

Faculté de droit et de criminologie

*Les protections du maître de l'ouvrage
non professionnel face à l'entrepreneur
dans le contrat de construction. Le
maître de l'ouvrage peut-il être un
consommateur ?*

Auteur : Gauvain Brogniez

Promoteur : Werner Derijcke

Lecteur : Guy Horsmans

Master [120] en droit, à finalité spécialisée : Justice civile et pénale

Avant-propos

Le temps file. Quoi que nous fassions, quoi que nous voulions, le temps s'écoule, imperturbable. Et si le plus souvent « les jours se suivent et se ressemblent », nous maintenant dans la tranquillité ou la monotonie de notre existence – selon notre chance – et l'illusion que demain sera pareil à hier – avec les mêmes joies, les mêmes soucis et les mêmes possibilités – l'inévitable changement inhérent au temps qui s'égrène se rappelle parfois à nous, nous rappelle que demain ne sera jamais hier. Ainsi, nul n'évitera tous ces événements plus ou moins soudains et bouleversants : une naissance, un accident, la fin d'une relation, une rencontre, une crise sanitaire, ..., la fin de ses études.

Mais face à ces réalités que le temps rapproche toujours de nous jusqu'à ce que nous les rencontrions, il est possible agir. Nous pouvons ajouter notre volonté aux composantes qui précisent et matérialisent ces changements, et ainsi tenter avec plus ou moins de succès d'infléchir le cours du temps – de *notre* temps – dans la direction voulue. Notre volonté participe de cette manière au drame et au merveilleux de la vie, et c'est en partie ce que mon mémoire représente pour moi : il marque le terme de cinq années d'études à la Faculté de droit de Louvain-la-Neuve, un changement inévitable.

J'espère que vous apprécierez la lecture de mon mémoire, ma contribution à infléchir le déroulement de ma vie dans le sens que je souhaite lui donner.

J'ai voulu ce mémoire à la fois comme l'aboutissement d'un processus et la maille de plusieurs autres fils entremêlés, afin qu'il trouve sa place, si humble soit-elle, dans la toile infinie et incroyablement complexe de l'existence. À la fois une chose finie et une contribution, une cause ou une conséquence de beaucoup d'autres. Il en va de même pour le droit privé de la construction, comme pour toute discipline, qui doit émerger, se préciser puis trouver son utilité relative dans le développement des sociétés humaines.

Le droit des contrats m'a attiré dès le début de mes études, notamment pour ses qualités créatives et ses grands principes ancrés dans les relations concrètes entre les personnes. Le droit administratif et le droit de la consommation comptent aussi parmi mes disciplines préférées. De ce fait, les rapports contractuels dans la construction me sont apparus comme un bon sujet – intéressant et d'actualité – pour croiser mes préférences. De plus, j'ai personnellement été touché par la déception et la détresse de certains maîtres d'ouvrage devant la tournure que prenait la réalisation de leur projet.

Gauvain Brogniez

Louvain-la-Neuve, 3 août 2021

- La victoire n'est pas finale, la défaite n'est pas fatale. C'est le courage de continuer qui compte. Winston Churchill.

Il sera fait usage du « nous » majestatif dans la suite du texte.

Table des matières

Avant-propos	2
Introduction générale	4
Section 1 : Notions fondamentales	4
Section 2 : Finalité et actualité de la question de recherche	7
Section 3 : Annonce du plan	11
Chapitre 1 : L'état actuel du maître de l'ouvrage privé, à quand un régime cohérent ?	12
Section 1 : Les règles du Code civil, un solidarisme contractuel en germe ?	14
Section 2 : Le maître de l'ouvrage et les lois consuméristes, un rendez-vous manqué	16
Section 3 : Les obligations liant les parties, une épée de Damoclès	21
Section 4 : La réalité de la convention par son objet, la construction ..	26
Conclusion intermédiaire	34
Chapitre 2 : La constitutionnalité et l'objectif européen	35
Section 1 : L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011	35
Section 2 : Le maître de l'ouvrage au regard de l'objectif européen	40
Conclusion intermédiaire	43
Chapitre 3 : Les éléments de droit comparé	44
Section 1 : La Belgique, élève européenne moyenne	44
Section 2 : Le droit français, le sein fécond de la petite Belgique	45
Conclusion intermédiaire	49
Chapitre 4 : Á la croisée des chemins, un nouveau droit privé de la construction	51
Section 1 : De la notion de consommateur... à celle de partie faible, la nécessité d'ouvrir notre regard	51
Section 2 : Les règles d'un nouveau contrat privé de construction	55
Conclusion intermédiaire	57
Conclusion générale	58
Remerciements	60
Bibliographie	61

Introduction générale

1 – Vue d’ensemble. Ce mémoire aborde principalement le droit belge des contrats. Il pose la question de recherche suivante : « Les protections du maître de l’ouvrage non professionnel face à l’entrepreneur dans le contrat de construction. Le maître de l’ouvrage peut-il être un consommateur ? ».

Notre question de recherche, en substance, met en cause l’adéquation des protections légales actuelles des personnes qui concluent une convention d’entreprise de construction, et débouche sur la proposition d’un nouveau régime légal du rapport contractuel qui lie le constructeur et le particulier qui fait construire ou rénover à des fins non professionnelles, considérant que le maître d’un ouvrage de construction à titre privé pourrait être un consommateur. Il est en tout cas la partie faible au contrat.

Les notions de « contrat de construction », « maître d’ouvrage », « consommateur » et « entreprise » seront au cœur du développement, il convient donc de les définir de suite. Nous terminerons cette introduction générale en défendant l’intérêt de notre sujet.

Section 1 *Notions fondamentales*

2 – Le contrat de construction. Nous définissons le contrat de construction comme un cas particulier du contrat d’entreprise général.

Le contrat d’entreprise ou le louage d’ouvrage (C. civ., art 1710) est le contrat synallagmatique par lequel une personne appelée l’entrepreneur s’engage à exécuter des prestations déterminées commandées par une autre personne appelée le maître de l’ouvrage, pour un prix fixé et sans que l’entrepreneur ne soit soumis à un lien de subordination¹.

Le contrat de construction s’agit par conséquent du contrat d’entreprise dont les prestations principales consistent en l’érection, la rénovation ou la modification d’un bien immobilier. Nous incluons en effet sans distinction les opérations de rénovation ou de modification des immeubles dans le champ de notre étude, du moment que celles-ci se rapportent au « construit », au « bâti ». L’expression « contrat de construction » reçoit un sens large dans le cadre de notre mémoire.

La construction elle-même alors (qu’elle soit entièrement nouvelle ou une amélioration) désigne toutes les prestations qui touchent à la forme de l’immeuble même, à la structure du bâtiment. Ceci exclue *a priori* le fait de repeindre un mur ou d’accrocher des nichoirs à oiseaux.

Concernant les différences entre le genre et l’espèce, les auteurs résument justement les spécificités du contrat de construction par rapport au contrat d’entreprise général par les trois éléments suivants : la responsabilité décennale des constructeurs, les règles

¹ Voyez notamment D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE (sous la dir. de D. DESSARD), *Le contrat d’entreprise ; Partie 1*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 37 et H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 844 .

spécifiquement relatives aux travaux et l'action directe du sous-traitant². Or la règle de la responsabilité décennale de l'architecte et de l'entrepreneur (C. civ., art. 1792) ne concerne manifestement que les vices *graves* de construction, les vices qui mettent en péril la stabilité du bâtiment. L'ouvrage réalisé ne peut donc avoir été superficiel, comme l'exemple des travaux de peinture.

Quant aux règles spécifiquement relatives aux travaux, il s'agit des règles supplémentaires pour le contrat de construction par rapport au régime général du contrat d'entreprise simplement en raison de l'activité précise exécutée, en l'occurrence des travaux pour un immeuble. En effet, tout contrat soumis à un régime détaillé dans la loi, le cas échéant dans le Code civil, est *en plus* soumis aux règles propres à l'objet particulier du contrat s'il en existe. Ainsi, la vente d'une veste dans un grand magasin de vêtements est soumise, outre aux règles générales du contrat de vente, aux règles du droit du consommateur. De la même manière, un bail étudiant sera régi par les règles du contrat de bail et par les règles précises pour le logement étudiant. Cette différence juridique avec la convention d'entreprise de base (art. 1710) est celle qui amène le plus de discussion, les éléments de distinction que sont la responsabilité décennale et l'action directe du sous-traitant étant plus « clairs », plus précisément identifiables. Nous y reviendrons (*confer* points 33 et suivants).

Enfin, nous nous concentrons sur le contrat de construction conclu à des fins privées d'utilisation, c'est-à-dire que le maître de l'ouvrage n'est pas un professionnel et veut probablement habiter son bien ou le mettre en location.

3 – Le maître de l'ouvrage. La notion du maître de l'ouvrage a déjà été définie ou peu s'en faut ci-dessus : il est la partie au contrat d'entreprise (de construction) qui commande des prestations déterminées à l'entrepreneur, en échange d'un paiement mais sans exercer une véritable autorité sur lui. Puisque le maître de l'ouvrage est une figure du contrat d'entreprise (de construction), il ne doit pas être confondu avec l'acquéreur dans le contrat de promotion d'immeuble, pas plus qu'avec l'employeur dans la convention de travail.

Ainsi, « par le terme 'maître de l'ouvrage', nous visons celui qui assume les obligations et la maîtrise du projet. Il s'agit donc de celui qui prend en charge les divers aspects du projet et en assume une part active par opposition à l'acquéreur qui s'adresse à un promoteur qui lui vend un bien, même futur et même s'il peut apporter certaines modifications sur catalogue. Cet acquéreur n'a aucune maîtrise dans l'intervention et n'a donc pas à engager d'architecte pour faire contrôler les travaux dès lors qu'il s'adresse à un promoteur »³. Le maître de l'ouvrage « se mouille » par rapport à l'acquéreur d'une maison dite clé-sur-porte, il est partie au contrat de *construction* et il doit respecter plusieurs obligations qui dépassent celle de payer le prix, notamment celle d'engager un architecte.

Certes, on ne saurait recourir à la promotion sans impliquer une (convention de) construction. Mais dans cette hypothèse celui qui commande l'immeuble ne contracte strictement qu'avec le promoteur, le professionnel qui engagera et gèrera les personnes de métier dans le cadre de leur propre relation contractuelle, faisant de la promotion et de la construction qui en dépend deux conventions distinctes. De sorte que dans le contrat de promotion, « c'est le promoteur qui assume la fonction de maître de l'ouvrage, en

² *Ibid.*, p. 42.

³ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 22 ; voyez aussi Mons, 12 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 152, note J.-Fr. HENROTTE, « Les actions en responsabilité contractuelle dirigées à l'encontre des architectes et entrepreneurs se transmettent-elles aux clients des promoteurs ? ».

professionnel, et c'est lui qui répond à l'égard de l'acquéreur des fautes de l'architecte et des entrepreneurs qu'il a choisis »⁴.

4 – Le consommateur. Moins une personne qu'un concept, le consommateur concentre toute la substance de ce mémoire.

La définition la plus actuelle en droit belge que l'on peut donner du consommateur est celle tirée du Code de droit économique : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁵.

Le consommateur n'est donc pas une personne qui se définit tout entière par son absence de connaissances techniques ou professionnelles, ou sa faiblesse au niveau économique. J. Vannerom écrit que « le consommateur n'existe pas. Les consommateurs forment plutôt un groupe hétérogène »⁶. Le consommateur est une figure *relative*.

Cette relativité est double. D'une part, je ne suis un consommateur que dans la mesure où j'agis dans le cadre d'un marché pour lequel je n'ai pas été formé à la pratique professionnelle. Je suis potentiellement une infinité de consommateurs, et mon degré d'inaptitude à comprendre la pratique d'un marché dépend forcément du marché considéré, notamment au regard du juge en cas de litige⁷. D'autre part, je ne suis un consommateur que dans les limites d'une relation avec une entreprise, c'est-à-dire un professionnel dans l'exercice de son activité⁸.

Par conséquent, ce qui définit *réellement* le consommateur est la position de faiblesse par rapport à son cocontractant, plus ou moins manifeste, qu'il revêt dans chaque situation dans laquelle il traite avec un professionnel. De sorte que les règles et mécanismes juridiques de protection du consommateur devraient systématiquement se rappeler la force d'information, de négociation et d'action moindre du non-professionnel contractant avec l'entreprise pour constituer le droit le plus efficace et cohérent possible, dépendamment du marché considéré.

La construction par exemple est une opération économique vitale et cependant très risquée pour un non-professionnel.

5 – L'entrepreneur. Enfin, l'entrepreneur est la personne physique ou morale qui, sans être soumise au maître de l'ouvrage, exécute les prestations tirées du contrat d'entreprise contre rémunération.

S'il agit en tant que professionnel, il est aussi une « entreprise » visée par le Code de droit économique.

⁴ Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 263.

⁵ C. drt. éco., art. I.1, al. 1^{er}, 2^o.

⁶ J. VANNEROM, *Consumentenbescherming bij de uitvoering en herziening van kredietovereenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 77.

⁷ *Ibid.*, pp. 86 et suivantes ; voyez aussi E. TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht ; Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 26.

⁸ C. drt. éco., art. I.1, al. 1^{er}, 1^o.

Section 2

Finalité et actualité de la question de recherche

6 – Un droit du consommateur jeune et sans doute encore lacunaire. Le 21 décembre 2013, le législateur fédéral adoptait une loi qui abrogeait la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur et créant un livre VI à l'actuel Code de droit économique, qui devenait, par ailleurs, la base du droit belge de la protection du consommateur⁹. Nulle part dans ce livre les maîtres d'ouvrage dans les contrats de construction ne sont explicitement et pleinement considérés comme des « consommateurs ».

Cependant, le Code de droit économique définit simplement le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité [professionnelle] »¹⁰. Et la simple convention qui lie un consommateur et une entreprise au sens du Code de droit économique s'appelle un contrat de consommation. Le futur livre 5 du Code civil, article 5.11, retient déjà cette acception extrêmement large de la consommation.

Et les contrats de consommation sont résolument une catégorie de contrats instituée par les législateurs, progressivement depuis la fin des années quatre-vingt environ¹¹, en raison de la différence de force *de facto* au contrat entre les deux parties, dans un but de protection du consommateur, en ce qu'il est la partie faible¹². Cette protection se traduit par une limitation de la liberté contractuelle en imposant l'application de règles impératives, voire d'ordre public.

Ces règles – qui réduisent la liberté contractuelle pour protéger le consommateur « de lui-même » d'une part et des pratiques abusives des professionnels d'autre part – traduisent une conception des contrats plus en phase avec la réalité pratique et bien plus intéressante que celle avancée initialement par le Code Napoléon, qui magnifie la liberté des contrats et l'autonomie des personnes, ainsi que la propriété immobilière.

Et pourtant. Et pourtant, le maître d'une construction à des fins non professionnelles, c'est-à-dire la personne (physique) qui fait construire ou rénover dans le but d'habiter ou de mettre en location, n'est, apparemment, pas ou peu inclus dans la protection offerte par le droit de la consommation lorsqu'il contracte avec l'entrepreneur. On peut se demander si cette situation est vraiment cohérente et, dans un second temps, préférable.

7 – L'insécurité du maître de l'ouvrage privé. On entend souvent que les Belges naissent avec « une brique dans le ventre ». Nous connaissons tous vraisemblablement l'histoire de la construction d'une maison dont les délais ont été largement dépassés, de la confection d'une véranda dont l'isolation est défectueuse, de la rénovation d'une cuisine ou d'une salle de bain qui s'est achevée dans la douleur avec la personne de métier. Il existe une « coutume » de fait selon laquelle des travaux prennent toujours plus de temps et coûtent toujours plus d'argent à celle qui les commande que l'accord établi entre les parties ne le prévoyait. Ceci est accepté et considéré comme étant « normal ». Or,

⁹ Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI "Pratiques du marché et protection du consommateur" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique, part. art. 3 et 8, *M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103506.

¹⁰ C. drt. éco., art. I.1, al. 1^{er}, 2^o.

¹¹ P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières: questions d'actualité », in *La vente immobilière* (sous la dir. de B. KOHL), Liège, Anthemis, 2010, p. 275.

¹² Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 78.

l'acquéreur d'un ouvrage immobilier court deux risques majeurs : que les travaux soient inachevés, et que l'immeuble soit défectueux, en raison de la déconfiture ou de l'incompétence du constructeur¹³.

8 – Des bases prometteuses mais insuffisantes. Au vu de l'insécurité du maître de l'ouvrage non professionnel dans les contrats de construction, par rapport à son cocontractant, on comprend que des auteurs protestent, défendant que le maître d'un ouvrage privé mérite des protections parce qu'il est – le mot est lâché – un consommateur, la partie faible contractant avec un constructeur.

Nous citons par exemple J. Renard et A. Joris : « À ce jour, on peut véritablement parler de 'droit immobilier de la consommation' qui impose le respect de certaines règles, contraintes et formalités dans la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat immobilier, distinctes des obligations du droit civil, et assujetties à des sanctions propres »¹⁴ ; on retrouve exactement la même pensée chez F. Balon, lequel ajoute que ces règles pèsent « plus spécifiquement [encore] sur les constructeurs »¹⁵ ; aussi sous la plume d'auteurs français : « Le logement répond à un besoin personnel et familial. Il est à ce titre objet de consommation »¹⁶ ; et encore auprès de J. Laffineur : « Il n'est pas douteux que les services s'appliquant aux biens immobiliers relèvent du droit de la consommation dès lors que le prestataire professionnel agit à la demande d'un particulier »¹⁷.

Il existe en effet déjà plusieurs législations et réglementations plus ou moins « consuméristes » consacrées à la protection de l'acquéreur d'immeuble à titre privé au moins. On songe principalement à la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, ci-après « loi Breyne »¹⁸ ¹⁹. Cependant, d'une part, ces textes impératifs ne portent essentiellement que sur des règles protectrices applicables au stade de la conclusion de la convention, des conseils et devoirs d'information qui sont dus au contractant²⁰. Nous citons par exemple le devoir général d'information qui pèse sur le constructeur et le fort devoir de conseil de l'architecte²¹. D'autre part, ces textes impératifs et surtout la loi Breyne ne concernent en priorité que la vente d'habitation, ce qui exclut *a priori* une protection dans le rapport contractuel qui lie le maître d'ouvrage et le constructeur.

Si ces législations sont bénéfiques et si l'objectif de la loi Breyne était à l'époque de protéger le « consommateur », on est en droit de se demander si cette protection juridique n'est pas insuffisante à l'heure actuelle, tant dans son champ d'application que dans son contenu. Par exemple, B. Louveaux écrivait déjà en 2002 que la loi Breyne a surtout été

¹³ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction*, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 16.

¹⁴ J. RENARD et A. JORIS, « L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), Liège, Anthemis, 2011, p. 83.

¹⁵ F. BALON, « L'architecte et la loi relative aux pratiques du marché 'immobilier' », *Jurimpratique*, 2012, p. 57.

¹⁶ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 2003, p. 415.

¹⁷ J. LAFFINEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *Jurimpratique*, 2012, p. 7.

¹⁸ Loi « Breyne » du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971, p. 10442 ; voyez aussi l'arrêté royal du 21 octobre 1971 pris en exécution de la loi Breyne, le Code de droit économique déjà mentionné et la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

¹⁹ J. LAFFINEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *op. cit.*, p. 35.

²⁰ P.-Y. ERNEUX, « Libres propos sur l'incidence du droit immobilier de la consommation dans le contrat notarial ; 'Un éléphant dans un magasin de porcelaine ou l'encouragement d'une évolution en marche ?' », *Jurimpratique*, 2012, p. 37 et N. SAUPHANOR-BROUILLARD, avec le concours de É. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Traité de droit civil ; Les contrats de consommation ; Règles communes*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 251 et suivantes.

²¹ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 55 et Y. HANNEQUART, *La responsabilité de l'architecte*, Liège, Jeune Barreau, 1985, pp. 60-61.

adoptée par le législateur dans le but de « moraliser » les contrats de vente d'immeuble, de constituer presque un simple « rappel à l'ordre » et une protection *primordiale* mais peut-être pas définitive. L'auteur ajoute même que « la loi Breyne n'a pas connu de cas d'application dans la jurisprudence publiée depuis des années, peut-être parce que la loi aurait rempli son rôle moralisateur dans le chef des promoteurs »²².

9 – Un engouement cependant pour la protection des consommateurs et l'adoption du nouveau Code civil. Le législateur fédéral se réveille enfin. Il suffit de taper « contrat » dans la barre de recherche du site de la Chambre des représentants, partie « 55^e Législature » de notre pays, pour constater à quel point la protection du consommateur est omniprésente dans le droit des contrats actuel. On peut lire une proposition de loi pour améliorer le droit des passagers victimes d'une annulation²³, une autre proposition de loi pour encadrer les sanctions du consommateur lorsque celui-ci n'exécute pas le paiement²⁴, une autre pour octroyer la qualité de consommateur à certaines associations de copropriétaires²⁵, etc.

Le plus intéressant dans ce nouveau souffle du droit de la consommation est de constater que celui-ci devient de plus en plus du droit « sectoriel » de la consommation. Les législations spécialisées en fonction du marché se multiplient. De la même manière que la figure du consommateur est relative et changeante, la protection des non-professionnels se diversifie, s'insère dans la pratique de tous les droits et se met en réseau. Toutefois des centaines de modifications notamment législatives sont encore nécessaires pour intégrer pleinement le concept de protection de la partie faible ne serait-ce que dans les rapports contractuels, et l'on peut se prêter à l'exercice pour une myriade d'intervenants. Le présent mémoire « joue le jeu » de défendre le consommateur-maître de l'ouvrage.

En outre, nous réalisons ce mémoire en pleine période de mutation du Code civil belge, plus spécifiquement au moment où l'on ne sait rien encore du contenu du futur livre 6, le nouveau droit général des contrats spéciaux²⁶. Les membres de la commission pourraient trouver inspiration à la lecture de ce mémoire.

10 – Ce que ce mémoire tente d'apporter. Considérant ce qui précède, considérant que la construction concerne la quasi-totalité des personnes confrontées à la nécessité de se loger, faisant ainsi des biens immobiliers des biens de consommation²⁷, et considérant que le maître de l'ouvrage est soumis à de plus en plus d'obligations qui font de lui un partenaire de la construction au même titre que l'architecte et l'entrepreneur même lorsqu'il n'est pas professionnel du secteur²⁸, nous nous proposons d'analyser les protections actuelles du maître de l'ouvrage privé, leur adéquation et la possibilité que le commanditaire de travaux privés soit pleinement considéré comme une partie à protéger.

Quant à ce que nous proposons comme solutions, nous étudions en tout cas la pertinence d'une nouveauté du droit français : le contrat de construction de maison individuelle (CCMI) (*confer* points 63 et suivants). Désormais, en droit français, le contrat relatif à la

²² B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, p. 8.

²³ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en vue d'améliorer le droit des passagers victimes d'annulation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2019, n° 0264/001.

²⁴ Proposition de loi visant à encadrer les pénalités qui peuvent être réclamées au consommateur en cas d'inexécution ou d'exécution partielle d'une obligation de sommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0501/001.

²⁵ Proposition de loi modifiant le Code civil, visant à accorder la qualité de consommateur à certaines associations de copropriétaires, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2019-2020, n° 1372/001.

²⁶ Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », art. 2, al. 1^{er}, 6^o, *M.B.*, 14 avril 2019, p. 46353.

²⁷ J. LAFFINEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *op. cit.*, p. 7.

²⁸ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, p. 7.

construction d'une seule habitation à des fins privées d'utilisation est un *autre* contrat d'entreprise que le louage d'ouvrage commun et les obligations du constructeur sont impérativement réglementées²⁹. Le CCMI est un contrat consumériste, car ses dispositions essentielles comportent une garantie de livraison à prix et délai convenus, des mentions obligatoires, des clauses interdites, des conditions suspensives, etc, et sans qu'il soit nécessaire que le maître d'ouvrage n'ait à faire quoi que ce soit pour profiter de ce régime avantageux³⁰. Ce régime impératif correspond plus ou moins à celui du marché à forfait qui existe en Belgique, au choix des parties, sur le pied de l'article 1793 du Code civil³¹. Mais nous n'imaginons pas qu'en matière de construction privée le maître de l'ouvrage puisse contracter avec un entrepreneur qui accepte de se soumettre à un marché à forfait, ce qui prouve une fois de plus sa position de faiblesse en droit belge.

