsabilité contractuelle du maître de l'ouvrage se prescrit par six ans à partir du jour où la faute de l'entrepreneur a été commise – ou à partir de la *practical completion date*, lorsque les parties emploient les *general conditions of buildings contracts* (voy. S. BICKFORD-SMITH, 1993, p. 251) –, avec une extension possible jusqu'à douze ans en cas de contrat passé sous la forme d'un « *deed* » ou « *under seal* », tandis qu'une action délictuelle fondée sur le *Latent Damage Act 1986* n'est prescrite que six ans à partir de la découverte du défaut (avec un délai ultime de quinze ans à dater de la commission de l'acte fautif ou de l'abstention fautive). Quant à la garantie prévue dans le cadre du mécanisme autorégulé N.H.B.C., elle s'étend sur une double période (une première période de deux ans et une seconde période de dix ans), en fonction de la gravité du désordre constaté.

¹⁴² Voy. dans ce sens en Belgique: P. FONTAINE, « La réponse de l'assurance: examen des couvertures et de leur évolution. Partie II. L'assurance face aux risques des entreprises de construction », *op. cit.*, spéc. p. 135.

¹³⁸ Comme le relevait C.E.C. JANSSEN, la multiplicité des délais de prescription des actions en responsabilité des constructeurs après achèvement de l'ouvrage constitue assurément l'un des obstacles majeurs à l'harmonisation du droit européen de la construction; la visibilité de ces divergences, par rapport à d'autres contradictions entre les systèmes, moins « apparentes », mais tout aussi importantes, en constitue sans doute une explication (voy. C.E.C. JANSSEN, *Towards a European Building Contract Law. Defects Liability: a Comparative Legal Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law*, coll. Schoordijk Instituut – Center for Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, spéc. p. 338). L'auteur relativise cependant cet obstacle à l'harmonisation du droit: « However, I think the issue is negligible compared with other, much more fundamental differences between the various legal cultures, which are at the very heart of the legal process of attributing consequences resulting from the occurrence of quality problems to the parties ».

¹³⁹ En droit français, le délai de prescription est d'un an pour la garantie de parachevement (article 1792-6 du Code civil français), couvrant tous les types de défaut; elle passe à deux ans pour les défauts affectant les éléments d'équipement de l'immeuble autres que ceux « faisant indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert » (article 1792-3 du Code civil français); puis à dix ans pour les défauts compromettant la solidité de l'ouvrage (ou des éléments faisant corps avec le bâtiment) ou le rendant impropre à sa destination (articles 1792, 1792-2 et 2270 du Code civil français); quant à l'action de droit commun relative aux dommages « intermédiaires », elle est aussi enfermée dans le délai de dix ans énoncé par l'article 2270 du Code civil (voy. à ce sujet B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, *op. cit.*, pp. 175-177).

mateur et, le cas échéant, d'imposer – ou de faire accepter, par le recours à la conciliation – au professionnel la prise en charge du défaut constaté. À défaut, une décision de justice statuant sur les responsabilités resterait une alternative. Ce n'est qu'ensuite, face à la carence de l'entrepreneur, que l'organisme de garantie pourrait suppléer à la défaillance financière.

(iv) Afin d'éviter le recours excessif à la garantie, et donc, indirectement, l'incidence financière de celle-ci, l'établissement d'un seuil de réclamation devrait être fixé. Ce seuil de réclamation existe aux Pays-Bas, lorsque le recours à la garantie est justifié par l'insolvabilité du constructeur ou du promoteur¹⁴³. En Angleterre, aucune franchise n'existe dans le cadre du système autorégulé mis en place; en revanche, la garantie protégeant le consommateur en cas de défauts graves (années 3 à 10) ne fonctionne que pour autant que le coût estimé de la réparation dépasse 1 000 £; il ne s'agit toutefois pas d'une franchise au sens strict, puisque, une fois ce seuil franchi, l'organisme de garantie intervient pour la totalité du coût de la réparation¹⁴⁴. Par contre, en France, la pratique antérieure qui consistait à tolérer l'application d'une petite franchise dans les assurances dommages-ouvrage, a été définitivement condamnée par l'article 47 de la loi du 31 décembre 1989, modifiant la rédaction de l'article L. 242-1, alinéa 1^{er}, du Code des assurances¹⁴⁵.