Nous terminons d'ailleurs cette introduction générale par un brillant extrait de doctrine française : « Pour nous procurer des biens ou des services, nous tous consommateurs entrons en relation avec des personnes, physiques ou morales, qui font profession de vendre des biens ou de fournir des services. Or la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. La compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent sa dimension financière, lui permettent de dicter sa loi au consommateur. Cela ne signifie pas que les professionnels sont par hypothèse gens malhonnêtes, cherchant à abuser de la situation. Il n'en est pas moins vrai que les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes »³². « Le droit de la consommation cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs : il met à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droits pour les seconds »³³.

Et justement, notre mémoire ne cherche pas à stigmatiser les entrepreneurs de la construction, qui seraient « par hypothèse gens malhonnêtes », mais à régler les inégalités qui subsistent entre le maître de l'ouvrage profane et le constructeur, et à trouver le meilleur système pour tous.

Enfin, nous répétons que le champ de notre étude se limite au maître de l'ouvrage dans les contrats privés de construction en raison de motifs personnels et des exigences du format de ce travail (mémoire), mais il nous semble tout à fait possible de se prêter au même exercice – celui d'étendre le champ d'application des protections de la partie faible au contrat – pour le maître de l'ouvrage dans tous les contrats d'entreprise, pour les autres contrats de services, etc. Par la présente, nous critiquons aussi certains « sacro-saints » très généraux du droit civil belge, tels que l'autonomie fondamentale de la volonté, la distinction entre les meubles et les immeubles et le libéralisme dans les conventions. Aucune base même solide n'est entièrement bonne lorsqu'elle est exacerbée, et la disproportion participe à la perte de confiance en ce qui nous entoure et nous relie, dans le cas présent l'efficacité et la beauté – à nos yeux – du droit des contrats.

²⁹ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction*, op. cit., p. 39.

³⁰ *Ibid.*, p. 100.

³¹ J. GILLARDIN, « Règles propres aux contrats d'entreprise de construction », in *Traité pratique de droit commercial. Tome 1. Principes et contrats fondamentaux* (sous la dir. de C. JASSOGNE), Waterloo, Kluwer, 2009, p. 651.

³² J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., 2003, p. 1.

³³ *Ibid.*, p. 3.

Section 3

Annonce du plan

11 – Plan du mémoire. Ce mémoire est divisé en quatre chapitres :

- le droit actuellement applicable au maître de l'ouvrage privé et les failles de ce système ;
- la critique de ce régime au regard de la Constitution et du droit de l'Union européenne ;
- une partie de droit comparé ;
- tirer les conclusions des chapitres précédents pour proposer un nouveau régime du contrat de construction.

Chapitre 1

L'état actuel du maître de l'ouvrage privé, à quand un régime cohérent ?

12 – Rétablir la confiance. Nous évoquions notamment aux points 4 et 9 de ce mémoire que la figure du non-professionnel, partie faible, varie systématiquement selon les personnes contractantes et le marché auquel ces personnes prennent part, et que sa protection devrait être adaptée à chaque marché. De manière tout à fait contradictoire, bien que le droit civil belge soit en pleine transformation, force est de constater que celui-ci s'affranchit difficilement du « modèle de perfection » avancé au XIX^e siècle : un droit qui n'existe pratiquement que par la législation, positiviste, qui ne peut être que parfait puisqu'issu de la « volonté générale », d'un État fort, souverain et minimaliste. Nous pensons que l'exaltation de la souveraineté par et pour le peuple ainsi que l'excitation de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle étaient des étapes nécessaires pour sortir de la tyrannie oppressante d'Ancien Régime.

Mais nous ne vivons plus dans un État qui parle d'une seule voix, qui concentre tous les pouvoirs « lesquels émanent de la nation », si tant est qu'un tel État ait jamais existé. Rien qu'au niveau de la loi, celle-ci subit le concours de nombreux autres pouvoirs : politiques, jurisprudentiels, médiatiques, économiques, particuliers, internationaux, etc. Loin des paradigmes de 1804, « l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté », notamment par l'émergence de nombreux pouvoirs privés, « la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme et tous les pouvoirs interagissent »³⁴. B. Frydman et G. Haarscher ajoutent que le contrat social ne suffit plus, et que « l'Homme est un loup pour l'Homme » même au sein de l'État de droit civil³⁵.

Il est heureux que nous ayons énormément évolué depuis la société civile d'il y a deux-cents ans, pas beaucoup moins liberticide et hypocrite que celle qui la précédait. Notre monde est intrinsèquement complexe et empreint de relativité dans les relations mais c'en est une richesse, notamment au niveau du droit et de l'économie : nous ne sommes plus chacun d'entre nous cantonné au rôle soit d'aristocrate soit de serf, soit de bourgeois soit d'ouvrier, décideur ou exécutant par nature. Mais chacun d'entre nous, professionnel dans un ou plusieurs domaines, dont dépend parfois le consommateur, risque d'imposer sa loi à autrui, profane, relativement à cette situation.

Or le droit doit s'adapter à la réalité factuelle, idéalement pour l'ordre et le bonheur des personnes. Il ne peut plus croire – et il ne croit déjà plus – qu'un Code de quelques deux-mille articles puisse régir toute la société civile. Et cependant c'est particulièrement dans le droit économique que l'intervention législative s'est réduite à l'utilisation de « notions légales extrêmement vagues, telles que l'intérêt du consommateur », laissant un « pouvoir

³⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002, p. 14.

³⁵ B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2002, pp. 2 et 34 ; voyez aussi F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, Bruxelles, 1987, p. 112 et TH. REDPATH, « Réflexions sur la nature du concept de contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume », in *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Actes des journées d'étude organisées à Dijon pour la commémoration du 200^e anniversaire du contrat social, Paris, 1964, p. 55.

quasi discrétionnaire [aux entreprises] au niveau de la conclusion de chaque contrat individuel, rendant extrêmement aléatoire tout contrôle de légalité »³⁶.

Et toujours est-il qu'une règle de droit n'existe en tant que telle que si elle présente une certaine légitimité, elle inspire de la confiance à ses destinataires qui s'y soumettent spontanément. Et elle est acceptée par ses assujettis parce qu'elle s'inscrit dans le réseau du droit actuel et des autres domaines que le droit, notamment la morale ou l'éthique³⁷. Comment pourrait-il en être ainsi du droit privé actuel de la construction alors que celui-ci, minimaliste et général, n'est plus en phase avec la réalité du terrain ? ; alors que son contenu se limite principalement à la bonne information du consommateur lors de la phase précontractuelle ? ; alors que le contrat de construction est plural dans sa nature (entreprise, vente, consommation, petite rénovation ou importante nouvelle construction, etc) et relatif dans ses solutions (le droit de l'entrepreneur de se faire payer rencontre l'obligation de celui-ci de s'exécuter conformément à la convention et de bonne foi, la nécessité pour lui de faire des profits intéressants rencontre l'attente légitime du maître de l'ouvrage de recevoir les travaux à prix et délai convenus, etc) ? ; alors que la construction s'agit d'une opération vitale, extrêmement coûteuse et risquée pour les particuliers ?

Pour illustrer la portée tentaculaire des conflits privés de construction, J.-W. Verbeke prend l'exemple d'un maître d'ouvrage qui entendrait obtenir réparation pour le retard de plus d'un an dans la livraison des travaux : ce litige relèverait du droit privé de la construction, lequel croise plusieurs autres régimes juridiques, notamment de droit de la consommation ; et d'ajouter : « la construction est à bien des égards un processus très complexe, pour lequel de nombreux acteurs sont impliqués »³⁸.

La protection des non-professionnels dans les relations contractuelles ne pourra véritablement entrer dans le droit et dans les esprits que par une approche moderne et systémique, qui aura intégré la complexité intrinsèque du droit de la consommation, et qui l'aura intégrée de la même manière dans la société humaine qui est tout aussi complexe et multiface. Le présent mémoire s'inscrit dans cette optique, car seulement « dès lors qu'on adopte une perspective pluraliste et relativiste, chaque monde retrouve sa logique »³⁹.

Nous clôturons cette introduction du premier chapitre par une observation quant aux résultats de nos recherches pour la réalisation de ce mémoire. Dans un autre mémoire de la Faculté de Droit de l'Université de Louvain déposé en 2016, on lit d'emblée la phrase suivante : « Depuis quelques années, la liberté contractuelle dans le domaine immobilier se voit progressivement limitée par différentes branches du droit. Nous pouvons citer, d'une part, le droit administratif et d'autre part, le droit de la consommation. Ce dernier se décline dans différentes lois fédérales, telles que la loi Breyne, et la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ou la loi du 2 août 2002 pour les titulaires de profession libérale »⁴⁰. Si nous nous réjouissons que cet extrait rejoint partiellement ce que nous défendons dans le présent mémoire, nous déplorons que celui-ci présente les ajouts tirés du droit administratif et du droit de la consommation à celui de la construction comme des « complications » de cette branche juridique. À l'heure où l'on enseigne aux étudiants à fortement nuancer la séparation entre les différentes

³⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 501 et 502.

³⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 337.

³⁸ J.-W. VERBEKE, *De aannemer als verkoper ; Rechtsvergelijkende analyse naar Belgisch en Frans recht van de vorderingen van de bouwheer bij verborgen gebreken in het materiaal van het werk*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 1 et 2.

³⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 8.

⁴⁰ C. COUVREUR, *Les livres VI et XIV du Code de droit économique : application dans le domaine immobilier et dans la pratique notariale* (sous la promotion de E. BEGUIN), p. 1, Mémoire de l'Université catholique de Louvain, DIAL e-mémoire <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3700>, Année académique 2015-2016.

branches du droit, à simplifier leur discours aux non-juristes, quitte à bannir l'usage excessif du Latin – cette « maladie du juriste » –, et où les cours de déontologie et de philosophie du droit connaissent un grand succès, ne faudrait-il pas rendre le droit de la construction – lequel croise en effet le droit des contrats, le droit administratif et le droit de la consommation – plus accessible aux particuliers et plus cohérent dans sa complexité, considérant que l'acte de construire est à la fois une quasi-nécessité et souvent la dépense la plus importante de la vie d'une personne ?

En bref, le droit de la construction ne nous apparaît pas du tout « sexy » pour les non-praticiens. De plus, il est incomplet et en décalage avec le chemin que prend actuellement le droit civil belge, et, partant, source de mépris car ignoré ou ne suscitant pas une véritable confiance. Nous analysons par conséquent les règles qui constituent la situation actuelle du maître de l'ouvrage dans la suite de ce premier chapitre, et la nécessité de créer un nouveau régime.

Nous distinguons deux grands blocs de règles : les règles du Code civil et les règles des lois particulières, plus ou moins consuméristes et impératives.

Section 1

Les règles du Code civil, un solidarisme contractuel en germe ?

13 – Le solidarisme contractuel. Nous définissons le solidarisme contractuel comme une conception émergente du droit des contrats, plus sociale, qui tient compte des interactions dynamiques entre les parties, selon leur nature, leur force et leur rôle à jouer dans la convention, qui est apparue principalement en France et qui rencontre de plus en plus de succès dans les pays européens⁴¹.

Les dispositions qui établissent la faiblesse présumée d'une partie au contrat par rapport à l'autre et prévoient un droit avantageux pour cette personne sur la base de sa faiblesse relative nous apparaissent manifestement comme une forme précise de solidarisme contractuel. Or, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, certaines de ces dispositions sont très anciennes. Il en va ainsi du cadre que le Code civil donne au contrat d'entreprise général, plus encore pour la construction. Ne peut-on y voir un solidarisme entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur voulu par le législateur dès 1804 ?

14 – Les dispositions du Code civil. En effet, après avoir défini le « louage d'ouvrage » comme le contrat par lequel une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un paiement (C. civ., art. 1710), le Code poursuit avec des articles plus précis, mettant en lumière la conception que le Code d'origine se faisait déjà du maître de l'ouvrage – ce commanditaire de services qui doit rémunérer son entrepreneur.

On apprend ainsi que l'entrepreneur supporte les risques de perte des matériaux en toute hypothèse, tant que le maître n'a pas été mis en demeure de les recevoir (art. 1788). L'entrepreneur assume pleinement les conséquences de ses fautes d'exécution (art. 1789) et ne peut prétendre à son paiement si la chose promise périt de quelque manière que ce

⁴¹ J. RENARD et A. JORIS, « L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 119.

soit, sauf par vice de la matière (art. 1790). Le maître ne paie encore son cocontractant qu'en proportion de son exécution par rapport au travail promis, le cas échéant (art. 1791).

Et il existe, spécialement pour l'entreprise de construction, la responsabilité décennale des constructeurs, pour les vices graves seulement, mais « même par le vice du sol » (art. 1792). Comment *ne pas* sentir une volonté de protéger le maître de l'ouvrage au travers de ces articles ? Et rappelons que la doctrine majoritaire retient justement la responsabilité décennale des constructeurs, avec l'action directe du sous-traitant et les règles spécifiques à l'objet du contrat, comme un élément de distinction décisif entre le contrat d'entreprise général et le contrat de construction.

Nous aborderons dans les sections suivantes les règles spécifiques en raison de l'objet du contrat, à savoir l'érection ou la rénovation d'un bâti.

Quant à la sous-traitance, que nous ne développons pas dans ce mémoire, nous ne pouvons ignorer que celle-ci témoigne encore de la dimension sociale et dynamique du contrat d'entreprise que présente le Code civil. Le fait que ce dernier prévoit une action tout à fait spéciale pour les sous-traitants (art. 1798) alors que ceux-ci sont tiers à la convention initiale, autorise l'entrepreneur principal à recourir à la sous-traitance (art. 1797) et crée un régime spécifique pour les sous-traitants, qui est de les soumettre exactement aux mêmes règles que l'entrepreneur dans la partie des travaux qui leur est allouée (art. 1799), met en évidence la « mini-société » formée par la force du contrat entre le maître de l'ouvrage, son entrepreneur et – très fréquemment – les personnes employées par l'entrepreneur, ainsi que les interactions entre eux.

Enfin, disposition moins utile en pratique mais d'un grand intérêt conceptuel, l'article 1795 : le contrat prend fin par la mort de l'entrepreneur mais pas par celle du maître de l'ouvrage. Ceci participe à conférer un caractère *intuitu personae* au contrat d'entreprise mais uniquement dans le chef du prestataire de services. Le maître est ainsi protégé car, ayant contracté avec cette personne en raison de ses qualifications particulières, entre-temps décédée, il ne verra pas automatiquement sa commande terminée par une autre personne, dont il n'a pas voulu. L'inverse – si c'est le maître qui décède – n'est pas vérifié.

15 – Une absence de mise en réseau. En résumé, le Code civil lors de son adoption faisait déjà état de la faiblesse relative du maître de l'ouvrage par rapport à l'entrepreneur, d'une volonté de le protéger, et de le protéger non seulement au moment de passer la commande et au moment de payer le prix, mais aussi tout au long de sa relation avec l'entrepreneur. Voilà pourquoi nous parlons d'un solidarisme contractuel en germe. Le législateur du XIXe siècle avait déjà conscience que le contrat de construction créait une petite société, empreinte de relations interpersonnelles déséquilibrées, par nature avantageuses pour le constructeur, entre les parties.

Cette entrée en matière qu'offrait le Code en 1804 aurait dû se développer en même temps que le reste du droit, elle aurait dû être augmentée et intégrée dans les législations futures, pour coller à la complexification des échanges (commerciaux). Ces dispositions qui pouvaient être avant-gardistes à une époque n'ont jamais été systématisées par la suite. Elles n'ont pas fait l'objet d'une doctrine ou d'une jurisprudence ampliative, pas plus qu'elles n'ont inspiré les lois consuméristes « de la construction » ultérieures, ainsi que nous l'analysons tout de suite.

Section 2

Le maître de l'ouvrage et les lois consuméristes, un rendez-vous manqué

16 – La doctrine parle. L'auteur P.-Y. Erneux décrit à son tour un foisonnement du droit immobilier de la consommation, depuis 1990 environ, avec la réécriture de la loi Breyne en 1993, l'extension du champ de la liste noire des clauses abusives de la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur aux opérations immobilières et l'adoption de diverses normes administratives d'urbanisme et d'environnement, à commencer par les codes de l'aménagement du territoire. Il explique que ce droit est disparate dans ses sources, entre le droit civil, des dispositions sectorielles rattachées au droit privé de la consommation et le droit public de l'immobilier⁴². Pourquoi ce système – en plus d'être peu clair – manque-t-il aujourd'hui de substance ?

J. Vergauwe écrit que « le droit de la consommation s'invite de plus en plus dans celui de la construction »⁴³... mais l'auteur poursuit et ne cite, à propos de cette imbrication de la consommation dans le bâti, que la loi Breyne et le livre VI du Code de droit économique, dans le droit actuel. D'autres doctrines renvoient encore à ces deux seuls textes de droit de la consommation pertinents pour le domaine de la construction⁴⁴. Voyons tout de suite pourquoi ceux-ci ne fournissent pas une réelle protection légale du maître de l'ouvrage.

17 – La loi Breyne. Nous écrivions *supra* (confer point 8) que la loi Breyne a surtout été adoptée dans un objectif « moralisateur » et qu'elle n'était pas forcément destinée à incarner la protection définitive du non-professionnel en matière d'immeubles.

En effet, la doctrine et la jurisprudence s'accordent quasi unanimement pour considérer la loi Breyne comme « une loi impérative visant à protéger les intérêts particuliers des acquéreurs d'immeubles »⁴⁵. La loi Breyne ne protège un maître de l'ouvrage que s'il tient également le rôle d'acheteur de l'immeuble, pour le volet « vente » du contrat de construction, s'il y a lieu. Il existe là un vide juridique au regard de la nécessité de protéger (de manière structurée) le non-professionnel et de la *ratio legis* que nous dégageons des articles du Code civil.

De plus, la loi Breyne ne s'applique pas « dans l'hypothèse très fréquente où le maître d'ouvrage contracte avec un entrepreneur pour la seule exécution du gros-œuvre et s'adresse à d'autres entrepreneurs pour le parachèvement »⁴⁶. L'applicabilité de la loi exige la conclusion d'un seul contrat pour l'ensemble de la construction, ce qui nous amène au seul champ des édifices « clé-sur-porte » dans lequel la législation Breyne pourrait protéger une personne acquéreuse et maîtresse de l'ouvrage, ou plutôt cocontractante avec un promoteur. La loi Breyne perd pour ainsi dire toute pertinence dans le cadre du rapport créé par le contrat de construction, et rappelons son illustre absence dans la jurisprudence depuis des décennies.

⁴² P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in *La vente immobilière* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, pp. 275-278.

⁴³ J. VERGAUWE, « Le maître de l'ouvrage », in *Guide de droit immobilier* (sous la dir. de X), Liège, Wolters Kluwer, 2017, Titre IV, Chapitre 1^{er}, p. 35.

⁴⁴ Notamment celle de C. COUVREUR, *op. cit.*

⁴⁵ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 36 ; voyez aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 392 et P.-Y. ERNEUX et I. GERLO, *La loi Breyne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 183.

⁴⁶ Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 161.

On peut seulement saluer que cette loi constitue l'une des premières législations belges sanctionnant spécifiquement les abus des professionnels dans des conventions liant des particuliers⁴⁷. Il en résulte notamment que les conventions contraires à la loi Breyne sont frappées de nullité relative, faisant indiscutablement de cette loi une disposition impérative de protection de la partie faible au contrat, et à ce titre une règle consumériste de droit privé plutôt que de droit civil au sens strict.

18 – Le livre VI du Code de droit économique, grille de lecture. Nous parlerons presque indifféremment de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (LPMC) et du livre VI du Code de droit économique, intitulé « Pratiques du marché et protection du consommateur », considérant que la doctrine et la jurisprudence applicables à l'une restent applicables à l'autre étant donné que la loi a été seulement intégrée dans le Code de droit économique. Nous allons constater que le Code de droit économique n'offre pas une protection beaucoup plus satisfaisante que celle de la loi Breyne, en tout cas pas dans la réalité des faits.

Si l'on décortique le livre VI, croisé aux définitions de l'article I.1 – définitions pour l'application du Code dans son entièreté –, on comprend que le droit de la consommation au Code de droit économique protège les consommateurs dans leur poursuite d'obtenir *trois* types d'avantages de leur entrepreneur : les « produits », les « services » et les « biens ». Or les produits sont définis comme : « les biens et les services, *les biens immeubles*, les droits et les obligations »⁴⁸. Les produits consistent donc en la catégorie la plus large puisqu'elle englobe *tous* les avantages que peut offrir l'obligation principale à un contrat de consommation : tous les biens mêmes immeubles, tous les services, ainsi que les droits et les obligations. L'ensemble des produits inclut *primo* l'ensemble des biens, *secundo* l'ensemble des services et *tertio* l'ensemble des avantages qui ne sont ni des biens ni des services s'il en est, au sens du Code de droit économique. Quant aux biens immeubles considérés comme faisant partie des produits, il s'agit bien de tous les immeubles au sens du droit des biens, même par nature, en accord avec la directive européenne 2005/29⁴⁹ (*confer* points 53 et suivants).

Les services, alors, sont « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire »⁵⁰. Les biens sont seulement « les biens meubles corporels »⁵¹. Le législateur a donc fait ce choix, dans la loi belge sur la protection des consommateurs, de ne considérer que les meubles corporels comme étant des « biens », toutes les autres choses susceptibles d'appropriation n'étant que des « produits ».

La finalité de cette théorie des ensembles est évidemment que les dispositions du livre VI visent tantôt tous les produits, tantôt seulement les biens et/ou les services. Le plus souvent, une règle du livre inclut les *biens* et les *services* et donc exclut les immeubles de la protection concernée. Nous renvoyons au surplus à une lecture approfondie du livre VI, en particulier les intitulés des chapitres et sections et le libellé des articles.

19 – Une application réduite du livre VI aux contrats immobiliers. C'est de l'applicabilité *plus étendue* (mais pas du tout exclusive) du livre VI aux biens meubles et aux services qu'en vient une application très prudente, pour ne pas dire frileuse, aux

⁴⁷ J. LAFFINEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸ C. drt. éco., art. I.1, 4°.

⁴⁹ J. STUYCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010* (sous la dir. de H. JACQUEMIN), Limal, Anthémis, 2010, p. 28.

⁵⁰ C. drt. éco., art. I.1, 5°.

⁵¹ Art. I.1, 6°.

contrats immobiliers⁵². Voilà pourquoi nous ne trouvons pas de jurisprudence faisant appliquer la LPMC pour protéger les maîtres d'un ouvrage de construction (hormis les décisions très générales reprises au point 21) et pourquoi qualifier un tel maître d'ouvrage de « consommateur » ne semble pas encore naturel. Il ne fait pourtant aucun doute à la lecture des définitions qu'elle donne du « consommateur » et de la « convention » que la LPMC était déjà applicable aux contrats du secteur de la construction⁵³ !

Cet état de fait résulte selon nous d'une mauvaise lecture de la loi au détriment des personnes à protéger. En effet, premièrement, *tout* contrat d'entreprise conclu avec un professionnel doit respecter les dispositions pertinentes de la loi du 6 avril 2010 insérée aujourd'hui dans le Code de droit économique lorsque le maître de l'ouvrage est un privé, parce que les « produits » dans les contrats de consommation sont tout de même visés par défaut et parce que ces produits incluent pleinement les biens et services immobiliers. Prétendre que le maître de l'ouvrage (de construction) est légalement un consommateur lorsqu'il n'est pas un praticien et contracte avec un professionnel du métier n'est plus un commentaire d'une doctrine plus ou moins avant-gardiste, *c'est* la loi. Prétendre le contraire violerait le livre VI du Code de droit économique. Et pourtant, « à l'heure actuelle, de nombreux contrats ne respectent pas strictement les droits du consommateur »⁵⁴.

Deuxièmement, même le contenu du livre VI limité à son applicabilité aux biens immeubles, c'est-à-dire quand ses dispositions concernent tous les produits, est déjà assez conséquent. Lecture *in extenso* à l'appui, on apprend que toutes les protections concernant les points suivants sont applicables aux produits : l'information du consommateur, l'indication correcte du prix, l'interdiction des clauses abusives et des pratiques commerciales déloyales, trompeuses ou agressives et la limitation de l'offre conjointe⁵⁵. Outre soutenir cette lecture, J. Renard et A. Joris dégagent de ces obligations précontractuelles une obligation générale de diligence professionnelle dans le chef de l'entrepreneur, c'est-à-dire que celui-ci se montre « compétent et consciencieux » dans la phase précontractuelle, *comme il devra l'être dans l'exécution du contrat*⁵⁶.

En réalité, seuls les chapitres suivants du livre VI ne sont applicables qu'aux biens (meubles) et/ou aux services : la dénomination, la composition et l'étiquetage des biens et services, l'indication des quantités, la limitation de la publicité comparative, les promotions en matière de prix, en ce compris la vente en liquidation et en solde, et la protection accrue dans les contrats conclus à distance. Si ces protections supplémentaires sont importantes et intéressantes, elles semblent moins « fondatrices » que, par exemple, la bonne information du consommateur et l'interdiction des clauses et pratiques abusives, lesquelles nous apparaissent comme les piliers du droit de la protection du consommateur. Et elles se basent toutes plus ou moins, à l'exception peut-être de la protection dans les contrats à distance, sur le caractère « mobile » des biens meubles et des services, par opposition aux immeubles, faisant de l'exclusion parfois des biens immeubles du champ du Code de droit économique une conséquence plus logique et matérielle qu'une volonté de moins protéger les consommateurs immobiliers. On peut également se demander si le

⁵² J. CALLEBAUT, « Het Wetboek economisch recht en de onderhandse verkoopakte van onroerendgoed », *T. Not.*, 2014, p. 621.

⁵³ K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek Bouwrecht*, Anvers, Intersentia et Die Keure, 2^e édition, 2013, p. 1024.

⁵⁴ D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE (sous la dir. de D. DESSARD), *Le contrat d'entreprise ; Partie 1*, *op. cit.*, p. 292.

⁵⁵ Cette lecture du livre VI est partagée par K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, voyez *Handboek bouwrecht*, *op. cit.*, pp. 1025-1052 ; voyez aussi P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières: questions d'actualité », in *La vente immobilière* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, pp. 40 et 83 à 92 et J. LAFFINEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶ J. RENARD et A. JORIS, « L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 106.

législateur n'a pas pensé qu'une inclusion totale des biens immeubles dans la loi générale sur la protection du consommateur aurait fait double-jeu avec la loi Breyne préexistante. La protection offerte par le livre VI aux consommateurs immobiliers est ainsi loin d'être anecdotique, contrairement à ce que sa traduction dans la pratique du droit laisse penser.

Troisièmement, lorsqu'il s'applique aux services mais pas à tous les produits, par exemple en ce qui concerne la publicité comparative et les contrats conclus à distance, le livre VI du Code règle les services immobiliers inclus ! La définition qu'il donne aux services (art. I.1, 5° pour rappel) n'exclue aucune catégorie de prestation. Or la protection du consommateur dans les *services* immobiliers est bien plus importante dans le cadre de ce mémoire que celle applicable aux biens immobiliers au sens strict, c'est-à-dire pour le contrat de transfert d'immeubles.

Malgré leur applicabilité aux contrats relatifs à des immeubles, ces règles ne sont pourtant pas efficacement traduites dans la pratique. Nous mobilisons ici directement les avis que nous avons recueillis auprès de professionnels de la construction et qui soutiennent notre projet (voyez les remerciements de ce mémoire). Ceux-ci parlent notamment des entrepreneurs qui, dissimulant volontairement ou non des imprécisions ou erreurs dans le métré récapitulatif qui a permis d'établir le devis de construction, ou en fonction du coût des matériaux en cours de chantier, pratiquent des suppléments de prix par rapport au montant initial pour lequel le maître de l'ouvrage a contracté. Ceci nous apparaît contraire aux règles sur l'indication des prix applicables à tous les produits, voyez particulièrement l'article VI.2, 3°, par exemple.

P.-Y. Erneux, partant des notions de « biens » et de « produits » dans la LPMC, dénonce également un regrettable manque de clarté pour comprendre les droits du consommateur⁵⁷, et, partant, pour les concrétiser.

20 – Entre espoir et déception. Á l'instar de la loi Breyne, le Code de droit économique, en son livre VI, n'offre pas la protection que nous recherchons du consommateur immobilier dans son rapport contractuel avec l'entrepreneur, c'est-à-dire durant l'exécution du contrat et le cas échéant les difficultés rencontrées lors de cette exécution et la fin du contrat. Ce vide juridique est déplorable au vu de l'esprit des articles du Code civil, l'évolution que connaît depuis quelques décennies le droit de la consommation et la nécessité de systématiser la protection de la partie faible au contrat, que nous appelons de nos vœux depuis les premières lignes de ce mémoire.

En revanche, le livre VI qui garantit surtout la sérénité de la phase précontractuelle de la convention constitue déjà une très bonne base applicable aux contrats immobiliers de consommation, même si cette réalité semble échapper à bon nombre de particuliers, de juristes et de professionnels de la construction. Il ne fait aucun doute que le maître d'une construction privée est un consommateur au sens légal du terme, le législateur veut le protéger ! Il reste à comprendre que cette protection ne suffit pas, qu'elle n'est pas assez ramifiée selon chaque type de marché et ses spécificités et qu'elle n'est même pas véritablement entrée dans la pratique immobilière.

En écho à l'intitulé du présent point, nous sommes passés de l'espoir à la déception au cours de nos recherches pour réaliser ce mémoire au moment de lire un travail similaire qui s'ouvre par énoncer la volonté du législateur de créer des lois consuméristes spéciales pour le maître de l'ouvrage et que la construction constitue une part énorme du patrimoine de la personne, avant de se limiter à une analyse extrêmement détaillée de la loi Breyne⁵⁸.

⁵⁷ P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières: questions d'actualité », in *La vente immobilière* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, pp. 284 et 285.

⁵⁸ J. MAERTENS, *De koop op plan ; Het herstellen van het evenwicht tussen bouwheer en bouwpromotor in de woningbouwwet* (sous la promotion de B. TILLEMANS et A. VERBEKEN), Mémoire de l'Université catholique de Louvain,

Une thèse de doctorat pose d'entrée qu'une construction est une opération jonchée d'embûches pour le consommateur, pouvant le mener jusqu'à des « drames financiers », puis se présente comme une étude en long et en large de l'impact du nouveau Code de droit économique sur la loi Breyne⁵⁹. Pire, ce travail récent appelle le Code de droit économique « *tout* le droit belge de la consommation » et la loi Breyne « *tout* le droit belge de la construction ».

Il faut dépasser ces lois trop timides qui ne reflètent pas la réalité du terrain. Il faut aller plus loin.

21 – La jurisprudence parle. Confrontés à l'absence de législation utile, les juges pallient souvent à ce manque par leur bienveillance à l'égard du privé dans le conflit l'opposant à son entrepreneur⁶⁰. Si la jurisprudence doit combler un vide législatif, s'impliquer toujours plus dans la protection des particuliers, combien de temps faudra-t-il encore avant que la loi ne soit améliorée ?

C'est ainsi que la Cour d'appel de Gand décide le 4 janvier 2012 que le juge est tenu d'examiner d'office si une clause pénale est illégitime s'il dispose des données nécessaires en fait et en droit pour ce faire, pour la protection du consommateur⁶¹. L'arrêt participe à systématiser la protection de la partie faible. En outre, l'entreprise impliquée dans cette affaire était un hôpital : la Cour d'appel de Gand confirme que les hôpitaux sont des entreprises au sens de la LPMC et que même les patients sont des consommateurs (de soins médicaux) !

En 2017, la Cour de cassation dit pour droit que le paragraphe 3, alinéa 1^{er} de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 relative à la protection des travailleurs, aux termes duquel le donneur d'ordre qui engage un entrepreneur ayant des dettes sociales au moment de la conclusion de la convention est tenu solidairement de ces dettes, n'est pas applicable lorsque le donneur d'ordre est une personne physique faisant construire exclusivement à des fins privées⁶². Ce faisant, la Cour de cassation dit clairement qu'une disposition pourtant formulée de manière tout à fait inconditionnelle et qui crée une obligation dans le chef des personnes louant les services d'un entrepreneur est inapplicable lorsque le donneur d'ordre est une personne faisant construire exclusivement à des fins privées. La Cour se base sur la notion de bonne gestion du patrimoine propre. Or, soutenir que la personne ne faisant que gérer son patrimoine doit être protégée davantage, même quand la loi ne l'exprime pas, revient exactement à protéger davantage le profane par rapport au professionnel.

Toujours concernant la position de la jurisprudence, il faut noter celle de la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle a prononcé en 2009 que les clauses abusives sur pied de la LPMC, même si elles ne sont pas d'ordre public, *peuvent* à tout le moins être soulevées d'office par le juge⁶³. Et ce bien en amont du revirement opéré par notre Cour de cassation le 4 septembre 2020 et au terme duquel le juge pourrait systématiquement

https://repository-teneo-libis-be.kuleuven.e-bronnen.be/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4903263&, Année académique 2013-2014.

⁵⁹ J. VERSTRAETEN, *Het privaatrechtelijk bouwrecht en de consumentenwetgeving, een symbiotische relatie ?* (sous la promotion de B. BUYSENS et T. DELAMEILLIEURE), Thèse de doctorat de l'Université catholique de Louvain, https://repository-teneo-libis-be.kuleuven.e-bronnen.be/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE7039979&, Année académique 2015-2016.

⁶⁰ Voyez D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE (sous la dir. de D. DESSARD), *Le contrat d'entreprise ; Partie 1, op. cit.*, p. 45.

⁶¹ Gand, 4 janvier 2012, *NjW*, 2012, p. 70.

⁶² Cass., 9 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 21.

⁶³ C.J.U.E., 4 juin 2009, arrêt *Pannon*, C-243/08, www.curia.europa.eu (9 avril 2021) et L. DE ZUTTER, « Le juge face aux clauses abusives: à la croisée des obligations et du droit judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 2011, pp. 171-193.

refuser une prétention contraire à l'ordre public, voire au droit seulement impératif⁶⁴. C'est dire si les droits du consommateur reçoivent un traitement particulier devant les juges.

Notons enfin que si le consommateur avisé veut éviter de dépendre de façon excessive de la gentillesse du juge, il devra recueillir le conseil d'un architecte par exemple, voire d'un notaire ou d'un avocat, afin qu'il ne signe une convention qu'à prix, délais et conditions raisonnables, et sache le cas échéant se défendre. Mais le coût de ce conseil rendu *de facto* obligatoire lui incombera.

Section 3

Les obligations liant les parties, une épée de Damoclès

22 – Les éléments concrets de la relation contractuelle. Nous poursuivons notre étude du régime actuel du maître de l'ouvrage privé et de ses nombreuses failles. Après avoir constaté un vide législatif décrié par la doctrine et la jurisprudence, et *a fortiori* une absence de protection systémique du non-professionnel de la construction, il est temps de se plonger dans les éléments concrets de l'exécution d'une construction et de constater que ceux-ci placent la partie faible dans une situation encore plus précaire. Nous abordons en premier lieu les obligations de chacune des parties.

Sous-section 1

Les principales obligations du maître de l'ouvrage

23 – Les obligations du maître de l'ouvrage. Outre celle de payer le prix, celle de recevoir l'ouvrage et celles communes à toutes les conventions, la bonne foi au premier chef, la pratique soumet le maître de l'ouvrage à des obligations supplémentaires implicites. Celles-ci servent au bon fonctionnement du contrat d'entreprise et rendent plus délicate encore la position du maître, *a fortiori* dans un ouvrage de grande envergure comme une construction. B. Louveaux parle d'un « durcissement » des obligations du maître de l'ouvrage, lesquelles forment un cadre extérieur au contrat qui dépasse celui des obligations purement contractuelles⁶⁵.

Ainsi, les deux grandes obligations du maître de l'ouvrage sont de payer les travaux et de les réceptionner⁶⁶, mais il doit aussi rendre possible l'exécution, s'abstenir de toute immixtion et collaborer loyalement.

24 – Rendre possible l'exécution (voire la faciliter). Rendre possible l'exécution du travail n'est pas une incombance excessivement exigeante : le maître de l'ouvrage doit réunir les autorisations pour les travaux, il donne accès au chantier, il est disponible pour répondre aux interrogations de l'entrepreneur, etc. Elle remet cependant en évidence le caractère intrinsèquement dynamique et complexe du contrat d'entreprise, par rapport au

⁶⁴ Cass., 4 septembre 2020, *RW*, 2020-2021, p. 1624.

⁶⁵ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, p. 35, voyez aussi p. 22.

⁶⁶ M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 68.

contrat de vente par exemple. Et notons tout de même qu'elle inclue un important devoir d'informer l'entrepreneur des risques de la commande dont le maître aurait connaissance⁶⁷. La doctrine flamande qualifie cette exigence de conséquence toute particulière – mais mesurée ? – de la bonne foi dans le chef du maître de l'ouvrage, et l'obligation pour lui de rendre l'exécution des travaux « in rechte en in feite mogelijk »⁶⁸.

Toutefois, certains auteurs vont plus loin et pensent que le maître de l'ouvrage a même à charge de *faciliter* l'exécution de l'entrepreneur⁶⁹. Cette « incision » doctrinale, plutôt du côté néerlandophone du pays, distingue donc un devoir de rendre *possible* l'exécution des travaux, d'une part, et un devoir d'en *faciliter* l'exécution, d'autre part.

Nous rejoignons G. Baert qui s'inscrit en faux quant à cette obligation supplémentaire⁷⁰. Que le maître de l'ouvrage doive carrément faciliter l'exécution des travaux reviendrait à faire de lui un collaborateur de l'entrepreneur ! La doctrine fonde le devoir du maître – qu'il soit simple ou double – sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Il semble en effet évident qu'une personne normalement raisonnable et intelligente commandant des prestations à un entrepreneur veuille que ces prestations soient réalisées et en rende l'exécution possible, en permettant l'entrée dans les lieux, en communiquant les informations essentielles et substantielles, ... En revanche, comment apprécier objectivement que celui n'ayant « pas assez » facilité l'exécution ait agi dans la mauvaise foi ? Et *quid* de sa sanction ? Dans le premier cas, si l'exécution est rendue impossible par la faute du maître, celui-ci perd manifestement le bénéfice de l'exécution du contrat, voire subira les sanctions de l'inexécution. Dans la seconde hypothèse, que devrait perdre le maître de l'ouvrage de ne pas avoir aidé l'entrepreneur à s'équiper, de lui avoir soumis de nombreux changements du plan impromptus ou de ne pas lui avoir offert le café ?

25 – S'abstenir de toute immixtion. L'absence d'immixtion du maître signifie que ce dernier, ayant contracté avec un entrepreneur en raison des aptitudes et qualités propres de cette personne même lorsqu'elle n'est pas un professionnel, doit s'abstenir de prendre lui-même part à l'ouvrage, plus ou moins technique. Et il ne peut procéder au remplacement ou à l'adjonction de son cocontractant d'un autre entrepreneur que dans les limites que la loi et le contrat lui autorisent. Étant entendu que cette absence d'immixtion ne prive pas le maître de l'ouvrage de son droit, si ce n'est un devoir, de s'informer de l'avancement des travaux, de la sécurité des méthodes utilisées, etc.

Ce devoir ne nous apparaît pas critiquable en soi. Il entre toutefois en contrariété avec la tendance de vouloir faire du maître un « collaborateur » de l'exécution des travaux, comme nous le développons tout de suite.

26 – « Collaborer loyalement ». L'obligation pour le maître de l'ouvrage de collaborer loyalement s'entend dans un sens beaucoup plus large que celui du devoir général d'exécution de bonne foi, dans un sens plus large même que celui d'une collaboration « par laquelle l'on engagerait sa loyauté », puisqu'elle se traduit par de véritables obligations légales et précises dans le secteur de la construction du moins.

⁶⁷ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk, het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, La Charte, 2003, p. 926 et B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 381.

⁶⁸ K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek bouwrecht, op. cit.*, p. 779 et M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken, op. cit.*, p. 66.

⁶⁹ Voyez notamment G. BAERT, « Samenwerking bouwheer – aannemer ? Medewerkingsplicht ? Een metafoor », *T. Verz.*, 2000.p. 45, W. GOOSSENS, *Aanneming van werk, het gemeenrechtelijk dienstencontract, op. cit.*, pp. 909 et 910 et B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 380 et 381.

⁷⁰ G. BAERT, *op. cit.*, pp. 39-47.

En effet, premièrement, le maître de l'ouvrage doit obtenir le permis d'urbanisme⁷¹. C'est principalement dans ce but que l'architecte est investi d'un devoir de conseil. Mais ce devoir de conseil n'a pas pour résultat de « substituer l'architecte à son client dans toute démarche administrative ou autre en vue de l'obtention du permis »⁷². L'accomplissement de tous les prérequis administratifs repose bien sur la personne qui commande les travaux.

Deuxièmement, le maître de l'ouvrage *doit* recourir aux services d'un architecte, voire également d'un coordinateur à la sécurité du chantier. L'obligation pour le maître de faire signer les plans par un architecte avant le début de l'exécution du contrat, visée notamment aux articles 7 et 10 de la loi Breyne précitée, est avant tout envisagée comme une garantie de protéger les particuliers et d'assurer la sécurité de la construction. Il n'empêche que le coût des services de l'architecte sera pour la pomme du consommateur, or l'architecte, malgré son expertise, son conseil et son assistance pour l'obtention du permis, n'agira pas par la suite comme le « bras armé » du maître de l'ouvrage face à son entrepreneur défaillant ou malhonnête. L'architecte partage seulement avec le constructeur la responsabilité décennale pour les vices graves de la construction.

Troisièmement, le maître de l'ouvrage en choisissant son cocontractant risque des poursuites extracontractuelles voire pénales s'il choisit un entrepreneur fraudeur ou qui n'est pas enregistré⁷³.

27 – La polysémie du maître de l'ouvrage. L'étude des obligations du maître de l'ouvrage révèle très clairement que la science juridique ne sait pas *qui* il est : les sources de ses différentes obligations sont éclatées entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, il est un consommateur mais il devrait largement collaborer avec l'entrepreneur, la doctrine ne s'accorde pas sur l'existence d'une obligation de faciliter l'exécution, il devrait collaborer mais il doit se retenir de toute immixtion, il doit recueillir la signature d'un architecte mais ce dernier n'est pas son défenseur, il peut soulever la responsabilité légale spéciale pour les vices cachés véniels de la chose mais il a la charge de la preuve de la faute de son cocontractant (*confer* point 30), etc.

Signalons que certains auteurs tirent de la seule responsabilité pour les vices cachés véniels dont bénéficie le maître de l'ouvrage que celui-ci est un consommateur⁷⁴.

⁷¹ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, pp. 23 et 24.

⁷² Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1289.

⁷³ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 68 ; B. DE COCQUEAU et J. BOCKOURT, « Implications de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur sur le contrat d'entreprise de construction », *Jurimpratique*, 2012, pp. 91-126 ; J. LAFFINEUR, « L'application de la L.P.C.C. aux produits et aux services immobiliers », *D.C.R.R.*, 2002, p. 2.

Sous-section 2

Les principales obligations de l'entrepreneur

28 – Les obligations de l'entrepreneur. Conformément aux articles du Code civil que nous ne répéterons pas l'entrepreneur est tout d'abord obligé d'exécuter les prestations auxquelles il s'est engagé, de bonne foi, et de délivrer l'ouvrage sans dommage une fois celui-ci terminé. La pratique le soumet en outre à d'autres obligations, à l'image du maître de l'ouvrage.

29 – Les conséquences de la bonne foi dans le chef du professionnel. La pratique impose à l'entrepreneur, *a fortiori* s'il est un professionnel, une obligation principale supplémentaire : celle de s'exécuter « dans les règles de l'art »⁷⁵. On peut voir dans cette obligation une extension toute particulière de la bonne foi, une exigence de bonne foi « professionnelle ».

Cette obligation, si elle est admise et plus encore si elle l'est comme obligation principale au même titre que celles de l'exécution des prestations et de la livraison, est très intéressante. D'une part, il est exceptionnel de considérer comme étant principale une obligation quant à la *manière* de s'exécuter. Cela revient à dire que l'ouvrage ne sera vraiment réputé exécuté « sans dommage », du moins sans faute de l'entrepreneur, que si ce dernier travaille avec la qualité, les compétences, les normes esthétiques et la diligence (*confer* point 19, l'obligation générale de diligence professionnelle) dictées par le métier qu'il exerce. Le constructeur ne peut se défaire de son obligation de suivre les règles de son art que dans la mesure où, conformément au contrat, il suit les instructions très précises du maître de l'ouvrage qui s'écartent nécessairement des normes esthétiques et qualitatives, *sauf* si les directives du maître mettent en péril la stabilité du bâtiment⁷⁶.

D'autre part, il s'agit d'une obligation intrinsèquement *relative*, elle ne se concrétisera jamais de la même manière selon la prestation en cours, le degré de professionnalisation de l'exécutant et le degré d'ignorance ainsi que les instructions du donneur d'ordre. C'est pourquoi plusieurs doctrines et jurisprudences s'emparent de l'exigence de bonne foi professionnelle, si particulière, pour imposer à l'entrepreneur un devoir d'information et de conseil *tout au long de l'exécution du contrat*, qui dépasse celui inscrit dans la loi Breyne⁷⁷. Et le devoir d'information est d'autant plus réduit que le maître de l'ouvrage connaît effectivement les réalités de la construction.

Nous décrivions précédemment que le maître de l'ouvrage est lui aussi soumis à des obligations spécifiques conséquentes de la bonne foi mais ces obligations sont immédiatement subsidiaires à celles, fondatrices, de payer le prix et recevoir les travaux, elles ne sont pas principales, et, toutes lourdes et critiquables qu'elles soient, elles ne font que rendre la réalisation des prestations possible et sont assez précises : obtenir le permis d'urbanisme, engager un architecte et les entrepreneurs, donner accès au chantier, etc. L'entrepreneur, quand bien même ce dernier livre l'ouvrage promis sans dommage, n'aura pas valablement exécuté sa part du contrat s'il n'a pas travaillé « dans les règles de son art ». Et ceci n'a rien à voir avec l'obligation de délai – car, en effet, toute exécution aussi

⁷⁵ Bruxelles, 13 janvier 2006, *Res Jur. Imm.*, 2007, p. 153. et M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, op. cit., pp. 48-52.

⁷⁶ K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek bouwrecht*, op. cit., p. 768.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 776 et 777 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk, het gemeenrechtelijk dienstencontract*, op. cit., pp. 769-777 ; Civ. Gand, 24 décembre 2008, *TGR*, 2009, p. 87.

parfaite soit-elle n'est pas exempte de faute lorsqu'elle est tardive – puisque l'obligation de délai est comme nous le verrons incluse dans l'obligation de *livraison*.

Pour citer la loi, le Code de droit économique – dont nous rappelons que l'application positive est acquise dès que la personne qui s'exécute exerce une activité professionnelle de façon régulière au sens de l'article I.1⁷⁸ – considère d'office comme étant des pratiques commerciales déloyales celles consistant en substance à mentir sur sa qualité de professionnel : se prétendre faussement signataire d'un code de conduite, afficher indûment un label de qualité ou l'approbation d'un organisme public, etc⁷⁹. Une telle violation de la loi consisterait manifestement en une violation des « règles de l'art ».

30 – Obligations de moyens et obligations de résultat. En revanche, même l'entrepreneur d'une construction n'est en principe soumis qu'à des obligations de moyens⁸⁰. Le maître de l'ouvrage subit par conséquent la charge de la preuve dans l'établissement de la faute de ses cocontractants, contrairement à l'acquéreur dans une promotion immobilière qui jouit d'une créance de résultat sur son promoteur. Nous développons la question de la responsabilité des constructeurs à la section suivante.