Plusieurs systèmes sont donc envisageables. Nous estimons utile le maintien, sinon d'une franchise, à tout le moins d'un seuil d'intervention, à l'image de la politique adoptée en Angleterre. L'instauration d'un seuil d'intervention nous semble permettre à la fois la suppression des petits sinistres (que nous suggérons d'exclure du champ d'application de la garantie), qui coûtent plus cher aux organismes de garantie en frais de gestion qu'en indemnisation, mais également la garantie

¹⁴³ L'organisme de garantie effectuée dans ce cas une retenue de 200 euros (montant indexé) par année de garantie (article 12.2. du contrat de garantie); voy. GARANTIE INST-ITUT WONINGBOUW, *GfW-Garantie – en waarborging 2007*, La Haye, G.I.W. éd., 2007, p. 25.

¹⁴⁴ Voy. NATIONAL HOUSE BUILDING COUNCIL, *NHBC Buildmark. Your Warranty and Insurance Cover*, Londres, NHBC publ., 2004, p. 13.

¹⁴⁵ L'article L. 242-1, alinéa 1^{er} du Code des assurances précise désormais expressément que l'assurance doit garantir le paiement de la totalité des travaux de réparation. La Cour de cassation a entériné cette position, même en ce qui concerne les contrats d'assurance antérieurs à 1989 (Cass. civ. fr., 1^{re} ch., 22 mai 1991, *R.D.J.*, 1991, p. 361, obs. G. LEGUAY). La suppression de cette franchise est regrettée par certains (voy. entre autres C. CHAUVIN, « L'expérience française: modèle à suivre ou accueil à éviter », *Bull. ass.*, 2000, dossier 6, pp. 149 et suiv., spéc. p. 152); son rétablissement pourrait contribuer à accroître l'équilibre financier du secteur français de l'assurance dommages-ouvrage.

d'une couverture complète lorsque le désordre dépasse le seuil d'intervention fixé.

La fixation d'un plafond à l'intervention de l'organisme garant pourrait également s'envisager. Un tel plafond existe par exemple dans les systèmes autorégulés anglais et néerlandais¹⁴⁶. Quant au droit français, il admet l'existence de clauses prévoyant que la garantie dommages-ouvrage puisse être « [...] limitée au montant du coût total de construction déclaré aux conditions particulières » de la police d'assurance¹⁴⁷. Cette dernière position présente l'avantage de la simplicité: l'intervention de l'organisme de garantie pourrait être limitée au coût total de la construction. Pour cette raison, l'insertion, dès la conclusion du contrat entre le professionnel et le consommateur, d'une clause énonçant le prix total, en ventilant celui-ci le cas échéant en fonction du prix du terrain et du prix de la construction, trouve ici une pleine justification¹⁴⁸.

Enfin, le système des garanties ou des assurances contre les défauts – fût-il, comme nous le préconisons, un système de garantie subsidiaire en cas de carence de l'entrepreneur face à son obligation de réparer les défauts – est étroitement lié à la question du contrôle de l'exécution des

¹⁴⁶ Aux Pays-Bas, l'intervention financière du *G.I.W.* est limitée à la somme de 100.000 euros (hors TVA et indexable) par habitation, pour toute la durée de la période de garantie, porté, en cas d'immeuble collectif, à 85.000 euros, fois le nombre d'appartements. En Angleterre, le *N.H.B.C.* a également établi un plafond d'intervention, fixé à la somme de 500.000 £ (soit environ 750.000 euros).

¹⁴⁷ Il s'agit là de la clause-type figurant à l'article A. 243-1, Annexe II, du Code des assurances. La Cour de cassation (Cass. civ. fr., 1^{re} ch., 25 mai 1992, *D.*, 1992, p. 469, note P. DUBOIS) a admis la validité de pareilles clauses, limitant la garantie au coût de la construction (revalorisé en fonction de l'évolution générale des coûts de la construction), parce qu'elle est conforme à la clause-type précitée, alors même que cette clause paraît contraire au nouvel article L. 242-1, alinéa 1^{er} du Code des assurances, qui impose à l'assureur de payer la totalité des travaux de réparation (sans précision du fait que ceux-ci dépassent ou non le coût de l'ouvrage); voy. sur ce point P. MAUNVAUD, P. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 263.