Les obligations de l'entrepreneur sont de résultat seulement si les parties le décident dans leur contrat, ou que l'obligation de résultat est une conséquence certaine et indissociable de l'objet de la convention, comme il en va dans le contrat de promotion immobilière. Le juge conserve cependant toujours son pouvoir de requalification nécessaire du contrat, notamment au regard des obligations principales.

31 – L'obligation de délai. L'obligation d'exécution et de livraison des travaux inclut l'obligation pour l'entrepreneur de s'exécuter dans le délai que les parties ont fixé dans le contrat. Le cas échéant l'entrepreneur supporte les dommages causés par son retard. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a condamné l'entrepreneur en retard de s'exécuter à réparer le dommage occasionné aux fenêtres, lorsque ce préjudice trouve sa source dans la livraison tardive des travaux⁸¹. Le Cour d'appel de Bruxelles enseigne encore que l'obligation de délai est une obligation *de résultat*⁸² ! Il est tout à fait remarquable qu'une obligation générale de moyens (celle de livrer les travaux) contienne une obligation précise de résultat (celle de respecter le délai).

Par conséquent, lorsque les parties fixent un délai d'exécution, l'entrepreneur doit veiller à prendre en compte tous les éléments qui lui permettent d'estimer le temps dont il aura besoin pour cet ouvrage, comme l'obtention des matériaux, la réalisation de certaines études et la recherche de sous-traitants⁸³.

32 – L'épée de Damoclès. Concluons cette section par l'explication de son titre. En ce qui concerne les obligations de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage, ce dernier est apparemment plutôt bien traité. Le devoir de bonne foi *professionnelle* est salutaire et surtout dépendant du cas concret, il change de visage pour chaque nouvelle situation. Il est donc une protection qui est mise en réseau. Et le respect du délai de livraison des travaux à tout le moins consiste en une obligation de résultat, considérant sans doute que le retard dans l'exécution est la défaillance la plus commune de l'entrepreneur, dont son client pâtit sérieusement.

⁷⁸ J. BAEL, « De impact van de wetgeving inzake marktpraktijken en bescherming van de consument op de verkoop van onroerende goederen : het nieuw Boek VI van het Wetboek van economisch recht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Gand, 2014, pp. 141 et 142.

⁷⁹ C. drt. éco., art. VI.100.

⁸⁰ Bruxelles, 23 juin 2008, *Res Jur. Imm.*, 2008, p. 95 et K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek bouwrecht*, op. cit., pp. 614-616 et 766.

⁸¹ Bruxelles, 25 mars 2014, *TBO*, 2015, p. 44.

⁸² Bruxelles, 2 septembre 2014, *Res Jur. Imm.*, 2015, p. 179.

⁸³ M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, op. cit., p. 94.

Mais cette situation est des plus précaires. Les obligations dont nous venons de parler ne sont encore que le fruit de doctrines et de jurisprudences récentes qui n'ont pas à l'heure actuelle gagné la Cour de cassation à notre connaissance. De son côté, le maître de l'ouvrage est lui aussi soumis à de nouvelles obligations, plus ou moins incertaines. Et surtout, les juges et les auteurs ne s'accordent pas sur la nature du donneur d'ordre non-professionnel – entre un consommateur passif et ignorant, une partie (faible) active dans la réalisation et l'exécution du contrat, un collaborateur de la construction, etc –, *a fortiori* pas sur l'étendue de ses protections.

Section 4

La réalité de la convention par son objet, la construction

33 – La construction, une espèce du contrat d'entreprise. Nous écrivions dans l'introduction que la construction est une espèce, les contrats d'entreprise le genre. Tout est dit : une construction est un contrat d'entreprise, elle connaît des mêmes règles, mais la construction connaît également de règles qui lui sont propres. Ce sont les règles spécifiques à l'objet de la convention, en l'occurrence les ouvrages de construction, et celles qui plus particulièrement font de la construction (presque) un type de contrat à part entière.

Ce sont vers ces règles spécifiques, ainsi que les règles communes des conventions d'entreprise mais dont l'objet du contrat – la construction – change la portée, que nous tournons à présent notre étude. Ces règles sont autant de difficultés supplémentaires à la viabilité du contrat de construction. Nous avons choisi d'aborder dans cette section les points suivants : la fixation du prix, l'importance de respecter les délais, l'exécution du chantier, les responsabilités des édificateurs et la fin du contrat.

Sous-section 1

La fixation du prix

34 – Le devis et le marché. Même le contrat d'entreprise général ne peut être conclu qu'après l'émission d'un devis, à savoir une offre de contracter à charge de l'entrepreneur potentiel. Le devis doit surtout déterminer le mode de prix ou « le marché », sur base d'une estimation plus ou moins complète et contraignante réalisée par l'entrepreneur du coût que représentera pour lui la commande du maître de l'ouvrage⁸⁴. Dans le secteur de la construction cette estimation préalable s'agit du métré descriptif des travaux et/ou du cahier des charges.

Le devis dans les affaires privées n'est presque pas abordé par la loi : il est librement établi, il doit déterminer le mode de prix choisi. À cet égard, la pratique admet quatre types de « marché », c'est-à-dire quatre types de contrat d'entreprise en fonction de la manière

⁸⁴ Voyez D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE (sous la dir. de D. DESSARD), *Le contrat d'entreprise ; Partie 1, op. cit.*, pp. 201-204.

dont le prix est déterminé : le marché à prix global ou marché à forfait, le marché à bordereau de prix et le marché en régie, sans préjudice de variantes et/ou d'un marché mixte.

35 – Les différents marchés. Premièrement, le marché à forfait correspond à l'hypothèse telle que l'entrepreneur offre un prix global et définitif pour l'ensemble des prestations qui auront été prédéterminées avec précision, y compris les coûts supplémentaires et indispensables imprévus, sauf si le maître de l'ouvrage apporte des modifications à sa commande⁸⁵. Concrètement, comme dans une vente, un seul prix indérogeable est établi entre les parties avant le début des travaux : tant pis pour l'entrepreneur s'il a sous-évalué le coût des prestations, tant pis pour le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur a surévalué le marché.

Le Code civil, en son article 1793, prévoit explicitement la possibilité du marché à prix global *pour les ouvrages de construction*, visiblement comme étant la méthode de fixation du prix la plus favorable au maître de l'ouvrage.

Deuxièmement, le marché en régie est tel que le prix est déterminé en fonction du temps d'exécution presté et des matériaux utilisés, sur la base d'un prix de la main d'œuvre à l'heure et d'un prix des matériaux à l'unité préétablis. De sorte que le maître de l'ouvrage supporte les coûts imprévus ou l'augmentation des coûts. Il doit en outre contrôler les factures successives de l'entrepreneur et surveiller le temps d'exécution, pour que sa contestation du prix total requis par son cocontractant soit le cas échéant recevable, preuves à l'appui, ainsi qu'il ressort des articles 8.4 du Code civil et 870 du Code judiciaire.

Cette fois-ci, concrètement, l'entrepreneur s'engage à l'avance sur la base d'un prix déterminé de la main d'œuvre à l'heure et des matériaux à l'unité mais le prix final dépendra du nombre d'heures de travail prestées et de la quantité de matériaux commandés. Le maître de l'ouvrage, pour avoir une chance de critiquer utilement le prix final en justice s'il échète, doit contrôler et surveiller son entrepreneur tout au long de l'exécution du contrat, ce dernier ne peut ni commander des matières à l'excès ni ne pas effectivement remplir les heures de travail facturées.

Troisièmement, le marché à bordereau le prix résulte d'un mesurage après la fin des travaux. C'est-à-dire que le prix est fixé unilatéralement par l'entrepreneur après la fin de l'exécution du contrat. Il s'agit manifestement de la méthode la moins favorable au maître de l'ouvrage. Ce marché sera le plus souvent vraisemblablement utilisé en combinaison avec un autre mode de prix, assurant à l'entrepreneur une certaine rémunération au fur et à mesure de l'exécution.

Justement, il existe, enfin, le marché mixte. La possibilité de calculer et payer le prix selon plusieurs méthodes combinées – dépendant des prestations précises commandées et chacune considérée individuellement – est sans doute une souplesse bienvenue. D'ailleurs, on pourrait inventer encore d'autres types de marché. Rappelons qu'il ne s'agit là que de consécration par la pratique qui aspirent à recouvrir toutes les possibilités existantes. Le Code civil nous enseigne seulement que le prix doit être payé (art. 1709) et, explicitement, qu'il existe la possibilité du prix global pour les ouvrages de construction (art. 1793).

Cependant, le marché mixte ne sera pas sans présenter les avantages et les inconvénients respectifs de chaque méthode de prix mise en place, pour son champ d'application en l'espèce.

⁸⁵ Par exemple Bruxelles, 2 octobre 2002, *Res et jura imm.*, 2003, p. 210 et Gand, 29 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2007, p. 376.

36 – Les difficultés d’appliquer ces modes de prix à la construction. On peut légitimement se demander si ce système de fixation des prix est adéquat au contrat privé de construction.

Tout d’abord, la Cour d’appel de Gand a jugé dans une affaire de construction que, en l’absence d’un devis établissant un mode de calcul du montant des travaux, la fixation du prix reposait sur l’entrepreneur seul après l’exécution⁸⁶ ! Celui-ci sera bien entendu soumis à la bonne foi et s’il le faut au contrôle (marginal) du juge mais il n’empêche que le calcul du prix par défaut serait celui du marché à bordereau, l’hypothèse la plus défavorable au maître de l’ouvrage alors que celui-ci est un consommateur s’il est un particulier contractant avec un professionnel, *a fortiori* pour la construction.

Ensuite, de fait, le marché à prix global n’est pratiquement jamais rencontré dans la construction. On imagine en effet difficilement, en Belgique, un entrepreneur de la construction disposé à se soumettre à un prix définitif, dès l’offre de contracter avec un particulier, par lequel il supporterait lui-même les risques de fluctuation des coûts, vu sa force relative de négociation et la faible élasticité de ce secteur d’activités. À cet égard, nous nous basons à nouveau sur les éclairantes discussions que nous avons tenues avec des professionnels du terrain, lesquels ont critiqué la problématique des suppléments de prix effectivement très fréquemment appliqués par les entrepreneurs ne déclarant pas les imprécisions dans leur évaluation initiale ou les variations de coûts, quand cette pratique n’est pas délibérément prévue au moment de conclure le contrat pour que l’entrepreneur se sucre sur les écarts par rapport au plan initial.

En pratique, le maître de l’ouvrage se retrouve donc dépossédé de l’option qui lui est la plus favorable, alors que le marché à forfait est initialement explicitement autorisé par le Code civil pour le secteur de la construction. Et, incapable de peser autant dans la négociation que l’entrepreneur et ne disposant pas des mêmes connaissances techniques, il est potentiellement soumis aux pires abus sur la détermination du prix de l’exécution.

Sous-section 2

L’exécution à délai convenu

37 – Les clauses d’indemnités de retard. À propos de l’obligation de délai, en tant que spécificité liée à l’objet du contrat, il ne nous reste plus qu’à aborder les clauses d’indemnités de retard.

De fait, les délais de la construction sont très souvent dépassés, ce qui préjudicie au maître de l’ouvrage. Pour s’en protéger, il peut associer le délai prévu au contrat d’une « *vertragingsboete* »⁸⁷ qui est une clause pénale au sens de l’article 1226 du Code civil. Celle-ci est susceptible de produire ses effets jusqu’à la livraison effective des travaux au maître de l’ouvrage. Ces clauses sont extrêmement fréquentes alors même que s’exécuter dans les délais est une obligation principale et de résultat de l’entrepreneur. Encore faut-il que l’entrepreneur souscrive à la clause.

Ensuite, la clause doit mentionner le montant de l’amende civile et ce montant est réputé forfaitaire : le maître ne peut espérer réclamer davantage en principe. Par conséquent, un donneur d’ordre qui bénéficierait d’une clause pénale en cas de retard d’exécution pourrait

⁸⁶ Gand, 4 novembre 2009, *TGR*, 2010, p. 83.

⁸⁷ M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, op. cit., pp. 55-57.

ne pas obtenir la pleine réparation de son préjudice simplement parce qu'il a été convenu d'un montant de la clause trop réduit et/ou parce que le dommage qu'il subit à cause du retard est exceptionnel. Et ce même si l'obligation pour l'entrepreneur de s'exécuter à temps existe en l'absence de toute clause, nous insistons.

Enfin, W. Goossens écrit que sont pris en compte, pour l'application d'une telle clause, les circonstances concrètes ayant amené le retard et les services précis qui étaient requis de l'entrepreneur, le cas échéant le maître de l'ouvrage est tenu de réduire l'exercice de son droit⁸⁸. Considérant qu'il est de jurisprudence constante que la théorie de l'abus de droit vient tempérer l'applicabilité et la portée des clauses pénales, nous nous demandons si en faisant cette précision spécialement pour les clauses d'indemnités de retard dans la construction W. Goossens n'a pas indiqué que, plus encore que d'autres créanciers, le maître de l'ouvrage est susceptible de commettre un abus de droit en demandant l'exécution de la clause pénale dont il profite.

38 – Une protection illusoire. Les clauses d'indemnités de retard, apparemment la seule arme du maître de l'ouvrage pour assurer sa créance d'exécution à temps, ne constituent pas une protection solide. Leur conclusion n'est pas acquise, le cas échéant le poids de l'entrepreneur dans la discussion lui permet d'imposer un montant de l'indemnité réduit, voire qui lui est plutôt profitable en ce que son client ne pourra pas poursuivre des dommages et intérêts supérieurs à la somme forfaitaire contractuelle, alors que le respect du délai s'agit déjà d'une obligation de résultat de l'exécutant. Et une certaine interprétation de la bonne foi commanderait fréquemment au maître de l'ouvrage de réduire la mise en application de la clause.

Sous-section 3

L'exécution du chantier

39 – L'architecte et l'entrepreneur sur le chantier. La tenue du chantier est le moment par lequel l'entrepreneur réalise son obligation d'exécution tandis que l'architecte réalise son obligation de contrôle de la bonne exécution par le premier. En pratique, leurs obligations respectives se confondent par moments, d'où l'existence de la fameuse responsabilité *in solidum* s'il échec⁸⁹.

C'est lors de l'exécution du chantier que vont apparaître des obligations secondaires de sécurité et de surveillance dans le chef des constructeurs. Ces obligations sont autant de règles supplémentaires propres au contrat de construction, en raison de son objet, et plus encore si la présence d'un architecte est requise – architecte dont nous venons de rappeler l'obligation de contrôle de la bonne exécution par les entrepreneurs. Cependant, ces obligations ne suffisent pas toujours à protéger le consommateur.

40 – Les garanties données par l'entrepreneur. Concernant l'entrepreneur, en plus de son obligation de bonne exécution, celui-ci est tenu d'une obligation générale de prudence : il prend, avant même le début de l'exécution des travaux et tout au long de celle-ci, les précautions qui sont de nature à éviter tout dommage prévisible⁹⁰. Si cette obligation est intéressante et profitable au maître de l'ouvrage, elle n'améliore pas très

⁸⁸ W. GOOSSENS, « Verdragingsbedingen in aannemingsovereenkomsten », *NjW*, 2003, p. 656.

⁸⁹ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), *op. cit.*, p. 50.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 52.

concrètement sa situation puisque toute personne a fondamentalement le devoir d'éviter tout dommage prévisible dans les limites de ses compétences. Et surtout, curieusement, il n'est pas clair dans la doctrine que le retard d'exécution soit considéré comme étant un dommage prévisible couvert par ce devoir de l'entrepreneur ! Certes, l'exécution à délai convenu est toujours une obligation principale et de résultat de l'entrepreneur mais, comme nous l'avons développé, elle n'est pas facilement sanctionnable, même en présence d'une clause pénale au contrat. Elle le restera d'autant plus si l'entrepreneur n'est pas obligé de prendre, tout au long de l'exécution de la convention, toutes les précautions qui sont de nature à éviter le retard sur le délai choisi par les parties...

L'entrepreneur a encore une obligation de garde, c'est-à-dire qu'il doit sécuriser l'immeuble ou le chantier sur lequel il travaille. Nous pensons que cette obligation signifie concrètement que l'entrepreneur doit mettre en place les précautions et les structures *raisonnables* qui sont de nature à éviter les dommages *imprévisibles*, tels que les accidents de chantier. Cette obligation semble couler de source étant donné que l'entrepreneur est la personne (professionnelle) chargée de réaliser le chantier mais, en principe, seulement en suivant les instructions données par le maître de l'ouvrage et l'architecte. Le devoir de garde traduit à nos yeux un bon équilibre entre la protection du consommateur et la sécurité au travail du constructeur. Il ne fait pas souvent jurisprudence.

En résumé, on pourrait soutenir que, à part durcir l'obligation de s'exécuter à temps, car le retard d'exécution peut être un dommage tout à fait prévisible vu sa nature et sa fréquence en pratique, l'on saurait difficilement soumettre l'entrepreneur à davantage d'obligations de sécurité : l'entrepreneur de la construction, tout professionnel qu'il soit et même traitant avec un non-professionnel, n'est pas un super-héros du droit. Il n'empêche que le consommateur ne se trouve toujours pas suffisamment protégé, compte tenu que ces obligations résultent surtout du bon sens et qu'elles ne sont pas automatiques ni ne renversent la charge de la preuve, comme on peut en trouver dans le droit meuble de la consommation.

Quid de l'architecte ? Son devoir de surveillance se substitue-t-il aux obligations de l'entrepreneur pour laisser au maître de l'ouvrage une voie pour se retourner efficacement ? Il est clair que non.

41 – La garantie donnée par l'architecte. L'architecte est placé tout au long de l'exécution du chantier sous une forte obligation de « contrôle des travaux » ainsi que de leur conformité... mais ce contrôle se traduit seulement par une certaine présence « non quotidienne » de l'architecte sur le chantier⁹¹. L'architecte doit se présenter, avec une régularité raisonnable, sur le chantier et constater que l'entrepreneur s'exécute correctement ou non, le cas échéant signaler la mauvaise exécution qu'il décèle. Mais il ne répond en aucun cas devant le maître de l'ouvrage, avec un quelconque automatisme, des défauts d'exécution de l'entrepreneur.

C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Nivelles a fait jurisprudence dès 1999 en statuant que l'architecte n'est en rien responsable du retard ou de l'absence d'exécution de l'entrepreneur « dès lors qu'un architecte normalement prudent et diligent n'aurait pas pu éviter les retards de l'entrepreneur, puis son abandon de chantier »⁹². Or, dans cette affaire, les maîtres de l'ouvrage avaient adressé près de cent rappels à leur entrepreneur en un peu moins d'une année...

L'entrepreneur ne s'agit donc pas du tout du « sous-traitant à l'exécution » de l'architecte, lequel serait alors directement responsable de ses fautes, comme il en va pour

⁹¹ *Idem*.

⁹² Comm. Nivelles, 23 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 278.

le fait du sous-traitant qui retombe directement sur l'entrepreneur, à l'égard du maître de l'ouvrage du moins, parce qu'il – l'entrepreneur – a choisi et engagé son sous-traitant⁹³.

La question des garanties données par les constructeurs dans l'exécution du chantier amène logiquement à celle des responsabilités des édificateurs.

Sous-section 4

Les vices de l'immeuble et les responsabilités des constructeurs

42 – Les responsabilités contractuelles de l'entrepreneur. Si l'on se concentre sur les responsabilités contractuelles des constructeurs pour les vices de la chose, sachant que ces vices peuvent trouver leur source dans la violation de toutes les obligations des constructeurs dont nous avons déjà parlé, on identifie deux catégories de responsabilité : celle pour les vices apparents et les vices cachés véniels d'une part et celle pour les vices graves de construction d'autre part. En effet, une lecture croisée des articles 1788, 1789, 1790 et 1641 et suivants du Code civil nous enseigne que l'entrepreneur répond des vices apparents ou cachés de la chose qui n'entrent pas dans le champ de l'article 1792, dans les limites de chacun des deux types de vices, du moment que le vice est rattachable à une faute commise par l'entrepreneur.

Ensuite, l'article 1792 établit la fameuse responsabilité décennale des édificateurs du bâtiment, pour les vices (cachés) non véniels, c'est-à-dire les défauts suffisamment graves de la structure du bâtiment⁹⁴.

43 – Des responsabilités *in solidum*, mais l'obligation est toujours de moyens. Pour toutes ces responsabilités, l'architecte est tenu *in solidum* avec l'entrepreneur de la construction : le maître de l'ouvrage peut tourner son action vers l'un comme l'autre des intervenants, il sera reçu. Ceci nous amène à seulement nuancer notre propos ci-avant (*confer* point 41), comme quoi l'architecte n'est pas du tout le garant, en termes de responsabilité, de la bonne exécution par l'entrepreneur. Car, certes, le maître de l'ouvrage peut intenter son action, de préférence contre les deux constructeurs, sans avoir à rechercher lui-même qui a commis la faute à la source du dommage mais il n'empêche qu'il devra prouver l'existence d'une faute et d'un lien causal entre celle-ci et son préjudice, et il n'obtiendra réparation que du fautif.

Ce parce que, sauf exception, l'architecte et l'entrepreneur dans un contrat de louage d'ouvrage ne sont soumis à aucune obligation de résultat : même la responsabilité décennale des édificateurs repose sur une faute dont le maître d'ouvrage doit établir la preuve. La Cour de cassation le rappelle très fermement dans un arrêt du 15 décembre 1995⁹⁵. Il faut encore que la faute ne trouve pas sa source dans une erreur invincible et le caractère *in solidum* de la responsabilité ne renvoie, le cas échéant, qu'à l'œuvre commune qui est formée par l'intervention de plusieurs praticiens à une même construction : la *faute* doit toujours être personnelle et chaque personne ne répond que des conséquences de sa propre faute⁹⁶.

⁹³ C. civ., art. 1797.

⁹⁴ K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek bouwrecht*, op. cit., p. 622.

⁹⁵ Cass., 15 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1171. Voyez aussi Liège, 25 juin 1996, *Entr. et dr.*, 1997, p. 222.

⁹⁶ B. LOUVEAUX, « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), op. cit., pp. 62 et 68.

Par conséquent, ces règles de responsabilité – toutes étendues qu’elles soient – ne traduisent pas l’état de consommateur du maître de l’ouvrage. Elles ne s’apparentent pas aux règles que l’on trouve, par exemple, aux articles 1649*bis* et suivants du Code civil, sur la vente des biens (meubles) de consommation, et qui fonctionnent de manière beaucoup plus ciblée et automatique.

44 – Des responsabilités bien ancrées dans la pratique. En revanche, les responsabilités des constructeurs sont très bien ancrées dans l’esprit des praticiens et produisent réellement leurs effets. Ainsi, la responsabilité décennale établie aux articles 2270 et 1792 du Code civil est une règle d’ordre public, par conséquent les clauses contraires sont nulles et très facilement annulables⁹⁷, sans qu’il ne faille se tourner vers les protections issues du droit de la protection du consommateur pour cela.

Il en irait de même pour une clause qui, même en matière de contrat immobilier, retirerait toute responsabilité pour les vices cachés véniels⁹⁸. Et nous rappelons que certains auteurs tirent de la simple applicabilité de la responsabilité pour les vices cachés véniels à l’avantage du maître de l’ouvrage – *a fortiori* si la règle est d’ordre public – que celui-ci est un consommateur⁹⁹.

Sous-section 5

La fin du contrat de construction

45 – Les fins contentieuses du contrat. À la lumière de l’objet de ce mémoire, la protection du maître non-professionnel de l’ouvrage de construction à des fins d’habitation, nous ne parlerons que des modes de terminer le contrat qui impliquent un litige entre l’entrepreneur et le maître.

Contrairement aux sections précédentes où nous décelions une applicabilité minimale – quoique critiquable et insuffisante – du principe de protection de la partie faible au profit du maître de l’ouvrage, ou des règles avantageuses tirées directement de la construction (comme la responsabilité spéciale des constructeurs), ou au moins une certaine indulgence de fait du juge pour le maître de l’ouvrage non-professionnel, ici – dans la matière de la fin du contrat – il semble que le maître d’un ouvrage de construction ne dispose d’aucun avantage ni d’aucune spécificité par rapport au commanditaire de n’importe quelle prestation d’entreprise. Par conséquent, tout ce qui va suivre se limite au droit commun des contrats, du moins celui qui prévaut encore jusqu’à l’entrée en vigueur prochaine du nouveau livre 5 du Code civil.