¹⁴⁸ Il convient également que l'organisme fournissant la garantie contre la défaillance de l'entrepreneur présente une capacité financière suffisante. Voy. par exemple en France, l'exigence suivante posée, pour chacun des contrats portant accession à la propriété d'une nouvelle habitation, par le Code de la construction et de l'habitation: la garantie peut résulter « (...) d'une banque, d'un établissement financier habilité à faire des opérations de crédit immobilier, d'une entreprise d'assurance agréée à cet effet ou d'une société de caution mutuelle constituée conformément aux dispositions de la loi modifiée du 13 mars 1917 ayant pour objet l'organisation du crédit au petit et moyen commerce, à la petite et moyenne industrie » (article R. 261-17 C.C.H.), relatif à la vente d'immeuble à construire; une disposition similaire apparaît à l'article R. 222-11 C.C.H. (promotion immobilière) et à l'article R. 231-6, I, C.C.H. (construction de maisons individuelles). Voy. entre autres à ce sujet E. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 390.

travaux: la plupart du temps, l'organisme de garantie n'accepte en effet de fournir celle-ci qu'à la condition que l'ouvrage en construction ait été contrôlé par une personne ou un institut qualifié à cet effet¹⁴⁹; nonobstant le fait que l'organisme de garantie n'interviendrait «qu'en second rang», le risque se trouve limité lorsque la potentialité d'une action contre l'entrepreneur à raison des défauts cachés est elle-même réduite, grâce au contrôle opéré en cours de construction. À cet égard, pourrait être dressée une liste des critères auxquels devraient répondre les bureaux ou organismes de contrôles chargés de l'inspection des immeubles en construction dans le secteur de l'habitation. Une agrégation de ceux-ci pourrait aussi s'envisager, de sorte que les constructeurs seraient tenus de faire appel à de tels organismes agréés pour faire procéder au contrôle de l'ouvrage en cours de construction.

Du reste, la généralisation du contrôle en cours de construction est dans l'air du temps, au plan européen également: dans sa résolution du 13 octobre 1988 «sur la nécessité d'une action communautaire dans le secteur de la construction»¹⁵⁰, le Parlement européen avait, sous la rubrique «unification du marché», adopté la position suivante: «le Parlement européen estime nécessaire que la Commission prenne des initiatives visant à uniformiser les documents relatifs (...) au contrôle des opérations de construction (...). De même, dans son «Étude des responsabilités, des garanties et des assurances dans la construction en vue d'une harmonisation au niveau communautaire», commandée en 1989 par la Commission, C. Mathurin suggérait de définir et de dégager les principes d'un «contrôle communautaire de la construction», soulignant «qu'il devrait être relativement facile de se mettre d'accord sur l'adoption au niveau communautaire de la notion de "contrôle extérieur" ou de "building control"»¹⁵¹. L'auteur constatait en effet que «[...] public ou non, superficiel ou approfondi, gratuit ou payant, fait par les communes, l'État ou des bureaux privés, le contrôle de la construction existe presque partout [...]». Dans la ligne de ce que demande la résolution du 12 octobre 1988, il semble opportun d'associer le contrôle extérieur [...] au lien éventuel entre l'assurance de qualité et le permis de construire ainsi qu'à

¹⁴⁹ Tel est par exemple le cas en Angleterre, où l'octroi de l'*Insurance Certificate* par le N.H.B.C. dépend de l'examen de l'ouvrage par les inspecteurs désignés par celui-ci; la solution est similaire aux Pays-Bas, s'agissant du G.I.W. En Belgique, pour les ouvrages d'une certaine ampleur, la couverture d'assurance (facultative) de la responsabilité décennale n'est généralement accordée qu'à la condition qu'un organisme de qualité et de contrôle, type SECO ait suivi la construction de l'immeuble.

¹⁵⁰ Doc. A2-188/88, J.O., C 290/150 du 14 novembre 1988.

¹⁵¹ C. MATHURIN, *op. cit.*, spéc. p. 21.

la certification finale [...]»¹⁵². Il nous semble aisément possible d'élargir le «contrôle technique», existant actuellement en Belgique¹⁵³ pour les ouvrages d'importance ou employant des techniques particulières de construction, aux opérations de construction d'habitations. Cette mission d'inspection et de contrôle pourrait certes être assurée par les bureaux de

¹⁵² C. MATHURIN, *op. cit.*, Bruxelles, éd. Commissions des Communautés Européennes, III/8326/89-FR, 1989, spéc. pp. 85-86.

¹⁵³ En Belgique, l'intervention d'un bureau de contrôle n'est légalement obligatoire que pour l'accomplissement de certains travaux spécifiques (installations métalliques, systèmes de chauffage, d'électricité, ascenseurs, ...). L'organisme de contrôle doit alors bénéficier d'une agrégation, selon la procédure organisée par l'Arrêté royal du 29 avril 1999 concernant l'agrément de services externes pour les contrôles techniques sur le lieu de travail (M.B. 2 septembre 1999). L'article 6 § 2 de cet arrêté royal précise explicitement que: «(...) le service externe pour les contrôles techniques sur le lieu de travail doit exécuter les contrôles avec la plus grande intégrité professionnelle et la plus grande compétence technique; le personnel du service externe pour les contrôles techniques sur le lieu de travail doit être libre de toutes les pressions et incitations, notamment d'ordre financier, pouvant influencer le jugement ou les résultats des contrôles, en particulier de celles émanant de personnes ou de groupements de personnes intéressées par le résultat des contrôles» (voy. à ce sujet F. BURSENS, «Contract controleorgaanisme», in K. DEKETELEAERE, M. SCHOUPS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek bouwrecht*, Antvers, Intersentia, 2004, pp. 338 et suiv., spéc. p. 539). À côté des contrôles techniques prescrits par la loi, tous les travaux de certaine ampleur font l'objet, en Belgique, d'un contrôle externe réalisé à la demande des assureurs couvrant la responsabilité décennale des constructeurs. Le contrôle externe trouve son origine dans la crainte des compagnies d'assurance de voir les constructeurs, bénéficiant d'une assurance de leurs responsabilités décennales, se dispenser d'exécuter parfaitement leurs obligations. Le contrôle est effectué par des organismes spécialisés, le plus connu étant le bureau SECO, qui reçoivent par rapport au contrôleur intervenant à l'opération de construction. Le contrôle est souvent limité aux défauts graves, susceptibles d'engendrer la responsabilité décennale; il ne porte pas sur les vices véniels (voy. A. DELVAUX, «L'assurance de la responsabilité décennale; la construction. Volume 3. L'assurance contrôle», in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre VII, Dossier 75ter, Bruxelles, Kluwer, 2001, spéc. p. 18, n° 142). Sur ces organismes et leur responsabilité, voy. également K. TROCH, «De controleverzekering of de verzekering 'tjenjarige aansprakelijkheid'», in K. DEKETELEAERE, M. SCHOUPS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek bouwrecht*, Antvers, Intersentia, 2004, pp. 1001 et suiv.; J.L. MISRAHI, «Le contrôle technique pour la sécurité de la construction, les constructeurs et la jurisprudence», *Ertit. et dr.*, 1984, pp. 289 et suiv.; F. BURSENS, *op. cit.*, pp. 866 et suiv.

¹⁵⁴ En France, l'intervention des contrôleurs techniques est rendue impérative pour la construction de certains ouvrages, énumérés à l'article R. 111-38 C.C.H.; il s'agit, grosso modo, des établissements de certaine taille qui reçoivent du public et des immeubles d'une certaine taille, difficilement accessibles pour les services d'incendie (voy. H. PÉRNER-MARQUET, «Contrôle technique», in P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2007, pp. 338 et suiv., spéc. pp. 339-340). Depuis 1978, un régime spécifique de responsabilité s'applique aux contrôleurs techniques; l'article L. 111-24 C.C.H. précise ainsi que «le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du Code civil».

contrôle existant actuellement en Belgique, mais pourrait tout aussi bien être assumée par un architecte, indépendant de l'architecte du projet, en renouvelant l'expérience de l'« architecte-conseil », tentée en Belgique au début des années nonante¹⁵⁵.