46 – L’annulation du contrat. Afin de faire *annuler* le contrat d’entreprise, il faut en principe aller devant le juge. En cas d’annulation du contrat d’entreprise, le juge prononce le plus souvent les restitutions réciproques : l’entrepreneur doit rembourser les acomptes versés par le maître de l’ouvrage tandis que celui-ci restitue à l’entrepreneur l’équivalent

⁹⁷ Liège, 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13881.

⁹⁸ Gand, 9 mars 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 199.

⁹⁹ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L’ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 68 ; B. DE COCQUEAU et J. BOCKOURT, « Implications de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur sur le contrat d’entreprise de construction », *op. cit.*, pp. 91-126 ; J. LAFFINEUR, « L’application de la L.P.C.C. aux produits et aux services immobiliers », *op. cit.*, p. 2.

de la valeur des travaux déjà réalisés ; ces deux sommes pouvant par ailleurs être compensées¹⁰⁰.

Parfois, le juge rejette toute restitution au lieu de prononcer les restitutions réciproques en ce que « aucun contrat valablement conclu ne comportait d'obligation [d'effectuer les travaux] »¹⁰¹, ce qui revient en définitive et la plupart du temps à un résultat analogue, les avancements du maître de l'ouvrage compensant en fait la valeur des travaux déjà effectués¹⁰².

47 – La résolution du contrat et le droit de résiliation unilatérale. La mise à nu du consommateur préjudicié se fait d'autant plus remarquer dans la demande de résoudre le contrat.

En cas d'inexécution, chaque partie dispose du « keuzerecht », en principe en le requérant devant le juge, entre la résolution du contrat et la condamnation à l'exécution¹⁰³. C'est en effet le sens de l'article 1184 du Code civil. Par conséquent, même le maître de l'ouvrage voulant procéder à la résolution du contrat doit aller devant le juge, en démontrant la raison de faire résoudre le contrat, sans avantage ni présomption pour l'y aider.

Et le juge dispose même, selon la doctrine majoritaire, d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la sanction (entre celle de la résolution et celle de la condamnation à l'exécution), tiré du principe de bonne foi¹⁰⁴. De sorte qu'il existe une « marginale toetsing » au sein de laquelle le juge peut écarter la sanction à laquelle le demandeur prétend. La Cour de cassation a en effet consacré ce critère de proportionnalité de la bonne foi dans son arrêt de principe du 16 janvier 1986¹⁰⁵. Mais rappelons que dans cette affaire les parties étaient plutôt de force égale : un preneur de bail exerçant son métier dans les lieux loués (il était dentiste) voulant mettre fin à la location opposé à son bailleur, demandant la poursuite de l'exécution du contrat.

Enfin, rappelons que l'article 1794 du Code civil confère au donneur d'ordre, certes dans le cadre restreint du marché conclu à forfait, un droit de résiliation unilatérale de la convention, sous réserve d'indemniser l'entrepreneur de tous les travaux déjà effectués. Or il est admis que la loi ne concède un droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée déterminée qu'aux personnes qu'elle décide spécialement de protéger, en raison de leur rôle dans le type de convention concerné. Il ne peut être ignoré que cet article constitue une preuve supplémentaire que le Code civil, dès 1804, voulait protéger de manière importante les maîtres d'ouvrage, et cette protection aurait dû se développer dans le droit actuel autant que, depuis 1804, les prestations d'entreprise et notamment la construction sont devenues objet de consommation. Ne manquons pas non plus de rappeler à quel point le marché à prix global est inaccessible *de facto* pour le commanditaire (non expérimenté) d'un ouvrage de construction.

¹⁰⁰ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 32 ; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454 et Mons, 3 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p.274.

¹⁰¹ Bruxelles, 29 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1136.

¹⁰² A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, pp. 32 et 33.

¹⁰³ M. SCHOUPS et S. BUSSCHER, *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁴ F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 52-53 et S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, Anvers, Maklu, 1994, p. 211.

¹⁰⁵ Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602.

Conclusion intermédiaire

48 – Où nous en sommes. Nous nous sommes efforcés durant ce premier chapitre d'exposer et critiquer la situation actuelle du maître de l'ouvrage en droit belge des contrats et de la consommation. Ce régime ne peut pas rester tel quel.

Notre propos a suivi trois axes principaux.

D'abord, l'axe de la protection de la partie faible en général. Le principe de protéger la partie faible – le non-professionnel par exemple – dans les relations contractuelles doit être systématisé. C'est-à-dire qu'il doit être répété continuellement dans le droit et dans la pratique, et surtout adapté à chaque partie, en synergie avec l'interdisciplinarité, les enjeux économiques et la privatisation des pouvoirs qui caractérisent la société moderne.

Ensuite, l'axe du droit privé de la construction dans le droit national. Le Code civil n'a pas connu une telle longévité sans raison. Il était manifestement d'une grande modernité et d'une haute technicité au moment de son adoption. Sa partie consacrée au droit du contrat d'entreprise est remarquable, témoin d'un solidarisme et d'un relativisme dans les contrats avant l'heure. Mais le maître de la construction est le véritable oublié de l'adjonction nécessaire de lois spéciales de droit civil et commercial au Code de 1804 : la loi Breyne n'a pas tout à fait été adoptée dans l'idée de le protéger de manière générale, elle a surtout été adoptée dans un contexte immobilier très particulier qui a existé il y a plus de cinquante ans ; le Code de droit économique n'en fait qu'une protection très générale, dont l'applicabilité est réduite, et même cette applicabilité réduite choque encore de nombreux praticiens, alors qu'il l'inclut indiscutablement dans la notion de « consommateur ».

Enfin, l'axe du droit privé de la construction dans la pratique. Au niveau des obligations respectives des parties et de la fixation du prix, le maître de l'ouvrage dispose de véritables avantages intéressants mais qui ne sont pas suffisamment concrétisés. L'efficacité de l'obligation pour l'entrepreneur de s'exécuter à temps repose sur un contractualisme dont il sera toujours le meneur. Concernant les garanties et responsabilités des constructeurs, celles-ci s'inscrivent toujours dans une logique très conflictuelle, poussant le client soit à se soumettre soit à aller se battre au tribunal, quand il n'est pas du tout protégé dans les modes contentieux de mettre fin à la convention.

Ceci acquis, il faut aller plus loin, élargir le spectre d'analyse pour ensuite tenter d'apporter des remèdes précis. Étudions à présent comment le droit privé belge de la construction résiste à la critique constitutionnaliste et européeniste.

Chapitre 2

La constitutionnalité et l'objectif européen

49 – Introduction. Par notre premier chapitre, nous avons exposé plutôt le droit matériel qui régit les contrats de construction conclus à des fins privées d'utilisation, ainsi que ses failles tout du long. Nous analysons maintenant ce régime avec les lunettes de la Cour constitutionnelle d'une part et celles du droit de l'Union européenne d'autre part, et faisons le lien direct avec le second propos du chapitre précédent : la nécessité d'un nouveau régime.

Commençons par la constitutionnalité. Pour cela nous décortiquons l'arrêt salvateur du 6 avril 2011 de la Cour constitutionnelle.

Section 1

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011

50 – En substance. En substance, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011, que nous citons une seule fois en note de bas de page¹⁰⁶, est un arrêt rendu sur question préjudicielle par lequel la Cour a déclaré inconstitutionnelle l'absence de protection générale (contre les pratiques commerciales déloyales) en ce qui concernait les professionnels d'une profession libérale, dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Les titulaires de profession libérale étaient alors réglés dans leur relation avec le client, pour l'essentiel, par la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales. Ces deux lois ont été abrogées et incluses, corrigées, respectivement aux livres VI et XIV du Code de droit économique comme nous le savons. Cet arrêt a d'ailleurs participé à la refonte du droit belge de la consommation par le Code de droit économique, en 2013.

Et nous nous demandons si la jurisprudence de cet arrêt déclarant inconstitutionnelle la différence de protection entre le consommateur traitant avec une entreprise « ordinaire » et celui traitant avec un praticien d'une profession libérale n'est pas transposable à la différence de protection qui subsiste encore aujourd'hui entre le consommateur de biens meubles, par exemple, et le consommateur de biens et de services immeubles.

51 – La compréhension de l'arrêt. Trouvant cet arrêt très bien rédigé nous nous permettons d'en utiliser allègrement les extraits pour le résumer puis le commenter, à commencer par la synthèse qu'il donne des faits de l'affaire :

« La logopède Liesbeth De Cock a quitté l'association de kinésithérapeutes, psychologues et logopèdes où elle travaillait et a ensuite, le 30 mai 2010, envoyé un courriel aux parents des patients de ce cabinet, les informant qu'elle s'établissait ailleurs et qu'il leur était loisible de la suivre à sa nouvelle adresse. La gérante de ce cabinet de groupe, la kinésithérapeute Lieve Rombouts, a cité Liesbeth De Cock à comparaître devant le président du Tribunal de commerce d'Anvers, siégeant comme en référé, afin d'entendre dire qu'elle s'était rendue coupable de pratiques de marché

¹⁰⁶ C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, *M.B.*, 8 juin 2011, p. 33387, <http://www.const-court.be> (3 mars 2021).

déloyales au sens de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après : LPMC). Lieve Rombouts a également requis l'interdiction d'exercer pendant six mois, dans les communes voisines, la profession pour laquelle Liesbeth De Cock avait débauché les patients, l'interdiction de prospecter les patients du cabinet et la restitution des informations concernant les patients, et ce sous peine d'une astreinte de cinq-mille euros.

Le juge *a quo* observe que les professions de kinésithérapeute et de logopède sont traditionnellement comptées parmi les professions libérales et que l'article 3, § 2, de la LPMC dispose que cette loi ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes. Par suite de cette disposition, il devrait se déclarer incompétent au profit du président du tribunal de première instance. Par ailleurs [et surtout], la charge de la preuve pesant sur la partie demanderesse serait plus lourde, dès lors que la législation applicable aux titulaires d'une profession libérale ne contient pas d'interdiction générale de se livrer à des pratiques de marché déloyales. Selon le juge *a quo*, étant donné que les logopèdes, n'étant pas soumis à un organe disciplinaire créé par la loi, ne relèvent pas de la définition de « profession libérale » contenue dans la LPMC, cette dernière leur est applicable, mais ne l'est pas aux kinésithérapeutes. Étant donné que, néanmoins, ces deux groupes professionnels poursuivent durablement un but économique, tout comme les commerçants, et eu égard à l'interprétation que la Cour de justice donne à la notion d'« entreprise », le juge *a quo* pose la question préjudicielle [suivante : 'Les articles 2, 1° et 2° et 3, §2 de la LPMC violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils excluent les professions libérales, au niveau matériel et au niveau juridictionnel ?'] ».

L'enjeu de cette affaire est ainsi établi : parce qu'une personne qui est logopède, une profession libérale, a utilisé une pratique commerciale douteuse – qui, si la LPMC était applicable, serait une pratique interdite – pour récupérer sa propre clientèle, son ancienne cheffe qui entend obtenir réparation pour le préjudice amène un tribunal du commerce à demander à la Cour constitutionnelle si la différence de traitement entre les entreprises « ordinaires » et les professions libérales en ce qui concerne la protection et la loyauté avec le client, les concurrents et le marché n'est pas discriminatoire. L'enjeu est rien de moins que la constitutionnalité du traitement plus favorable dans la loi dont jouissent les professionnels d'une profession libérale par rapport aux autres entreprises.

Face à cette critique de la loi telle qu'elle existait en 2011, le Conseil des ministres n'a pas opposé une défense farouche. Sa défense a consisté, en résumé, à rappeler la volonté du législateur de ne pas inclure les professions libérales dans le champ d'application de la loi générale sur la protection du consommateur, en ce que les professions libérales sont basées sur une certaine déontologie et une confiance avec le client, justifiant la différence de traitement dans les textes législatifs. Il cite notamment les travaux parlementaires de la LPMC, au moment où celle-ci était encore au stade de projet : « Le projet de loi ne s'applique pas davantage aux dentistes et aux kinésithérapeutes. [Même] [s]i ces catégories professionnelles ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi, elles sont traditionnellement classées parmi les professions libérales »¹⁰⁷.

Afin de répondre au cynisme du Conseil des ministres par le nôtre, nous trouvons déplorable de défendre la validité d'une loi par pratiquement un seul argument qui serait « parce qu'il en a toujours été ainsi », « traditionnellement ». Le Conseil n'explique pas vraiment quelles sont les raisons de rassembler et de régler différemment les professions libérales, non plus si ces raisons sont toujours d'actualité ou, par-dessus tout, pourquoi, concrètement, les spécificités des professions libérales s'il en est justifient une différence de traitement à l'égard du client, des concurrents et du marché. Nous sommes révoltés par le même type d'arguments rejetant la possibilité d'appliquer les protections du consommateur aux services immobiliers, « simplement parce qu'il s'agit du marché immobilier ».

¹⁰⁷ Doc. parl., Ch. Repr., sess. 2009-2010, n° 2340/001, p. 36.

Cependant, la Cour constitutionnelle ne s'en est peut-être pas moins montrée cynique, puisqu'elle amorce sa décision par des acceptions strictes des notions « d'entreprise » et « d'activité économique » présentes à la LPMC pour en définir le champ d'application, en citant massivement la jurisprudence de la Cour du Luxembourg :

« Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une entreprise est 'toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement' (CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, Höfner et Elser, point 21 ; CJCE, 16 novembre 1995, C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances e.a., point 14 ; CJCE, 19 février 2002, C-309/99, Wouters e.a., point 46). Selon la Cour de justice, une activité économique est 'toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné' (CJCE, 16 juin 1987, Commission c. Italie, 118/85, point 7 ; CJCE, 18 juin 1998, C-35/96, Commission c. Italie, point 36 ; CJCE, 19 février 2002, C-309/99, Wouters e.a., point 47) ».

Ce faisant, la Cour constitutionnelle a amorcé un dispositif qui ne surprendra plus personne : la qualification en « profession libérale » et les particularités qu'elle implique n'excluent pas pour autant que ces professionnels sont des entreprises, actives sur un marché déterminé, ce qui devrait les inclure dans le champ de la loi sur les pratiques du marché. Les points les plus importants de ce fameux arrêt du 6 avril 2011 s'en trouvent être ceux B.7.1 et B.7.2 :

« Selon le Conseil des ministres, la distinction entre les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises est justifiée en ce que les titulaires d'une profession libérale ont une certaine responsabilité sociale, disposent d'une déontologie propre et se caractérisent par un haut degré d'indépendance et par une relation de confiance avec le client fondée sur la discrétion (B.7.1).

Même dans la mesure où ces caractéristiques et valeurs diffèrent de celles des entreprises qui ne relèvent pas de la définition de profession libérale, elles ne justifient pas que, pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle de la LPMC. En effet, le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi l'applicabilité de la LPMC et la compétence du président du tribunal de commerce pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs précitées » (B.7.2).

Et la Cour poursuit en abordant la protection des personnes :

« Concernant la protection du consommateur, les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises se trouvent dans des situations suffisamment comparables, étant donné que ces deux catégories cherchent en premier lieu à subvenir professionnellement à leur subsistance. Elles poursuivent leur objectif économique seules ou au sein d'une association sous la forme juridique d'une société. Elles supportent les risques financiers liés à l'exercice de ces activités parce qu'elles doivent, en cas de différence entre les dépenses et les recettes, supporter elles-mêmes le déficit. Même si les titulaires d'une profession libérale se limitent généralement ou doivent, en vertu de leur code de déontologie, se limiter à fournir des services intellectuels, il apparaît également qu'ils accomplissent des actes qui doivent être considérés comme des actes de commerce. Inversement, l'activité économique durable de plusieurs entreprises qui ne sont pas des titulaires d'une profession libérale consiste à proposer des services intellectuels. Il convient dès lors, tant à l'égard des titulaires d'une profession libérale qu'à l'égard des autres entreprises, d'encadrer pareillement leur comportement sur les marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services ».

En définitive, la Cour constitutionnelle répond à la question qui lui a été posée par l'affirmative : les articles 2, 1° et 2° et 3, §2 de la LPMC violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils excluent les professions libérales, au niveau matériel et au niveau juridictionnel.

52 – La portée de l'arrêt. En premier lieu, la portée indéniable de cet arrêt a été de pousser le législateur à abroger la loi du 2 août 2002, trop timorée, sur la protection des clients des titulaires d'une profession libérale. C'en est devenu une ligne de force du futur Code de droit économique. Et, de fait, le livre XIV dudit Code transpose cette loi de 2002,

corrigée. Nous citerons seulement l'apparition des « pratiques déloyales » interdites par les articles XIV.60 et suivants.

Le choix des mots, aussi, est important. En effet, le livre qui remplace désormais la loi s'appelle : « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux professions libérales ». Depuis le 31 mai 2014¹⁰⁸, nous sommes tous légalement des *consommateurs* de services juridiques, médicaux, de dentisterie, etc. On le retrouve notamment très bien à l'article XIV.3.

Tout ceci fait du livre XIV un miroir du livre VI, *mutatis mutandis*, pour les professions libérales.

En second lieu, la portée à donner à cet arrêt quant aux biens et services immeubles est évidemment beaucoup plus incertaine mais nous n'en démordons pas : nous pensons que la Cour constitutionnelle pourrait reprendre sa jurisprudence de 2011 pour déclarer discriminatoire la différence de traitement entre le consommateur meuble et le consommateur immeuble, face au professionnel. Dans l'affaire de 2011, la question préjudicielle est posée à la Cour sous l'angle de la plus grande difficulté de la preuve devant le juge, puisqu'il n'existait pas d'interdiction générale des pratiques commerciales ou professionnelles déloyales dans le chef des titulaires d'une profession libérale. Aujourd'hui, c'est bien la question suivante qui pourrait aboutir devant la juridiction suprême : « Les articles 1649*bis*, §1^{er}, 3^o et 1649*quater* du Code civil violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils n'incluent pas les immeubles dans l'obligation de conformité dans la délivrance des biens de consommation ? », par exemple. Celui qui reçoit un immeuble dont il trouve un défaut doit établir de façon plus complète la faute, la causalité et le dommage dans le chef de son cocontractant que celui qui bénéficie de la garantie de conformité des biens de consommation : tous les défauts qui apparaissent dans les deux années qui suivent la délivrance du bien et qui étaient en germe au moment de cette délivrance sont présumés découler de la faute du vendeur, et les défauts qui apparaissent dans un délai de six mois sont en outre présumés avoir existé dès la délivrance.

Enfin, d'autres arguments tendent à soutenir l'extension de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Premièrement, avant d'amorcer son dispositif, la Cour commence par énoncer que : « La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui résulte de l'application de procédures différentes devant des juridictions différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait y avoir de discrimination que si la différence de traitement résultant de l'application de ces procédures allait de pair avec une limitation disproportionnée des droits des parties concernées ». Une fois posé ce paragraphe, ce rappel fondamental, on aurait pu penser que la Cour poursuivrait en donnant raison au Conseil des ministres. Nous savons qu'il n'en est rien et l'on pourrait – à tort – jeter ce passage aux encombrants. La Cour fait très bien de rappeler des fondamentaux et, à terme, de nuancer son dispositif : ce dernier ne dit pas que les clients de personnes exerçant une profession libérale sont identiques à ceux des autres entreprises, et qu'ils doivent recevoir *exactement* le même traitement, il ne nie pas non plus qu'il puisse exister des spécificités aux professions libérales, il statue que la différence de traitement entre ces deux régimes est disproportionnée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas justifiée par suffisamment de facteurs objectifs. À cet égard, toute proposition d'un nouveau droit privé de la construction ne revient pas forcément à transposer exactement tout le droit dit de la consommation régissant les contrats meubles aux conventions relatives aux immeubles (*confer* points 72 et suivants).

¹⁰⁸ Loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV "Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014, p. 41955, part. art. 9.

Et la Cour de rendre sa décision en ce que : « les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises se trouvent dans *des situations suffisamment comparables*, étant donné que ces deux catégories cherchent en premier lieu à subvenir professionnellement à leur subsistance, [poursuivent un objectif économique, subissent les risques financiers et posent des actes de commerce] ». Le dispositif est ainsi pris parce que le Conseil des ministres ne démontre pas que les particularités des professions libérales justifient une telle différence de traitement *et* parce que les similarités fondamentales entre tous les acteurs sont acquises : ils sont tous des entreprises sur un marché, la Cour ayant par ailleurs redéfini ces notions. Cela suffit à les placer dans *des situations suffisamment comparables*.

Même depuis l'adoption du livre XIV du Code de droit économique, les spécificités des professions libérales – les déontologies des différentes professions par exemple – n'ont pas disparu. Rien que le fait que ces professions soient encore réglées par un livre distinct du livre VI général, en en présentant de menues différences, en est une.

Tout ce raisonnement et toutes les possibilités de laisser des différences de traitement basées sur les particularités de la profession sont transposables aux professions immobilières.

Deuxièmement, J. Renard et A. Joris écrivent que « la LPMC et l'arrêt du 6 avril 2011 de la Cour constitutionnelle [réduisent] encore la marge de manœuvre qui subsistait dans l'exercice de certaines professions, soit les professions 'immobilières', soit les professions libérales. Il est difficile de ne pas voir derrière le raisonnement du législateur de 2010 et de la Cour constitutionnelle une poussée encore un peu plus importante de la théorie du solidarisme contractuel »¹⁰⁹. Les deux auteurs attribuent explicitement à l'arrêt une portée quant aux « professions immobilières ». Et nous avons déjà soutenu une extension du solidarisme contractuel dans le droit de la construction.

K. Deketelaere, M. Schoups, A.L. Verbeke, N. Carette, B. Delvaux, K. Uytterhoeven et K. Vanhove saluent que la Cour constitutionnelle ait déclaré « sans ambages » la situation des professions libérales hors du champ de la loi de 2010 « contraire au principe d'égalité » et trouvent manifestement un intérêt à l'arrêt de 2011 pour la question des maîtres d'ouvrage non professionnels¹¹⁰.

Troisièmement, cependant, « la Cour constitutionnelle se place, ainsi, exclusivement sous l'angle de la distorsion de concurrence – mère de toutes les vertus dans le panthéon du droit communautaire – qu'est susceptible d'entraîner le maintien de la différence de traitement entre les 'entreprises' au sens communautaire du terme et les 'professions libérales', notion plus restreinte de droit belge »¹¹¹. Certes, la Cour défend aussi bien la nécessité d'encadrer les activités économiques que les droits des clients, puisqu'elle écrit « qu'il convient [...], tant à l'égard des titulaires d'une profession libérale qu'à l'égard des autres entreprises, d'encadrer pareillement leur comportement sur les marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services ». Il n'empêche qu'il est vrai que sa réponse repose avant tout sur la notion de *concurrence* dans le droit de l'Union européenne, ce qui pourrait rendre un peu plus hasardeuse la transposition de l'enseignement de cet arrêt aux questions de *l'exécution* du contrat de construction et des responsabilités...

¹⁰⁹ J. RENARD et A. JORIS, « L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁰ K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE, B. DELVAUX, K. UYTTERHOEVEN et K. VANHOVE, *Handboek bouwrecht*, *op. cit.*, p. 1022.

¹¹¹ P.-Y. ERNEUX, « Libres propos sur l'incidence du droit immobilier de la consommation dans le contrat notarial ; 'Un éléphant dans un magasin de porcelaine ou l'encouragement d'une évolution en marche ?' », *op. cit.*, p. 41.

Ceci nous permet d'effectuer une transition royale vers la section suivante : l'objectif européen.

Section 2

Le maître de l'ouvrage au regard de l'objectif européen

53 – De l'an 2000 à l'adoption de la directive 2005/29. L'action du droit de l'Union européenne en matière de consommation se condense aujourd'hui en la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur¹¹². Mais avant d'analyser cette directive et sa transposition en droit belge, nous parlons de la période commençant cinq années avant son adoption, au travers de deux décisions éclairantes de la Cour de justice de l'Union.