Resterait à trancher la question du coût de ce contrôle. En Belgique, selon l'exposé des motifs de la proposition de loi du 27 février 2007 visant à réformer la loi Breyné, notamment par l'imposition obligatoire de la présence d'un architecte-conseil lors des opérations de réception, « (...) la moitié des honoraires qui sont en principe dus à l'architecte-concepteur devra être versée à l'architecte-conseil, de sorte que le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur ne devront pas supporter de frais supplémentaires »¹⁵⁶; cette suggestion, qui n'était pas reprise dans le texte légal proposé, nous paraît difficile à défendre sur le plan pratique, car l'intervention de l'architecte-conseil ne diminuera en rien l'ampleur des prestations accomplies par l'architecte-concepteur. Si l'établissement d'un mécanisme généralisé de contrôle dans le secteur de l'habitation, dont il est difficile de faire

¹⁵⁵ Dans un norme déontologique du 31 janvier 1992 « relative à l'intervention complémentaire d'architectes, dans l'éventualité de contrariété d'intérêts », l'Ordre des Architectes avait imposé aux architectes intervenant dans le cadre dans des opérations de promotion immobilière de contracter directement avec le promoteur (évitant ainsi toute ambiguïté dans l'esprit du client), mais également de subordonner leur intervention à l'existence d'un contrat entre le client du promoteur et un second architecte « agissant en qualité de conseil » et chargé, notamment, d'assister son client à l'occasion des opérations de réception ou de vérifier que les appels de fonds du promoteur correspondent réellement à l'avancement des travaux. Cette norme fut annulée, pour des motifs de forme, par un arrêt du Conseil d'Etat du 18 janvier 1995 (C.E., 18 janvier 1995, *Entr. et dr.*, 1995, p. 133, note M.A. FLAMME), et ne fut pas remplacée. Plusieurs auteurs plaident aujourd'hui en Belgique pour une réintroduction du système instauré par cette norme (voy. entre autres A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyné Sans Gêne*, Bibl. Burgerlijk Recht, n° 2, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 78-82). Une proposition de loi fut déposée à deux reprises dans ce sens, mais est restée lettre morte depuis lors (l'obligation de recourir à un architecte conseil dans le cadre des opérations de promotion fut suggérée dans un amendement à la proposition de loi relative à l'interdiction de la vente couplée (voy. *Doc. Parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1201/09, pp. 50-52); faute de consensus, le texte proposé ne fut finalement pas adopté; voy. à ce sujet B. KOHL, « Protection du consommateur de la construction: vers une interdiction des « ventes couplées forcées »? (à propos d'un projet de loi récent) », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2004, pp. 607 et suiv., spéc. p. 621). L'intervention d'un architecte-conseil, en qualité de contrôleur, paraît également utile lors même que l'architecte du projet a contracté avec le consommateur, maître de l'ouvrage. Tel est spécialement le cas lorsque le consommateur fait appel à un promoteur-entrepreneur « ensemblier »: dans ce cas, l'indépendance de l'architecte n'est nullement garantie lorsque la conclusion du contrat d'architecture a été suscitée par le promoteur et que cet architecte lui est en réalité « infodé » (voy. en ce sens Cass., 1^{er} décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1078, note F. MOISSIS).

¹⁵⁶ Proposition de loi « protégeant le consommateur dans le secteur de la construction résidentielle », déposée à la Chambre des représentants le 27 février 2007 (*Doc. Parl.*, 2006-2007, n° 2942/001, p. 6).

l'économie dès que l'on envisage l'établissement d'un système de garantie contre la défaillance financière en cas de défauts affectant l'ouvrage, doit à terme voir le jour, il nous paraît qu'il faille accepter que cette protection accrue engendre naturellement un coût, fatalement reporté sur le prix total de l'habitation.

Conclusion

⁵⁰ Pour les motifs que nous avons évoqués dans la première partie de la présente contribution, nous ne souscrivons pas entièrement au raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 juillet 2007. Ceci étant dit, cette décision présente à tout le moins le mérite d'avoir relancé le débat sur l'indemnisation en droit de la construction.

À cet égard, nous appelons de nos vœux à la concertation entre les différents représentants des professionnels du secteur: si une position commune ne peut être défendue, les pouvoirs publics risquent, pour répondre à l'arrêt du 12 juillet 2007, d'imposer d'initiative une solution non négociée. La proposition de loi du 5 janvier 2010 « relative à l'assurance responsabilité professionnelle des entrepreneurs de travaux immobiliers », qui pour l'heure ne constitue qu'une « coquille vide » – se limitant à énoncer le principe du caractère obligatoire et laissant pour le surplus toute initiative au Roi –, s'inscrit bien entendu dans cette perspective.