Ces décisions sont l'arrêt Pavlov du 12 septembre 2000¹¹³ et l'arrêt Wouters du 19 février 2002¹¹⁴, et ceux-ci vont nous permettre d'effectuer un dernier bref détour par les professions libérales. En effet, alors que ces deux arrêts limpides dans leur dispositif datent d'avant le 2 août 2002, leur enseignement n'a pas du tout été suivi par notre législateur fédéral lorsque ce dernier a adopté la loi sur les professions libérales à cette même date, créant ainsi le vide juridique qui se matérialisera dans la LPMC, que notre Cour constitutionnelle a condamné le 6 avril 2011.

Dans l'affaire Pavlov, il était douteux que les médecins soient considérés comme des entreprises au sens du droit communautaire. La Cour de justice s'est exprimée en ces termes : « les médecins spécialistes indépendants [...] exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens [du droit de la Communauté européenne], sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion » (point 77 de l'arrêt).

Avec l'arrêt Wouters, ça devait être le tour des avocats : « Selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (46 et 47).

« Or, les avocats offrent, contre rémunération, des services d'assistance juridique consistant dans la préparation d'avis, de contrats ou d'autres actes ainsi que dans la représentation et la défense en justice. En outre, ils assument les risques financiers afférents à l'exercice de ces activités, puisque, en cas de déséquilibre entre les dépenses et les recettes, l'avocat est appelé à supporter lui-même les déficits. Dans ces conditions, les avocats [...] constituent des entreprises [...] *sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion* (voir, en ce sens, à propos des

¹¹² Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, 11 juin 2005, L 145, p. 22.

¹¹³ C.J.C.E., 12 septembre 2000, aff. C-180/98-184/98, *Pavlov e.a.*, p. I-428.

¹¹⁴ C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters e.a.*, p. I-98.

médecins, arrêt du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 77) » (48 et 49). Quand nous vous disions plus haut que la Cour constitutionnelle, le 6 avril 2011, basait fortement son arrêt sur la jurisprudence de la Cour du Luxembourg (notamment l'arrêt Wouters, car celui-ci a pour avantage de généraliser la jurisprudence Pavlov, *confer* point 51 de ce mémoire)...

De sorte que le législateur belge, en 2002, n'a pas du tout tenu compte de l'enseignement de la Communauté : les professions libérales, sans préjudice de leurs spécificités, sont avant tout et principalement des entreprises de droit commun. Notre législateur n'en était donc pas à sa première faute, ou plutôt il a persévéré dans son erreur, quand il a adopté la loi du 6 avril 2010. Et ce malgré l'adoption, entre-temps, de la directive 2005/29...

54 – Les transpositions de la directive 2005/29. La directive 2005/29 modifie les anciennes directives 97/7, 98/27 et 2002/65, s'imposant comme la directive européenne « sur les pratiques commerciales déloyales ». Elle vise à concilier les différents droits des États de l'Union quant aux pratiques déloyales envers les consommateurs¹¹⁵. Il s'agit donc d'une directive ambitieuse, horizontale, d'harmonisation des règles européennes et surtout des différentes règles nationales. La logique poursuivie lors de l'adoption de la directive, puis dans son contenu, est la suivante : la directive justifie son objet étant donné que l'Europe promeut un niveau élevé de protection des consommateurs (premier considérant, renvoyant à la règle qui est aujourd'hui l'article 169 du TFUE), qu'elle est compétente pour légiférer sur le marché intérieur (deuxième considérant et article 26 TFUE), or les pratiques commerciales déloyales nuisent à l'essor économique de ce marché, *a fortiori* si elles ne sont pas interdites de la même manière dans tous les pays membres (troisième à cinquième considérant). Ce faisant, « la directive poursuit deux objectifs, qu'elle place sur un pied d'égalité : assurer un niveau élevé de protection des consommateurs et favoriser l'expansion des activités transnationales »¹¹⁶.

S'en suit tout le contenu matériel de la directive, c'est-à-dire toutes les pratiques interdites (que l'on retrouve aujourd'hui en Belgique au livre VI du Code de droit économique).

Pour ne citer qu'une seule doctrine émettant une appréciation quant à l'arrivée de cette directive, par rapport aux professions libérales spécialement, L. Cox et C. Gheur écrivent que les auteurs belges à l'époque, au moment où l'on savait que les professions libérales allaient être davantage incluses dans le droit de la protection des consommateurs, saluaient le changement dans la stratégie de légiférer ; c'est-à-dire ne plus créer ou élargir une loi spéciale pour les professions libérales (la loi de 2002 préexistante) mais bien élargir le champ de la loi générale sur le droit de la consommation¹¹⁷. Cette loi était encore la loi sur la protection du consommateur (LPC) de 1991.

Cependant, nous savons qu'il n'en sera ainsi en Belgique que plusieurs années plus tard et notamment grâce à l'intervention de la Cour constitutionnelle.

Concernant la traduction de la directive en droit belge justement, une première transposition a donc été effectuée en 2007 dans la LPC de 1991¹¹⁸. Nous ne développons pas davantage cette transposition, d'une courte durée de vie et aujourd'hui complètement

¹¹⁵ Directive 2005/29, *op. cit.*, intitulé et sixième considérant.

¹¹⁶ Directive 2005/29, *op. cit.*, art. 1^{er} et L. COX et C. GHEUR, « La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *R.E.D.C.*, 2007/2008, p. 187.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 197.

¹¹⁸ Loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007, p. 34272.

caduque, dont on lit qu'elle était une transposition restrictive « qui rate complètement l'objectif, général et horizontal, de la directive »¹¹⁹.

Ensuite, avant d'être à son tour abrogée et augmentée par le livre VI du Code de droit économique, c'est la loi du 6 avril 2010 qui a transposé la directive européenne 2005/29. L'Union européenne ayant à cœur la protection des consommateurs conformément à l'article 169 TFUE¹²⁰, l'on retrouve cette fois dans les travaux préparatoires de la LPMC cette volonté inspirée par le législateur européen de « garantir les intérêts du consommateur, entre autres en veillant à ce que celui-ci reçoive une information suffisante, appropriée et correcte »¹²¹, la « confiance du consommateur en ce qu'il sera traité correctement dans les échanges commerciaux » participant à la santé de l'économie¹²². Bonne volonté s'il en est de la part de la loi du 6 avril 2010, mais encore insuffisante pour survivre à la critique de la Cour constitutionnelle le 6 avril 2011 (bel anniversaire cependant pour la LPMC).

Pour finir, quelle importance la doctrine et la jurisprudence ont-elles donné à la directive 2005/29 dans les années qui ont suivi ? Dans un arrêt *Ving Sverige* rendu en 2011, la Cour de justice de l'Union européenne dispose que « une interprétation non restrictive de la notion d'invitation à l'achat est la seule conforme avec [l'objectif tiré du droit de l'Union d'] assurer un niveau élevé de protection du consommateur »¹²³. Nous pensons qu'il peut être dégagé de cet extrait une volonté de la CJUE d'interpréter, de manière générale, la directive 2005/29 de la façon la moins restrictive possible *afin d'assurer un niveau élevé de protection du consommateur*. De plus, A. Puttemans et L. Marcus écrivent que, à une époque où le droit de la consommation se résumait essentiellement à un fort droit de la concurrence déloyale, la directive 2005/29 a quant à elle mis le consommateur au premier plan de sa propre protection¹²⁴. On est néanmoins en droit de se demander si l'objectif fondamental poursuivi par la directive est atteint : assurer un haut degré de protection du consommateur. Par exemple, la directive ne contient pas d'obligation d'indiquer un « prix de référence » et l'obligation pour le professionnel de s'en tenir à ce prix.

¹¹⁹ L. COX et C. GHEUR, « La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *op. cit.*, p. 199.

¹²⁰ A. PUTTEMANS et L. MARCUS, « L'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique* (sous la dir. de A. PUTTEMANS et L. MARCUS), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 65.

¹²¹ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2009-2010, n° 2340/001, p. 8.

¹²² *Ibid.*, p. 6.

¹²³ C.J.U.E., 12 mai 2011, arrêt *Ving Sverige AB*, C-122/10, www.curia.europa.eu (9 avril 2021).

¹²⁴ A. PUTTEMANS et L. MARCUS, « L'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique* (sous la dir. de A. PUTTEMANS et L. MARCUS), *op. cit.*, pp. 67 et 68.

Conclusion intermédiaire

55 – L’histoire se répète. Nous donnons en conclusion une double portée au présent chapitre du mémoire.

D’une part, vu le sens (élargi) qu’il convient de donner à la notion de concurrence dans le droit communautaire, à la lumière de la directive 2005/29, nous réaffirmons que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011 est transposable aux différences de traitement qui subsistent entre les différents consommateurs, au détriment du maître d’ouvrage de construction.

Nous terminions notre analyse de l’arrêt du 6 avril en concédant que la Cour constitutionnelle s’est « seulement » basée sur l’interdiction, créée par l’Union européenne, des distorsions de concurrence, rendant l’applicabilité de son enseignement à l’exécution du contrat (de construction) plus incertaine (*confer* point 52). Mais il est maintenant établi, à la lumière de la directive 2005/29 et de plusieurs arrêts de la Cour de Justice, que le pouvoir européen inclut la protection des consommateurs *dans* sa compétence pour le marché intérieur et la concurrence : une mauvaise protection des consommateurs entraîne une perte de confiance et à terme des pertes économiques pour le marché, dont l’expansion doit être la plus importante possible.

Ceci posé, l’objectif d’assurer un niveau élevé de protection des consommateurs est par la suite mentionné directement en de nombreuses occurrences, en tant que finalité en soi de l’Union. Il n’est pas toujours justifié en ce qu’il découle des objectifs de concurrence et d’expansion du marché (relisez pour cela les six premiers considérants de la directive 2005/29), par exemple dans l’arrêt *Ving Sverige* de la Cour de justice précité : « [l’objectif tiré du droit de l’Union d’] assurer un niveau élevé de protection du consommateur ».

Voilà pourquoi nous pensons que la concurrence que la Cour constitutionnelle soulève en 2011 doit être entendue dans un sens large, sens que lui donne l’Union européenne elle-même, qui inclut pleinement la protection des consommateurs. Or, la protection des consommateurs s’agit manifestement d’un objectif transversal des conventions, qui doit se retrouver dans toutes les étapes de la vie du contrat, dépendamment du type de convention, et pas seulement lors de sa conclusion, ce que vise plutôt le droit de la concurrence au sens strict (par exemple, l’interdiction des pratiques déloyales pour appâter ou tromper le client). Et puisque le maître de l’ouvrage peut être un consommateur en ce qu’il est partie faible dans son rapport avec un professionnel de la construction, l’arrêt du 6 avril 2011 se révèle bien extrêmement pertinent pour défendre un nouveau régime du contrat de construction.

D’autre part, nous avons rappelé toutes les occasions manquées du législateur belge de régulariser son encadrement des titulaires d’une profession libérale au regard du droit de l’Union européenne, depuis au moins l’an 2000 et jusqu’à l’adoption du livre XIV du Code de droit économique, après 2013. Notre législateur est lent à modifier certains « sacro-saints » surannés de notre droit civil ! Par exemple, la « déférence » que reçoivent les professions libérales. Par exemple, sans doute, la durée de vie exceptionnelle qu’a connu le texte du Code civil de 1804 en Belgique. Alors que dire de la différence de traitement (à outrance) entre les meubles et les immeubles, les services y afférents et la protection des parties faibles ?

Chapitre 3

Les éléments de droit comparé

56 – Du « pourquoi » au « comment ». Les premiers chapitres du mémoire concernaient le « pourquoi » de la problématique : *pourquoi* le régime actuel du maître de l'ouvrage privé est-il inadéquat ? Nous entrons à présent dans le « comment » : *comment* réformer efficacement le droit privé belge de la construction ? Pour commencer, une confrontation avec quelques autres droits nationaux européens s'impose, suivie de l'analyse en détails du droit français, un sein fécond pour la Belgique dont elle a maintes fois bu le lait.

Section 1

La Belgique, élève européenne moyenne

57 – La salle de classe. Si l'on inscrivait « France », « Espagne », « Allemagne », « Pays-Bas », « Italie », « Roumanie », « Grand-Duché du Luxembourg » et « Belgique » à un cours de protection du maître de l'ouvrage, dans une école – l'Union européenne – qui prône un niveau élevé de protection des consommateurs, « la petite Belgique » serait l'élève plutôt précoce mais paresseuse, tout juste dans la moyenne.

58 – La marque des bons élèves. Au vu de l'objectif européen que nous avons rappelé et de toutes les critiques que reçoit le droit privé de la construction sur lesquelles nous ne reviendrons pas, considérant aussi que la solidité des immeubles relève autant de l'intérêt public que de l'intérêt privé, un État membre semble remplir ses obligations minimales s'il crée une protection systémique des parties contractuelles faibles qui inclut le maître de l'ouvrage ou, plus vraisemblablement, s'il possède une législation spécifique sur le droit privé de la construction, qui dépasse son droit civil général, à tout le moins en ce qui concerne les constructions d'habitation.

« France », « Espagne », « Italie », « Roumanie » et « Belgique » (la loi Breyne) ont fait leurs devoirs : chacun de ses États dispose *a minima* d'une loi spéciale sur les responsabilités des constructeurs relatives à des constructions destinées à l'habitation¹²⁵. Toutefois, « Allemagne » fait preuve d'originalité et de simplicité : le code civil allemand place explicitement l'entrepreneur de la construction sous une obligation *de résultat* (§ 633 BGB). Jouir d'une créance de résultat sur le cocontractant profite beaucoup au consommateur puisque celui-ci est soulagé de la charge de la preuve, et l'entrepreneur ne pourra présenter une exécution qui n'est pas exactement conforme à la commande qu'en se prévalant de la force majeure.

Seuls les droits néerlandais et luxembourgeois ne présentent pas une loi spéciale sur le consommateur dans la construction. Le Luxembourg a lui aussi hérité du Code Napoléon

¹²⁵ M. FAURE-ABBAD, « La responsabilité des constructeurs ; Rapport de synthèse », in *L'immeuble et la responsabilité ; Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance (GRERCA)* (sous la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 17.

originnaire et ne protège pas davantage les maîtres d'ouvrage profanes¹²⁶ tandis que les Pays-Bas se contentent du titre 12 « aanneming van werk » du livre 7 de leur nouveau code civil, qui est similaire à celui applicable en Belgique¹²⁷.

Mais les meilleures notes ne peuvent revenir qu'à la France et à l'Espagne. La France, dont le droit civil a été entièrement modernisé en 2016 afin notamment d'augmenter la protection de la partie faible, et l'Espagne, qui a adopté la Ley de Ordenación de la Edificación du 5 novembre 1999, inspirée de la loi française du 4 janvier 1978, organisent un régime de responsabilité dans la construction couvrant un large spectre¹²⁸. C'est-à-dire que les droits français et espagnol chargent les constructeurs de plusieurs garanties, des responsabilités *de plein droit* progressives selon la gravité du défaut : une première garantie qui couvre jusqu'à un an après la réception des travaux, une deuxième jusqu'à deux ans (en France) ou trois ans (en Espagne) et une troisième la plus subsidiaire jusqu'à dix ans. Ce sans oublier l'hypothèse très précise du CCMI en France depuis 2016.

La Belgique applique aussi la responsabilité décennale, seule responsabilité spéciale des constructeurs, et elle n'est pas automatique, il faut prouver que l'entrepreneur a commis une faute ayant occasionné un dommage. La présence de ces « originalités » dans le droit belge dès l'adoption du Code civil que nous appelions plus avant le germe d'une solidarité contractuelle fait de la Belgique un pays précoce dans le contrôle des contrats d'entreprise mais qui n'a pas su faire évoluer sa législation depuis des décennies.

Enfin, la protection offerte par l'Italie ou la Roumanie est comparable à celle appliquée en Belgique.

Section 2

Le droit français, le sein fécond de la petite Belgique

59 – Ce pays de voleurs de Coupe du Monde. Pour le football sans doute pas, mais en ce qui concerne la science juridique il n'est plus à prouver que la Belgique aime s'inspirer de son voisin français. L'exemple le plus évident est probablement qu'elle ait hérité du Code Napoléon. Nous dirions même que la Belgique est douée pour s'approprier seulement les bonnes idées du droit français, pour faire parfois mieux que lui. Prenons l'exemple, en droit judiciaire, de l'arrêt « Césaréo » de la cour de cassation de France¹²⁹ au terme duquel l'autorité de la chose jugée s'étend à tous les fondements de la cause que le justiciable pouvait invoquer, enseignement dont notre législateur s'est inspiré au moment d'adopter la réforme Pot-pourri I. En revanche, il n'a pas été question de suivre la jurisprudence « Dauvin » ultérieure¹³⁰ qui décharge le juge français du devoir de soulever d'office tous les moyens manifestement inhérents à la cause soulevée par le justiciable, la Belgique

¹²⁶ Pour une bonne introduction au droit luxembourgeois de la construction voyez P. BRASSEUR, *Accès à la propriété, droit de la construction et responsabilité au Luxembourg*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2018.

¹²⁷ M. DIERIKX, *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van consumenten op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt: een bijdrage tot Europese regulering*, Nijmegen, Wolf legal publishers, 2008, p. 217.

¹²⁸ Voyez J. LETE, « La responsabilité des constructeurs ; Rapport espagnol » et L. CLERC-RENAUD, « La responsabilité des constructeurs ; Rapport français », in *L'immeuble et la responsabilité ; Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance (GRERCA)* (sous la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE), Bruxelles, Bruylant, 2017.

¹²⁹ Cass. F., 7 juillet 2006, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022).

¹³⁰ Cass. F., 21 décembre 2007, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022).

ayant préféré même consacrer un principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable¹³¹.

Il peut en être ainsi à propos du maître de la construction. La Belgique peut s'inspirer du droit français – la France étant manifestement un pays de protection de la partie faible – et le surpasser qualitativement.

Cette section analyse d'une part le droit général du contrat de construction en France et d'autre part la nouveauté depuis 2016, le CCMi.

Sous-section 1

Le droit général du contrat de construction

60 – La triple garantie de conformité. Ainsi qu'il a déjà été présenté dans la première section, la France a depuis longtemps revu son droit du contrat d'entreprise, *a fortiori* celui de la convention de construction, afin que ce dernier incorpore le mécanisme de la protection de la partie faible. La France a opté pour un régime de trois garanties successives propres aux obligations relatives à des immeubles, qui sont autant de responsabilités *de plein droit* qui pèsent sur l'entrepreneur, dont le client ne doit pas établir la faute (présumée) dès qu'il se plaint d'une mauvaise exécution ou d'un dysfonctionnement de l'immeuble. Ces responsabilités ont été intégrées directement dans le code civil français. Rappelons que la seule analogie qui puisse être établie avec le Code civil de Belgique est l'existence dans notre droit de la fameuse responsabilité décennale des constructeurs, qui n'est pas automatique.

Premièrement, la garantie d'une année ou garantie dite de parfait achèvement. Cette garantie est celle portée par l'article 1792-6 du texte français actuel, dont l'alinéa 2 énonce particulièrement : « La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception ».

La garantie est telle que dans un délai d'un an à partir de la réception des travaux, donnée avec ou sans réserve par le client, le constructeur est tenu de reprendre le chantier pour mettre le bien en parfaite conformité avec ce que les parties ont prévu dans le contrat, qu'importe la nature des dommages ou leur importance. Il s'agit donc d'une obligation légale de réparation en nature en matière contractuelle, d'ordre public et dont le bénéficiaire ne supporte pas la charge de la preuve¹³² ! Il suffit, pour la mettre en œuvre, que le maître notifie par écrit son entrepreneur de *tous* les désordres qu'il décèle dans l'immeuble par rapport aux prescrits de la convention, dans un délai d'un an suivant la réception des travaux, et l'enjoigne de venir les régler *en personne*. Idéalement, les parties parviennent à un accord. À défaut, le maître laisse un dernier délai raisonnable (plutôt court) à son cocontractant pour mettre l'immeuble en conformité, et après cette mise en demeure laissée sans succès il peut faire exécuter les réparations par un autre entrepreneur aux frais du premier.

¹³¹ Voyez notamment Cass., 4 mars 2013, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022) et C. jud., art. 23.

¹³² L. KARILA et C. CHARBONNEAU, *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3^e éd., LexisNexis, Paris, 2017, pp. 162 et suivantes.

Deuxièmement, la garantie biennale ou garantie de bon fonctionnement trouve son siège à l'article 1792-3 : « Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception ». Elle couvre par conséquent plutôt le *dysfonctionnement* des équipements dissociables de la construction, les éléments incorporés dans le bâti qu'on peut retirer sans vraiment dégrader le construit (revêtement du sol, chaudière, alarme incendie, ...). Elle est raisonnablement invoquée lorsque le vice apparaît plus d'un an et moins de deux ans après la réception de l'ouvrage puisque la première garantie couvre de toute façon *tous* les défauts d'exécution.

Troisièmement, il existe toujours la garantie décennale, pour les vices graves de la construction, à l'article 1792-3-4, qui apparaît fortement subsidiaire en droit français bien qu'elle soit aussi une responsabilité objective !

61 – Une protection bien plus pratique. Le système français de protection du maître de l'ouvrage est plus détaillé que celui dont la Belgique connaît depuis 1804, et pourtant facile à comprendre et mettre en œuvre. La garantie de parfait achèvement d'une durée d'un an, en particulier, et de par son caractère automatique, place le consommateur immobilier français dans une position bien plus confortable et rassurante que celle de son voisin du nord.

Prenons l'exemple d'un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 novembre 2015¹³³. Dans cette affaire, un couple qui a fait construire constate de sérieux vices durant l'année de la première occupation. Ces personnes demandent la mise en conformité de leur bien avec ce que prévoyait la convention sur base, faute de mieux, de la responsabilité décennale des édificateurs qui existe en Belgique. La Cour leur refuse ce bénéfice, en rappelant fermement que l'applicabilité de la responsabilité décennale est cantonnée à l'apparition d'un « dommage suffisamment grave ». C'est à se demander si le juge de Liège ne s'est pas retenu d'écrire « un dommage gravissime ». L'immeuble de ce couple aurait été certainement réparé s'il avait été construit en France, en application de l'article 1792-6, la garantie de parfait achèvement. P. Malinvaud parle d'une véritable présomption de responsabilité du constructeur, en droit français¹³⁴.

Nous pensons que cette garantie est mesurée puisque limitée à une année, que l'exécution conforme s'agit de toute manière d'une obligation essentielle des contrats relatifs à la fourniture d'un bien et que les particuliers, parties faibles, sont condamnés à faire construire et rénover pour vivre dignement.

Sous-section 2

Le contrat de construction de maison individuelle (CCMI)

62 – Le CCMI, un nouveau contrat spécial. Alors même qu'elle a créé les nouveaux articles 1792 et suivants de son code civil dès les années 1980, la France a opéré en 2016 une refonte complète de son droit des contrats spéciaux et des obligations, qui impacte notamment les règles de la construction¹³⁵. Parmi les nouveautés de cette réforme, nous

¹³³ Liège, 26 novembre 2015, *T. Aann.*, 2018, p. 211.

¹³⁴ P. MALINVAUD, « Responsabilité des constructeurs : garantie de parfait achèvement », in *Droit de la construction* (sous la dir. de P. MALINVAUD), Paris, Dalloz, 2013, p. 1233.

¹³⁵ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3^e éd., op. cit., p. 8.

notons l'apparition d'un nouveau contrat spécial, déjà évoqué ci-avant : le contrat de construction de maison individuelle, le CCMI.

Le CCMI est d'abord un louage d'ouvrage commun, réglé par les articles pertinents du code français. Mais il est en même temps un *autre* contrat nommé, régi majoritairement par des dispositions impératives qui lui sont propres. Il s'agit des articles L.230-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation français (CCH). Son champ d'application est toutefois assez réduit : il concerne les travaux visant à la *construction* (pas la rénovation ou l'amélioration) d'une maison individuelle comprenant au maximum deux logements, et ces deux logements maximum doivent être destinés au même maître d'ouvrage pour un usage privé¹³⁶.