⁵¹ Partant du constat, non seulement, d'une part des difficultés que peut, a priori, générer la mise en place d'un système d'assurance de responsabilité obligatoire à une profession (entrepreneur de travaux) qui n'est pas (ou très peu) réglementée, mais surtout, d'autre part, que le reproche formulé actuellement par les (assureurs des) architectes réside essentiellement dans l'insolvabilité des constructeurs, face à laquelle ils se trouvent confrontés dans le cadre du recours contributoire en cas de condamnation *in solidum*, nous suggérons de réfléchir à la voie de la garantie « extrinsèque » contre l'insolvabilité de ceux-ci, c'est-à-dire une garantie fournie par un établissement tiers, supplantant l'éventuelle carence de l'entrepreneur face à ses obligations de réparer les défauts apparaissant après la réception.

Ce mécanisme pourrait selon nous être limité au seul secteur de la construction résidentielle. Sa mise en place pourrait s'organiser par la voie de l'autorégulation, en tirant exemple des systèmes, efficaces, mis en place depuis plus de trente ans aux Pays-Bas, et depuis plus longtemps encore en Angleterre. À défaut, une intervention législative deviendra sans doute nécessaire.

Certes, ce système présente aussi ses faiblesses, au premier rang desquelles figure sans doute son caractère sélectif. Selon nous, ce caractère peut en constituer sa force également; ne contribuera-t-il pas, comme l'apelaient de leurs vœux P. Henry et F. Pottier, « (...) à éliminer les quelques aventuriers qui sévissent encore sur le marché, aux côtés de professionnels consciencieux qui ont d'ailleurs à souffrir de la concurrence sauvage des précédents »¹⁵⁷?

LE RÔLE ET LES NOUVELLES RESPONSABILITÉS DE L'ORDRE DES ARCHITECTES¹

Renaud DE BRIEY

Avocat au barreau de Nivelles, ancien bâtonnier, collaborateur scientifique à l'U.C.L.

I. Introduction²

1

La loi du 15 février 2006 et son arrêté d'exécution du 25 avril 2007 génèrent directement ou indirectement de nouvelles obligations tant pour le Conseil national de l'ordre des architectes que pour les ordres provinciaux dont l'importance doit d'autant plus être soulignée qu'elles sont susceptibles d'être sources de mise en cause de leur responsabilité.

La première de cette obligation qui est mise à charge du Conseil national de l'ordre des architectes découle de la modification de l'article 38 de la loi du 26 juin 1963 qui ajouta aux missions du Conseil national l'obligation de:

« Publier sur son site internet la liste des architectes inscrits sur un des tableaux de l'ordre et la liste des stagiaires, en ordre de cotisation et autorisés à exercer la profession d'architecte. »

¹ Ce texte a été rédigé avec la collaboration active dans les recherches de Mes Bénédictes PETIT et Florence LOOSEN.

² Pour une présentation plus complète de la loi du 15 février 2006, voir en particulier P. HENRY et B. DEVOS, « La profession d'architecte. Exercice en société et assurances: la nouvelle donne », *J.T.*, 2008, pp. 325 et ss.; R. DE BRIEY, « La loi du 15 février 2006: évolution ou révolution de la profession d'architecte? », *JURIM Pratique*, 2008/2, pp. 7 et ss.; J.-F. HENROTTE, L.-O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte, contraintes actuelles et statut de la profession*, Bruxelles, Larcier, 2008, spécialement pp. 14 à 64; B. LOUVEAUX, « Sociétés d'architectes, la nouvelle loi relative à l'exercice de la profession: l'assurance obligatoire », *Lettre d'information Immobilier*, 2006/7, pp. 1 et ss.; B. KOHL, « Aspects récents des conditions d'exercice de la profession d'architecte », *Droit de la construction*, Edition du Jeune Barreau de Liège, 2006, pp. 9 et ss.

¹⁵⁷ P. HENRY et F. POTTIER, « Réforme de la loi Breyné, à la recherche de l'arche perdue », in *Liber Amicorum Aimé De Caluwe*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 249 et suiv., spéc. p. 279.