Comme il a déjà été expliqué, le droit général du contrat de construction en France intègre depuis longtemps la protection de la partie faible mais le CCMI va encore plus loin et consiste en un véritable contrat consumériste, au sens strict. En effet, l'obligation de s'exécuter n'est pas propre aux contrats de consommation. Un vendeur doit toujours livrer le bien et un prestataire de services doit toujours réaliser les prestations promises. En revanche, l'obligation « de sécurité » est spécifique aux contrats avec les consommateurs, mais au sens extrêmement strict. L'exécution des obligations du professionnel est indépendante du contexte du contrat tandis que la sécurité supplémentaire que peut apporter un contrat de consommation s'agit de la conformité, plus ou moins dure, de l'exécution, plus éventuellement une sécurité dans le coût de l'exécution¹³⁷. Or le CCMI rentre dans cette acception réduite du droit de la consommation, car ses dispositions essentielles comportent des mentions obligatoires, des clauses interdites, des conditions suspensives, etc, et surtout une garantie de livraison à prix et délai convenus¹³⁸.

La garantie de livraison à prix et délai convenus signifie deux choses. La première, que la convention relative à la construction est conclue avec le propriétaire du sol selon un plan définitif des travaux qui fixe un prix forfaitaire. Le CCMI est en cela un marché à forfait, tel que défini à l'article 1793 de notre Code civil : il ne pourra être appliqué aucun supplément de prix sans l'accord des deux parties, et par conséquent l'ensemble des coûts d'exécution sont inclus. L'application de l'article 1793 à la construction privée en Belgique est facultative, et pratiquement nulle.

La deuxième, qu'il s'agit d'une véritable obligation de *garantie* donnée par un tiers : l'entrepreneur d'un CCMI doit obtenir d'un établissement financier la promesse que celui-ci couvrira son maître d'ouvrage contre les risques de son inexécution ou de sa mauvaise exécution. Concrètement, un organisme externe garantit plus ou moins le financement de l'achèvement des travaux. Cette obligation n'est pas sans rappeler celle du cautionnement, dépendant du niveau d'agrément de l'entrepreneur, auquel ce dernier est soumis en application de l'article 12 de la loi Breyne.

63 – Du droit du consommateur à la fois classique et moderne. L'apparition du CCMI en France depuis 2016 est une petite révolution du droit privé de la construction : la réalisation d'une simple construction d'habitation passera par la conclusion d'un contrat différent du louage d'ouvrage commun et inscrit dans le droit de la consommation. C'est pourquoi le CCMI est ambivalent. D'un côté, il ne se démarque pas tellement de la protection de la partie faible de papa : il se présente comme un contrat de consommation, au sens strict, notion quelque peu dépassée, et offre à ce titre une créance d'exécution conforme au maître de l'ouvrage, une information censée lui assurer un consentement tout

¹³⁶ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction*, op. cit., p. 104.

¹³⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLARD, avec le concours de É. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Traité de droit civil ; Les contrats de consommation ; Règles communes*, op. cit., pp. 649, 677 et 812.

¹³⁸ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction*, op. cit., pp. 102, 119 et 123.

à fait éclairé et la stabilité du prix. Il s'approche ce faisant du contrat « loi Breyne », mais son champ d'application est plus étendu.

D'un autre côté, il témoigne d'une philosophie du contrat de construction plus complexe et mise en réseau que celle qui prévaut encore en Belgique : il protège davantage le maître d'un certain ouvrage de construction alors que celui-ci bénéficie déjà, en France, d'un régime général qui lui est avantageux, ayant pris conscience que le « petit » particulier qui fait construire sa maison est encore plus démuné face à l'entrepreneur que le premier venu, et alors même que la France dispose d'un code appelé le code de la consommation. La protection de la partie faible est ainsi systématisée, nivelée, spécifiée. Et, bien entendu, cette protection est impérative et son champ d'application est relativement large et clair, contrairement à ce qui existe en Belgique (l'article 1793 du Code civil et la loi Breyne).

Conclusion intermédiaire

64 – La Belgique doit se réveiller. Les éléments de droit comparé nous amènent à formuler deux conclusions. D'abord, il faut que la Belgique se réveille. Nous le répétons : la Belgique est aujourd'hui une élève moyenne en ce qui concerne la protection indispensable des maîtres d'ouvrage, au sein d'une Europe qui demande un niveau élevé de protection des consommateurs. C'est un fait que l'Allemagne, la France et l'Espagne, notamment, ont chacune passé un cap loin devant la bouée à laquelle la Belgique s'est accrochée le 9 juillet 1971. Et jusqu'à preuve du contraire le secteur de la construction n'est pas éteint dans ces pays.

À cet égard, nous invoquons à nouveau les précieux témoignages de professionnels de la construction que nous avons recueillis. Ces personnes sont favorables à une protection accrue du maître de l'ouvrage et rappellent qu'il est rare que des concurrents étrangers soumissionnent des contrats en Belgique. Par conséquent le durcissement des obligations légales nationales n'affecterait pas l'efficacité économique du marché de la construction, si peu élastique.

65 – La Belgique a l'embaras du choix. Ensuite, le droit comparé est la perspective de s'inspirer et de se donner la possibilité de choisir. La Belgique aurait de nombreux moyens à sa disposition pour assurer un niveau de protection adéquat au maître de l'ouvrage : modifier directement le Code civil, adopter une ou plusieurs nouvelles lois spécifiques au contrat de construction, développer les codes de déontologie professionnels, dans tous les cas veiller à la conformité de l'exécution et à la sécurité du prix à la convention ainsi qu'à systématiser le mécanisme de protéger la partie faible (notamment dans la jurisprudence), mais d'une myriade de manières possibles et à des degrés divers. Ou encore – faut-il le préciser ? – en développant le droit dit de la consommation/en y intégrant davantage le maître de l'ouvrage.

Signalons à ce propos que si tous les contrats conclus entre un professionnel et un particulier sont *de facto* des contrats de consommation cela n'implique pas que cette espèce sont unigenre. Si tant est qu'il existe des règles communes à tous les contrats de consommation, chaque type de ceux-ci peut connaître de règles qui lui sont propres, pour nuancer, augmenter ou remplacer un hypothétique cadre commun selon les attributs de chaque secteur d'activités. On peut en effet distinguer la qualification de « contrat de consommation » et le domaine du droit contractuel de la consommation, notions par ailleurs usagées sur lesquelles nous reviendrons dans le dernier chapitre. Par exemple la France a partiellement admis les prestations d'avocat dans ce droit contractuel de la

consommation uniquement ou du moins principalement pour les inclure dans la protection contre les clauses abusives¹³⁹.

Il convient enfin de mentionner que l'Union européenne agit régulièrement, encore récemment, en matière de protection du consommateur mais plutôt par le biais de directives que de règlements, afin bien sûr de laisser une marge de manœuvre aux États membres. La possibilité de choisir est partout.

66 – Le temps de briser les règles. La sublimation de la pratique de n'importe quelle discipline passe par trois étapes successives et nécessaires : apprendre les règles, maîtriser les règles et briser les règles. Dans le cas de la science juridique la maîtrise des règles comporte une contextualisation de celles-ci, eu égard à leur application pratique, leur raison d'être, leur accueil, leur mise en perspective par la méthode du droit comparé, etc. Dans le cadre de ce mémoire il est subséquemment temps de briser les règles : quel serait un nouveau régime adéquat et efficace du contrat privé de construction ?

¹³⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLARD, avec le concours de É. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Traité de droit civil ; Les contrats de consommation ; Règles communes*, op. cit., p. 233.

Chapitre 4

À la croisée des chemins, un nouveau droit privé de la construction

67 – Une croisée, dans tous les sens du terme. Ce mémoire touche à sa fin. Mais, comme nous l'écrivions dans l'avant-propos, la fin d'une chose n'est pas la fin du voyage. L'aboutissement d'un chemin se présente moins souvent sous la forme d'un cul-de-sac que sous celle d'un carrefour, une croisée. Aussi, afin d'apporter à la fois une *fin* et une *finalité* – la perspective que le voyage continue – à notre mémoire, il est temps pour nous de croiser les enseignements des chapitres précédents, de croiser le travail d'argumentation et le travail de proposer de nouvelles choses, de croiser le droit spécifique du contrat d'entreprise dans la construction et la discipline du droit en général, notamment par rapport à la nécessité de protéger les parties faibles, et d'avancer l'idée d'un nouveau droit privé de la construction dans lequel les futurs maîtres d'ouvrage trouveraient leur place, autant que les entrepreneurs. Une véritable croisade.

Cet essai sera divisé en deux sections : la première quant à la protection de la partie faible en général et la seconde quant à la construction plus particulièrement.

Section 1

De la notion de consommateur... à celle de partie faible, la nécessité d'ouvrir notre regard

68 – Systématiser la protection de la partie la plus faible du contrat. Au-delà de la protection du maître de l'ouvrage de construction en tant que consommateur, c'est-à-dire l'objet principal de ce mémoire choisi notamment en raison des exigences de longueur qui s'y appliquent, nous avons défendu l'urgence de systématiser la protection de la partie la plus faible du contrat. Nous ne concevons pas un nouveau droit privé de la construction sans que celui-ci ne s'inscrive dans cette métamorphose du droit privé en général.

Par la systématisation de la notion de partie faible nous entendons un mécanisme perpétuel, un réflexe, d'identifier la partie à un contrat qui dispose du moindre pouvoir de négociation et du degré d'information le plus réduit pour l'activité considérée, s'il en existe une, afin que sa faiblesse relative soit constamment prise en compte par le législateur, les contractants et le juge, et ainsi contrebalancée. On peut en effet difficilement nier que le Code civil dès 1804, par exemple, instaure des règles de protection de la partie faible (*confer* points 13 et suivants), bien avant qu'on ne parle de droits du consommateur – la société a ensuite énormément évolué, elle est devenue plus relative, plus complexe et plus privatisée –, et que le principe rencontre un engouement, de plus en plus dans le détail, de la part du législateur (*confer* point 9, et la codification du droit économique en 2013) et de la doctrine. Jusque dans le rapport médecin-patient (*confer* point 21), par exemple ! Or ce qui tend à se préciser et se répéter tend par définition à se systématiser.

Cette tendance transparaît déjà clairement dans le nouveau droit général des obligations. On peut citer à cet égard l'article 5.37 consacrant la lésion qualifiée sous une nouvelle forme :

« Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à *la position de faiblesse* de l'autre partie.

En ce cas, *la partie faible* peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative ».

Ou encore remarquer que désormais *toutes* les clauses non négociables et créant un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties seront considérées comme étant abusives et nulles, même dans les contrats entre particuliers (art. 5.52). Loin du seul concept éculé du consommateur, la loi se fait exterminatrice de tous les déséquilibres excessifs entre les avantages respectifs que le contrat offre aux parties.

Si l'on prend l'exemple de la loi Breyne, il est fort probable que ce soit son incapacité à systématiser la protection de la partie faible en ce qui concerne le maître de l'ouvrage, en raison de la mentalité qui habitait le législateur au moment d'adopter la loi, qui lui laisse aujourd'hui une applicabilité pratique réduite, particulièrement dans la jurisprudence. La loi Breyne a en effet été adoptée comme une « loi remède », en réponse à l'essor de la (re)construction après la seconde guerre mondiale, la multiplication des immeubles à appartements et des ventes « sur plans », c'est-à-dire les ventes de biens seulement à construire ou en cours de construction¹⁴⁰. De sorte que les protections amenées par cette loi sont importantes (un report du transfert des risques, l'indication d'un prix total et d'une date de fin des travaux et un cautionnement par l'entrepreneur) mais son champ d'application est très restreint : sont requis, une construction inachevée dont le transfert de propriété reste à être effectué, l'usage d'habitation et le paiement d'au moins une somme d'argent par le commanditaire des travaux avant leur achèvement (art. 1^{er}, al. 1^{er}). Le législateur de 1971 entendait seulement régler une situation problématique très précise dans la construction notamment causée par la faillite de la société ETRIMMO – situation économique et sociale qui n'est d'ailleurs plus forcément d'actualité aujourd'hui – et il a ainsi placé sous un régime vraiment très avantageux une certaine catégorie de maîtres d'ouvrage au détriment le plus total de tous les autres.

A contrario, c'est par la reconnaissance de la protection de la partie faible comme mécanisme récurrent du droit des contrats que l'on peut établir un hypothétique droit *commun* de la « consommation ». Si un tel droit peut exister alors celui-ci est déjà plus ou moins réel : de manière abstraite à travers la doctrine d'une part et de manière concrète à travers le livre VI du Code de droit économique d'autre part. *Ensuite*, des dispositions spéciales, sectorielles et plus ou moins dures peuvent exister pour systématiser la protection de chaque partie faible, pour l'adapter à chaque type de relation contractuelle : le livre XIV s'applique en lieu et place du livre VI en ce qui concerne les rapports avec un praticien d'une profession libérale, l'applicabilité du livre VI est explicitement réduite en ce qui concerne seulement certains produits, les articles pertinents du Code civil et la loi Breyne parachèvent – ou plutôt sont censés parachever – la protection du maître de l'ouvrage en combinaison avec le Code de droit économique, le droit du travail régit le rapport déséquilibré par nature qui existe entre le travailleur et l'employeur, les codes de déontologie professionnelle ont à l'esprit d'assurer que le client soit bien traité, etc. De cette manière seulement, il peut exister un droit privé qui forme un réseau cohérent de

¹⁴⁰ J. VAN GILS et F. GAUCHE, « La protection de l'acquéreur dans le cadre de la loi Breyne », in *La promotion immobilière* (sous la dir. de J. VAN GILS et F. GAUCHE), Limal, Anthémis, 2016, p. 53.

normes, qui ne sont pas isolées ou incomplètes, qui s'appuient les unes sur les autres, et dont tous les acteurs – le juge et les entreprises au premier chef – perçoivent la dynamique.

Nous répétons les mots de F. Ost et M. van de Kerchove : « dès lors qu'on adopte une perspective pluraliste et relativiste, chaque monde retrouve sa logique »¹⁴¹.

69 – Un nouveau principe général de droit ? N'ayons pas peur des mots, ce que nous proposons concrètement est que la désignation et la protection de la partie au contrat en position de faiblesse devienne un principe général du droit, ou quelque chose d'approchant, au même titre que la bonne foi dans les contrats ou les principes d'égalité et non-discrimination. Par ailleurs, l'arrêt du 6 avril 2011 de la Cour constitutionnelle notamment prouve bien qu'égalité et protection de la partie faible sont intimement liées (*confer* points 50 et suivants).

De cette façon, le juge et le législateur pourront systématiquement contextualiser les règles de la construction, par exemple, en les rattachant à la nécessité de protéger davantage le maître de l'ouvrage profane, et surtout ces règles pourront être *relativisées* au cas par cas. En suivant un principe général de droit, lesquels sont toujours à double tranchant comme celui de l'exécution de bonne foi, un avantage dont bénéficiera le maître de l'ouvrage pourra être augmenté ou diminué *in casu* en considération de l'importance que la personne a prise dans la négociation, son degré d'information et son comportement au cours de la relation contractuelle, plutôt qu'il soit tantôt entièrement applicable ou tantôt absolument inapplicable en vertu d'une obscure loi spéciale isolée. Étant donné que la construction – toujours seulement à titre d'exemple – s'agit d'un domaine d'une grande complexité et où l'aspect humain est important, il n'y a pas d'inconvénient à déléguer au juge une partie du pouvoir de la discipliner, au cas par cas, en faisant jurisprudence.

En ce qui concerne notamment les obligations respectives des parties, on pourrait ainsi clairement consacrer les devoirs du maître de l'ouvrage de rendre possible l'exécution (à l'exclusion probable de devoir la *faciliter*), de s'abstenir d'immixtion et de collaborer loyalement – devoirs dont la concrétisation dépend forcément de chaque situation particulière –, en prenant en compte sa faiblesse relative et que l'entrepreneur est quant à lui soumis à un véritable devoir de diligence professionnelle.

La consécration d'un principe général de droit passe justement nécessairement par la jurisprudence et la doctrine, ce mémoire y participe, mais nous pensons que le législateur doit aussi intervenir, comme il en sera question à la section suivante.

70 – Se départir de la notion de consommateur. Une chose en amenant une autre, il paraît clair qu'il faut en vérité dépasser la notion de consommateur. Le terme « consommateur » renvoie intrinsèquement à l'achat et l'utilisation de choses de genre, non sans une touche péjorative puisqu'il est question, littéralement, de « consommer », « ingérer », passer à l'acquisition suivante sans réfléchir en somme. Au point que la notion de consommateur est arrivée à éclipser celle de partie faible, à se substituer à elle. En effet, on en est venu à assimiler le consommateur à l'archétype d'une personne ignorante et insouciante qui acquiert des biens ou loue des services à l'instar d'un boulimique qui se nourrirait exclusivement des mêmes plats préparés à la chaîne, figure peu compatible avec celle de la personne s'impliquant dans un projet immobilier, notamment. Les paradigmes qui caractérisent encore aujourd'hui le Code civil – ceux entre autres de l'économie en place au cours des deux siècles précédents et celui de magnifier la propriété immobilière – n'y sont pas étrangers. Il convient plutôt de rappeler que le consommateur est appelé ainsi parce qu'il traite avec un professionnel, qui dicte potentiellement sa loi dans la conclusion de la convention.

¹⁴¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 8.

Toujours est-il que le concept du consommateur n'est plus celui tout à fait adéquat, notamment pour libérer le maître de l'ouvrage de ses entraves, dans une société où c'est la protection de la partie faible, en général, qui est mise en avant. Même le rapport non-professionnel/professionnel en lieu et place de celui consommateur/entrepreneur ne représente qu'une partie du tableau. Sont en effet protégés par la loi et ne sont pourtant pas des consommateurs : le travailleur par rapport à l'employeur, le locataire parfois par rapport au bailleur, et même l'entrepreneur plus faible, « la petite entreprise », par rapport à son cocontractant, « la grosse société » (revoyez à cet égard les nouveaux articles, très modernes, 91/1 et suivants... du livre VI du Code de droit économique, « Pratiques du marché et protection du consommateur » !). Par ailleurs, devoir protéger la partie faible n'implique pas forcément que celle-ci soit une personne physique, tandis que la notion de consommateur exclut les personnes morales de son champ !

71 – Quid du formalisme contractuel ? Il existe de nombreuses pistes à explorer pour systématiser la protection de la partie la plus faible. L'une d'elles est celle du formalisme contractuel, c'est-à-dire que le législateur impose des formes précises pour la conclusion d'un type déterminé de contrat, réduisant plus ou moins grandement la liberté contractuelle des parties pour le bien de celle supposément en position de faiblesse. Nous-même venons de soutenir que le législateur doit intervenir en la matière. Le formalisme dans les contrats a de quoi séduire, et l'on serait tenté de baliser jusque dans le détail tous les contrats dits « de consommation », ainsi qu'il en est à des degrés divers du contrat de travail ou du bail commercial, par exemple. Cependant, à l'excès, il peut présenter des dérives, voire un effet pervers de ne pas du tout apporter d'avantages concrets à la personne faible.

Nous nous basons sur l'ouvrage « Le formalisme contractuel » de H. Jacquemin¹⁴² pour aborder le sujet.

Sans surprise, l'auteur se fait véritablement grand défenseur du formalisme comme mécanisme de protection de la partie faible. Pour commencer, il rappelle que « la partie faible » est désignée comme telle en raison de la nature privée des fins pour lesquelles elle contracte et parce que son cocontractant agit quant à lui à des fins professionnelles, qu'elle peut ensuite être qualifiée de consommateur et que ce rapport est extrêmement récurrent. Il énonce par la suite que l'importance du rapport de faiblesse est à nuancer régulièrement, même en application de la loi lorsque celle-ci crée des protections apparemment inconditionnelles. Dans sa définition du rapport de faiblesse, ce dernier est présumé par l'observation de trois critères, dont seul le premier est nécessaire : l'objet de la convention (le plus souvent la satisfaction d'un intérêt exclusivement personnel) qui doit en tout cas rendre pertinent qu'une partie au contrat soit par hypothèse *a priori* en position de faiblesse, les fins de contracter de chaque partie qui peuvent être professionnelles ou bien non professionnelles et la méthode de conclure la convention (à distance, électroniquement, etc). Nous retirons beaucoup de bons éléments de cet ouvrage.

Toutefois le bât blesse au moment où H. Jacquemin parle de ce que garantit concrètement le formalisme contractuel : le consentement éclairé de la partie faible, l'informer de ses droits les plus importants au cours de l'exécution du contrat et attirer son attention sur les points essentiels de celui-ci. Cela ne dépasse pas ce que rendent déjà obligatoire la loi Breyne ou même le livre VI du Code de droit économique. D'autant que l'auteur ne reconnaît que quatre grands types de formalité : les mentions obligatoires, l'exigence de l'écrit, la signature et les modes de transmettre l'information.

Il peut être fait deux conclusions de ce qui précède : soit le formalisme contractuel fait aveu qu'il ne peut pas protéger la partie faible au-delà d'une information et d'un

¹⁴² H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel ; Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010.

consentement renforcés, soit même un de ses illustres défenseurs ne l'a pas envisagé comme permettant une systématisation de la protection comme nous l'entendons.

Ce que nous voulions démontrer par le présent point est qu'il ne peut pas exister de solution très simple du type « il suffit de » pour assurer une véritable systématisation du mécanisme de la protection, celui-ci passe nécessairement par une systématisation du droit lui-même à travers *toutes* ses sources, puis de la politique, des échanges économiques, etc. Sans oublier l'ingéniosité dont savent faire preuve certaines personnes pour esquiver l'applicabilité des règles de droit trop précises, comme il en va avec la fiscalité pour exemple. L'excès de positivisme n'est pas forcément préférable à l'inaction juridique qui a longtemps caractérisé le droit du commerce (*confer* point 12).

Voilà pourquoi la présente section à propos de la protection des parties faibles en général, à travers la création d'un réseau de sources principalement juridiques voire d'un principe général de droit, était nécessaire, avant de revenir, presque subsidiairement, à la législation du contrat privé de construction.

Section 2

Les règles d'un nouveau contrat privé de construction

72 – Un avis éminemment personnel. Nous entrons dans la partie la plus subjective du mémoire, par laquelle nous allons proposer l'idée d'une intervention législative en la matière du contrat privé de construction qui serait cohérente et efficace au regard de tout ce qui précède. Nous ne prétendons pas à l'exhaustivité.

73 – Le champ d'application. Nous voulons cette législation applicable à tous les contrats conclus entre un professionnel de la construction et une personne privée, pour l'érection, l'amélioration ou la rénovation d'un bâtiment, ou d'une partie significative d'un bâtiment, destiné à des fins privées d'utilisation, dont l'utilisation à des fins professionnelles le cas échéant demeure accessoire.

74 – Le rapport de faiblesse. Un des premiers articles énoncerait que le commanditaire des travaux est présumé se trouver en position de faiblesse par rapport à son cocontractant, que tous ses droits, devoirs et obligations doivent être interprétés *in concreto* à la lumière de cet état de faiblesse, notamment au regard de l'importance qu'il a effectivement prise dans la négociation, son degré d'information quant à ce qu'impliquent les prestations qu'il demande et son comportement tout au long de l'exécution du contrat, notamment les changements du plan en cours de réalisation, le juge intervenant le cas échéant pour préciser l'étendue des avantages dont chacune des parties peut jouir en l'espèce.

75 – Les clauses abusives et l'information entre les parties. Le maître de l'ouvrage bénéficierait toujours de l'interdiction des clauses et conditions générales considérées comme étant abusives par le droit général de la protection du consommateur.

Il serait en outre tenu de communiquer à son cocontractant toutes les informations qu'il détient qui sont susceptibles d'être raisonnablement utiles ou pertinentes pour l'exécution des travaux, lui-même étant tenu à l'égard du commanditaire de s'informer et de l'informer de toutes les données garantissant de manière raisonnable une bonne exécution du travail dans les règles de l'art, de toutes les implications et conséquences du projet ainsi que de ses risques et inconvénients prévisibles ; voire une obligation pour l'entrepreneur de

refuser une réalisation qui serait manifestement dangereuse ou excessivement lourde pour le contractant lui-même ou des tiers.

Enfin, le professionnel de la construction effectuerait toute communication à son client d'une manière claire et compréhensible pour ce dernier, l'interprétation la plus favorable à la partie faible prévalant par défaut, compte tenu cependant que certaines mentions sont issues de l'intervention du maître de l'ouvrage lui-même.

76 - La fixation d'un prix total et d'un délai d'exécution. Au plus tard au moment de conclure la convention, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage devraient s'accorder sur un prix total pour l'ensemble des prestations que ce dernier demande ainsi qu'une date maximale pour la réception des travaux, sans que ce prix ni ce délai soient susceptibles de modification ultérieure sauf en cas d'accord des parties, en particulier si le maître de l'ouvrage commande de nouvelles réalisations en cours d'exécution du contrat, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle poursuivre l'exécution du contrat à ce prix ou selon ce délai serait contraire au principe de bonne foi ou excessivement difficile ou onéreux pour l'entrepreneur.

À défaut que les parties aient fixé un tel prix, ce dernier serait déterminé ultérieurement en fonction du temps d'exécution presté et des matériaux utilisés, sur la base du prix de la main d'œuvre à l'heure et du prix des matériaux à l'unité selon la loi du marché au moment où le contrat a été conclu ou au moment où il est terminé, selon celui le plus avantageux pour le maître de l'ouvrage.

77 - La démonstration de garanties d'achèvement suffisantes. Au plus tard au moment de conclure la convention, l'entrepreneur devrait fournir une ou plusieurs garanties qui sont de nature à démontrer à suffisance que les travaux seront achevés même en cas de défaillance de sa part, par la souscription d'un cautionnement, ou la promesse d'intervenir venant d'un établissement financier, ou encore l'adjonction d'un autre entrepreneur, subsidiaire, ne présentant pas de liens trop étroits avec le premier et disposant de qualifications analogues pour l'exécution du contrat en l'espèce.

78 - Des indemnités légales de retard. Le maître de l'ouvrage devrait ensuite bénéficier d'indemnités *légales* de retard, applicables par défaut. Par exemple, l'entrepreneur ne pourrait pas cumuler plus de dix demi-journées d'absence sur le chantier qui ne soit pas justifiée par un cas de force majeure par an. Passée cette limite, le maître de l'ouvrage pourra le mettre en demeure de suivre à l'avenir le planning des travaux sous peine de retenir un trois-millième de sa rémunération par demi-journée d'absentéisme injustifié ultérieure, sans préjudice que le maître de l'ouvrage poursuive le paiement d'une indemnité supérieure dont il établit le dommage correspondant et son montant.

Et en tout état de cause le maître de l'ouvrage pourra, sans avoir préalablement mis en demeure son entrepreneur, retenir un trois-millième de sa rémunération par journée de retard dans la livraison des travaux par rapport au délai déterminé dans le contrat, sans préjudice qu'il poursuive le paiement d'une indemnité supérieure dont il établit le dommage correspondant et son montant.

79 - Le transfert des risques. Dans le même ordre d'idées, le transfert des risques de la chose au maître de l'ouvrage ne pourrait être opéré avant l'achèvement par l'entrepreneur de ses obligations, lorsque les travaux sont potentiellement prêts à être réceptionnés, notamment afin de réduire les retards dans l'exécution et les abandons de chantier.

80 - La conformité de l'exécution et les responsabilités de l'entrepreneur. Dans un délai d'au moins un an suivant la réception des travaux, l'entrepreneur serait tenu de réparer tout désordre dans l'immeuble qui ne le rend pas exactement conforme au contrat

auquel celui-ci s'est engagé et que le maître de l'ouvrage lui notifie, à moins qu'il ne prouve que le désordre est étranger à son exécution de ses obligations ou qu'il prouve que le désordre trouve sa source dans un cas de force majeure ou dans une circonstance dont l'entrepreneur ne pouvait raisonnablement pas avoir connaissance au moment de s'exécuter.

L'entrepreneur réparerait encore tous les vices graves de la chose que le maître lui notifie dans les dix années suivant la réception des travaux, à moins qu'il ne prouve que le vice est étranger à son exécution de ses obligations ou qu'il trouve sa cause dans un cas de force majeure ou dans une circonstance dont l'entrepreneur ne pouvait raisonnablement pas avoir connaissance au moment de s'exécuter.

81 – Le développement de l'unilatéralisme. Pour finir, le maître de l'ouvrage pourrait, lorsque les conditions en sont remplies, résoudre le contrat, le résilier, l'annuler ou procéder au remplacement de l'entrepreneur aux frais de ce dernier par la voie d'une simple notification écrite, à ses risques et périls, ou se prévaloir de la même manière de toute sanction de l'inexécution qu'il est autorisé à mettre en œuvre.

Conclusion intermédiaire

82 – Sortir le maître de l'ouvrage du mutisme. Le maître de l'ouvrage est décidément une figure juridique à part. D'abord « chouchuté » par le Code civil, il repointe ensuite, de-ci de-là, son nez au cours du vingtième siècle, au gré des bouleversements qui frappent le secteur de la construction. Par la suite muselé il est condamné au silence, oublié des évolutions du droit, de l'économie, des courants de pensée, de la politique. Il doit aujourd'hui attraper le train en marche.

Nous avons un avis sur la manière dont l'état du maître de l'ouvrage devrait évoluer, tel a été l'objet de ce dernier chapitre, mais plus fondamentalement nous tenons à mettre en évidence à quel point le droit des obligations est en pleine transformation, à quel point les avis divergent et le risque de laisser des personnes au bord de la route est grand.

Une chose est certaine, il n'est plus concevable de s'enfermer dans le mutisme. Il faut réfléchir, parler, écrire, il faut nourrir le débat, puis prendre des décisions. Le changement étant inévitable, il doit arriver par une dialectique.

L'opération de moderniser le droit est à bien des égards frustrante : c'est reconnaître qu'on évolue depuis un certain temps déjà avec des paradigmes qui sont dépassés, peut-être même ceux-ci étaient déjà erronés au moment de leur adoption, mais surtout c'est admettre d'avancer à tâtons et savoir par avance que notre décision ne satisfera pas tout le monde. Toutefois le relativisme, l'interdisciplinarité et la connectivité qui caractérisent aujourd'hui nos sociétés – en ce qui concerne la science du droit on peut penser à la multiplication des principes généraux, au développement de la doctrine et de la jurisprudence, même métajuridique, et à l'harmonisation des différents droits nationaux – comportent pour avantage de mettre en évidence qu'un élément vieilli et isolé n'est plus cohérent par rapport au tout. On peut, à partir de là, proposer des solutions. Ce dernier chapitre aura été notre proposition vis-à-vis du contrat de construction.

Conclusion générale

83 – En conclusion, une double portée. Celui-ci terminé, nous espérons avoir donné au moins deux portées à ce mémoire. Une première portée que l'on pourrait qualifier de *de lege lata* et une seconde *de lege ferenda*.

De lege lata, notre mémoire rappelle que le maître de l'ouvrage, lorsqu'il est un particulier contractant avec un professionnel, est au consommateur à tout le moins depuis l'adoption du livre VI du Code de droit économique, quoi qu'on en dise, et le rapport conventionnel entre les parties est déjà relativement bien encadré. Ce mémoire constitue un bon récapitulatif des droits du maître de l'ouvrage, des avantages et des risques de sa situation, des doctrines et des droits étrangers – notamment – qui lui prêtent une importance grandissante. Il nuance en outre la pertinence aujourd'hui du concept de consommateur, notamment par rapport au maître de l'ouvrage, quand c'est plutôt la protection de la partie faible qui tend à se systématiser.

La notion « déviante » de consommateur trouve en effet sa source dans celle, plus globale et dynamique, de la partie faible au contrat s'il en existe une. L'urgence et l'utilité de baliser les relations contractuelles n'émergent pas vraiment de la nécessité – bien réelle – pour tout un chacun de satisfaire ses intérêts personnels par l'acquisition de biens mobiliers ou la location de services, mais plutôt de la nécessité de garder les échanges efficaces et suffisamment sûrs dans des sociétés extrêmement complexes dont l'exercice du pouvoir est de plus en plus diffus et privatisé. Ainsi, même l'Union européenne appelle à « un niveau élevé de protection des consommateurs » *en ce que* la santé des échanges commerciaux avec les particuliers est vitale pour la survie et le développement d'un marché fort. Ainsi, les nouveaux articles du livre VI du Code de droit économique règlent même les contrats entre entreprises. Etc. La figure du maître de l'ouvrage doit trouver sa place, parmi de nombreuses autres.

De lege ferenda, nous avons soumis notre avis sur l'évolution que devrait connaître le droit du maître de l'ouvrage, protecteur, conséquent, mis en réseau et nuancé. Afin de restituer le contrat de construction, les possibilités qu'il permet, aux parties elles-mêmes. Par notre essai, nous espérons bien convaincre, inspirer, faire réagir, choquer, ...

84 – La réponse à la question de recherche. « Les protections du maître de l'ouvrage non professionnel face à l'entrepreneur dans le contrat de construction. Le maître de l'ouvrage peut-il être un consommateur ? ». Quelle réponse apporter en définitive à cette question ? D'abord, *oui*, le maître de l'ouvrage peut *a fortiori* être un consommateur puisque la loi établit déjà qu'il en est un. Ensuite, et nous en revenons au point précédent, la question devient plutôt : « Le maître de l'ouvrage peut-il être davantage qu'un consommateur ? ». La réponse à cette question doit venir d'une dialectique à laquelle notre mémoire prend part, de manière à, dans tous les cas, ne plus laisser la figure du maître de l'ouvrage sur la touche, hors du débat, hors du changement.

85 – La vie est un cinéma... Le droit doit évoluer parallèlement à la société qu'il entend ordonner. Le droit des contrats, par exemple, ressemble à un script de film, dans la mesure où chacun des deux produit de nombreuses balises et réponses *pour garantir*, avec plus ou moins d'aisance et d'efficacité, la liberté qu'elle soit contractuelle ou artistique. On n' imagine ni une personne donner son consentement à un accord dont elle n'a pas la moindre idée de ce à quoi elle l'engage, ni un acteur jouer devant la caméra sans connaître le projet du film dans lequel il évolue.

Or, qu'on en ait conscience ou non, la production d'un film est encadrée par de nombreuses règles indépendantes de la volonté du réalisateur, dictées par les attentes de la société *d'aujourd'hui* : un long-métrage destiné au cinéma doit durer entre nonante et cent-quatre-vingts minutes, doit convaincre une maison de production de débloquer le budget et du retour sur investissement, ne peut pas briser le quatrième mur, le tournage est encadré par des normes de sécurité, etc. Tout est *a priori* mis en place pour rencontrer la satisfaction... des consommateurs, du public, et seuls les meilleurs scripts s'accompagnent des meilleures performances. Il en va de même pour le droit des contrats.

Quelques grands films de l'année 1971, celle de la « sortie dans les salles » de la loi Breyne, sont « Orange mécanique » de Stanley Kubrick, « Les diamants sont éternels » avec Sean Connery enfilant une dernière fois le smoking de James Bond, « Duel », pratiquement le premier long-métrage d'un certain Steven Spielberg et « La Folie des grandeurs » avec le génial Louis de Funès. Ces chefs-d'œuvre ne doivent pas être oubliés et peuvent encore inspirer de nouvelles réalisations mais il n'empêche qu'aucun de ces films ne conviendrait au cinéma actuel, dont ils ne pouvaient pas connaître le fonctionnement. Louis de Funès et Sean Connery sont morts, Kubrick est mort et Spielberg est âgé de plus de septante-cinq ans. Il faut de nouveaux scripts...

La loi est morte. Vive la loi.

Remerciements

Pour la réalisation de ce mémoire, je remercie :

Mon promoteur, Werner Derijcke, pour le temps qu'il m'a consacré et la philosophie dont il a fait montre ;

Tout le personnel de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, pour cinq années d'études épanouissantes et les possibilités qu'elles offrent, en particulier les professeurs qui m'ont donné la passion du droit ;

David Loir, architecte, Sébastien Remacle, cofondateur et porte-parole de l'entreprise TrustUp et Jimmy Vandenbranden, ingénieur dans le bâtiment, pour leurs réponses éclairées par l'expérience dans le secteur de la construction ;

Chloé Thielt, une véritable amie, pour ses remarques stylistiques ;

Toutes les personnes que j'aime pour leur soutien, leur bienveillance et leur patience.

Bibliographie

Les sources belges

Législation

- Ancien Code civil, part. art. 1184, 1226, 1641 et suivants, et 1708 et suivants.
- Nouveau Code civil, art. 8.4 et le livre 5 (projet de loi).
- Code de droit économique, part. art. I.1, livre VI et livre XIV.
- Code judiciaire, art. 870 et 23.
- Loi « Breyne » du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971, p. 10442.
- Loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007, p. 34272.
- Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI "Pratiques du marché et protection du consommateur" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103506.
- Loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV "Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014, p. 41955.
- Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 avril 2019, p. 46353.
- *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n° 2340/001.
- Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en vue d'améliorer le droit des passagers victimes d'annulation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2019, n° 0264/001.
- Proposition de loi visant à encadrer les pénalités qui peuvent être réclamées au consommateur en cas d'inexécution ou d'exécution partielle d'une obligation de sommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0501/001.
- Proposition de loi modifiant le Code civil, visant à accorder la qualité de consommateur à certaines associations de copropriétaires, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2019-2020, n° 1372/001.

Jurisprudence

- C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, *M.B.*, 8 juin 2011, p. 33387, <http://www.const-court.be> (3 mars 2021).
- Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602.
- Cass., 15 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1171.
- Cass., 4 mars 2013, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022).
- Cass., 9 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 21.
- Cass., 4 septembre 2020, *RW*, 2020-2021, p. 1624.
- Bruxelles, 2 octobre 2002, *Res Jur. Imm.*, 2003, p. 210.
- Bruxelles, 29 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1136.
- Bruxelles, 13 janvier 2006, *Res Jur. Imm.*, 2007, p. 153.
- Bruxelles, 23 juin 2008, *Res Jur. Imm.*, 2008, p. 95.

- Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454.
- Bruxelles, 2 septembre 2014, *Res Jur. Imm.*, 2015, p. 179.
- Bruxelles, 25 mars 2014, *TBO*, 2015, p. 44.
- Mons, 12 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 152, note J.-FR. HENROTTE, « Les actions en responsabilité contractuelle dirigées à l'encontre des architectes et entrepreneurs se transmettent-elles aux clients des promoteurs ? ».
- Mons, 3 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 274.
- Liège, 25 juin 1996, *Entr. et dr.*, 1997, p. 222.
- Liège, 26 mars 1997, *Entr. et dr.*, 1998, p. 263.
- Liège, 22 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13881.
- Liège, 26 novembre 2015, *T. Aann.*, 2018, p. 211.
- Gand, 9 mars 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 199.
- Gand, 29 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2007, p. 376.
- Gand, 4 novembre 2009, *TGR*, 2010, p. 83.
- Gand, 4 janvier 2012, *NjW*, 2012, p. 70.
- Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1289.
- Comm. Nivelles, 23 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 278.
- Comm. Gand, 18 février 2004, *TGR*, 2004, p. 1646.
- Civ. Gand, 24 décembre 2008, *TGR*, 2009, p. 87.
- Civ. Nivelles, 6 octobre 2011, *Entr. et dr.*, 2013, p. 57.

Doctrine

- BAEL J., « De impact van de wetgeving inzake marktpraktijken en bescherming van de consument op de verkoop van onroerende goederen : het nieuw Boek VI van het Wetboek van economisch recht », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Gand, 2014.
- BAERT G., « Samenwerking bouwheer – aannemer ? Medewerkingsplicht ? Een metafoor », *T. Verz.*, 2000.
- BALON F., « L'architecte et la loi relative aux pratiques du marché 'immobilier' », *Jurimpratique*, 2012.
- BRASSEUR P., *Accès à la propriété, droit de la construction et responsabilité au Luxembourg*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2018.
- CALLEBAUT J., « Het Wetboek economisch recht en de onderhandse verkoopakte van onroerendgoed », *T. Not.*, 2014.
- COUVREUR C., *Les livres VI et XIV du Code de droit économique : application dans le domaine immobilier et dans la pratique notariale* (sous la promotion de E. BEGUIN), Mémoire de l'Université catholique de Louvain, DIAL e-mémoire <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3700>, Année académique 2015-2016.
- COX L. et GHEUR C., « La directive sur les pratiques commerciales déloyales: Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *R.E.D.C.*, 2007/2008.
- DE COCQUEAU B. et BOCKOURT J., « Implications de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur sur le contrat d'entreprise de construction », *Jurimpratique*, 2012.
- DEKETELAERE K., SCHOUPS M., VERBEKE A.-L., CARETTE N., DELVAUX B., UYTTERHOEVEN K. et VANHOVE K., *Handboek Bouwrecht*, Anvers, Intersentia et Die Keure, 2^e édition, 2013.
- DELVAUX A. et DE COCQUEAU B., « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), Bruxelles, Larcier, 2016.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

- DESSARD D., TEHEUX J.-L., TRICOT J. et VOS DE WAELE N. (sous la dir. de D. DESSARD), *Le contrat d'entreprise ; Partie 1*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- DE ZUTTER L., « Le juge face aux clauses abusives: à la croisée des obligations et du droit judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 2011.
- ERNEUX P.-Y., « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in *La vente immobilière* (sous la dir. de B. KOHL), Liège, Anthemis, 2010.
- ERNEUX P.-Y., « Libres propos sur l'incidence du droit immobilier de la consommation dans le contrat notarial ; 'Un éléphant dans un magasin de porcelaine ou l'encouragement d'une évolution en marche ?' », *Jurimpratique*, 2012.
- ERNEUX P.-Y. et GERLO I., *La loi Breyne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- GILLARDIN J., « Règles propres aux contrats d'entreprise de construction », in *Traité pratique de droit commercial. Tome 1. Principes et contrats fondamentaux* (sous la dir. de C. JASSOGNE), Waterloo, Kluwer, 2009.
- GOOSSENS W., *Aanneming van werk, het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, La Charte, 2003.
- GOOSSENS W., « Verdragingsbedingen in aannemingsovereenkomsten », *NjW*, 2003.
- HANNEQUART Y., *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- HANNEQUART Y., *La responsabilité de l'architecte*, Liège, Jeune Barreau, 1985.
- HENROTTE L.-O., « Promotion immobilière et droit du consommateur ; Vers une protection 'clé sur porte' ? », *Jurimpratique*, 2012.
- JACQUEMIN H., *Le formalisme contractuel ; Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- KOHL B., *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- LAFFINEUR J., « L'application de la L.P.C.C. aux produits et aux services immobiliers », *D.C.R.R.*, 2002.
- LAFFINEUR J., « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : réflexions sur son application dans le domaine immobilier », *Jurimpratique*, 2012.
- LOUVEAUX B., « Évolution des rôles et responsabilités en droit belge de la construction », in *Les assurances de la construction en Belgique. Analyse et perspectives* (sous la dir. de B. DUBUISSON et M. FONTAINE), Bruxelles, Bruylant, 2003.
- MAERTENS J., *De koop op plan ; Het herstel van het evenwicht tussen bouwheer en bouwpromotor in de woningbouwwet* (sous la promotion de B. TILLEMANS et A. VERBEKEN), Mémoire de l'Université catholique de Louvain, https://repository-teneo-libis-be.kuleuven.e-bronnen.be/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4903263&, Année académique 2013-2014.
- NINANE Y. et BOCHON A., « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- PUTTEMANS A. et MARCUS L., « L'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique* (sous la dir. de A. PUTTEMANS et L. MARCUS), Bruxelles, Bruylant, 2014.
- RENARD J. et JORIS A., « L'immobilier et la consommation : deux mondes à part ? », in *Droit de la construction* (sous la dir. de B. KOHL), Liège, Anthemis, 2011.
- SCHOUPS M. et BUSSCHER S., *Privaatrechtelijke aanneming van bouwzaken*, Anvers, Intersentia, 2016.
- STIJNS S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, Anvers, Maklu, 1994.
- STUYCK J., « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010* (sous la dir. de H. JACQUEMIN), Limal, Anthémis, 2010.
- TERRY N. E., *Bedenkrijden in het consumentenrecht ; Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Anvers, Intersentia, 2008.
- VAN GILS J. et GAUCHE F., « La protection de l'acquéreur dans le cadre de la loi Breyne », in *La promotion immobilière* (sous la dir. de J. VAN GILS et F. GAUCHE), Limal, Anthémis, 2016.

- VANNEROM J., *Consumentenbescherming bij de uitvoering en herziening van kredietovereenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015.
- VAN OMMESLAGHE P., *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- VERBEKE J.-W., *De aannemer als verkoper ; Rechtsvergelijkende analyse naar Belgisch en Frans recht van de vorderingen van de bouwheer bij verborgen gebreken in het materiaal van het werk*, Anvers, Intersentia, 2021.
- VERGAUWE J., « Le maître de l'ouvrage », in *Guide de droit immobilier* (sous la dir. de X), Liège, Wolters Kluwer, 2017.
- VERMANDER F., *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2014.
- VERSTRAETEN J., *Het privaatrechtelijk bouwrecht en de consumentenwetgeving, een symbiotische relatie ?* (sous la promotion de B. BUYSENS et T. DELAMEILLIEURE), Thèse de doctorat de l'Université catholique de Louvain, https://repository-teno-libis-be.kuleuven.e-bronnen.be/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE7039979&, Année académique 2015-2016.

Philosophie

- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, Bruxelles, 1987.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002.

Les sources de droit international

Législation

- TFUE, art. 26 et 169.
- Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, 11 juin 2005, L 145, p. 22.

Jurisprudence

- C.J.C.E., 12 septembre 2000, aff. C-180/98-184/98, *Pavlov e.a.*, p. I-428.
- C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters e.a.*, p. I-98.
- C.J.U.E., 4 juin 2009, arrêt *Pannon*, C-243/08, www.curia.europa.eu (9 avril 2021).
- C.J.U.E., 12 mai 2011, arrêt *Ving Sverige AB*, C-122/10, www.curia.europa.eu (9 avril 2021).

Doctrine

- CLERC-RENAUD L., « La responsabilité des constructeurs ; Rapport français », in *L'immeuble et la responsabilité ; Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance (GRERCA)* (sous la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE), Bruxelles, Bruylant, 2017.
- FAURE-ABBAD M., « La responsabilité des constructeurs ; Rapport de synthèse », in *L'immeuble et la responsabilité ; Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance (GRERCA)* (sous la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE), Bruxelles, Bruylant, 2017.
- LETE J., « La responsabilité des constructeurs ; Rapport espagnol », in *L'immeuble et la responsabilité ; Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance (GRERCA)* (sous la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE), Bruxelles, Bruylant, 2017.

Les sources françaises

Législation

- C. civ. F., art. 1792 et suivants.
- CCH, art. L.230-1 et suivants.

Jurisprudence

- Cass. F., 7 juillet 2006, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022).
- Cass. F., 21 décembre 2007, <https://jura.kluwer.be> (6 avril 2022).

Doctrine

- CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 2003.
- FAURE-ABBAD M., *Droit de la construction*, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2016.
- KARILA L. et CHARBONNEAU C., *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3^e éd., LexisNexis, Paris, 2017.
- MALINVAUD P., « Responsabilité des constructeurs : garantie de parfait achèvement », in *Droit de la construction* (sous la dir. de P. MALINVAUD), Paris, Dalloz, 2013.
- SAUPHANOR-BROUILLARD N., avec le concours de POILLOT É., AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Traité de droit civil ; Les contrats de consommation ; Règles communes*, LGDJ, Paris, 2013.

Philosophie

- FRYDMAN B. et HAARSCHER G., *Philosophie du droit*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2002.
- REDPATH TH., « Réflexions sur la nature du concept de contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume », in *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Actes des journées d'étude organisées à Dijon pour la commémoration du 200^e anniversaire du contrat social, Paris, 1964.

Les sources néerlandaises

- DIERIKX M., *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van consumenten op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt: een bijdrage tot Europese regulering*, Nijmegen, Wolf legal publishers, 2008.

