

Can a builder import its domestic liability rules in cross-border contracts ?

Un constructeur peut-il importer ses règles nationales

dans des contrats transfrontières ?

International private law and European regulation in B to B and B to C contracts

- Contexte et problématique -

Nous avons vu, lors de la précédente intervention (M. Roussel), qu'une harmonisation des règles relatives à la responsabilité des constructeurs en Europe relevait du droit très prospectif, à défaut d'intention marquée de la commission européenne de se diriger pour le moment dans cette voie.

Les contrats de construction transfrontières n'en restent pas moins une réalité tangible en Europe, dans la pratique et malheureusement aussi dans la jurisprudence, le contentieux n'étant pas si rare en ce domaine.

L'Europe ayant promu le principe de la libre circulation des produits et services à l'intérieur de ses frontières, l'intervention sur les chantiers de construction de prestataires étrangers devrait être amenée à se développer, la concurrence jouant alors pleinement. Le choix d'un architecte étranger pour réaliser les plans et suivre les travaux de construction peut aussi se rencontrer.

Et ce, qu'il s'agisse de contrats de construction conclus entre professionnels de l'immobilier, ou entre un professionnel et un particulier, ce qui implique alors de s'intéresser plus particulièrement au déséquilibre des forces entre les contractants.

Comment gérer, dans un tel contexte international, la délicate question de la responsabilité des constructeurs, architectes, ou autres intervenants professionnels sur le chantier ?

Est-il possible pour un entrepreneur ou un prestataire de services étranger d'importer sa loi nationale dans les contrats transfrontières, plus particulièrement les règles qui gouvernent sa responsabilité ? ou celles qui concernent le paiement de sa prestation ? Qu'en est-il également de l'obligation ou de la faculté de contracter une assurance ?

On a vu ce matin qu'il existe une diversité assez remarquable des règles nationales applicables en matière de responsabilité et d'assurance des constructeurs.

Les enjeux sont donc importants, et la tentation peut être forte, pour tel ou tel partenaire contractuel, de faire en sorte que le contrat passé soit soumis aux règles qui lui sont les plus favorables.

Ou alors, n'ayant pas géré ce « détail » (...qui n'en est pas un) en amont, de se battre ensuite devant les juges pour obtenir l'application de telle ou telle règle à son égard.

Pour que la problématique exposée se rencontre, il faut en premier lieu se trouver dans une situation juridiquement internationale.

Le règlement Rome I, dont il sera beaucoup question sur ce sujet, ne définit pas l'internationalité¹.

En l'absence de texte, la jurisprudence française s'est efforcée depuis longtemps à définir le contrat international : « celui qui présente lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger » (ouvrage de B. Audit et L. d'Avout). Dans l'arrêt *Pélissier*, en 1927, il est défini comme un contrat permettant le flux et reflux de valeurs, services ou biens à travers des frontières, ou dans l'arrêt *Hecht* (CA. Paris 1970) par le fait que le contrat se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats. Un critère plus souple a même été admis dans un arrêt *Mardelé*, en 1930, selon lequel l'opération en cause « met en jeu les intérêts du commerce international ».

Il est certain que dès lors que les parties au contrat ont leur établissement dans deux Etats différents, il s'agit d'une situation internationale².

La nationalité des parties est un élément toutefois moins légitime.

Le lieu d'exécution du contrat conclu entre deux parties ayant leurs établissements respectifs dans un même Etat membre peut constituer un élément d'extranéité : par exemple, si deux parties ayant leur établissement en France concluent un contrat de construction d'un ouvrage situé en Espagne, la situation n'est pas monocalisée, la loi espagnole pourrait être choisie ou désignée pour régir le contrat.

- Sources du droit applicable -

Le contexte étant précisé, quelles sont les dispositions applicables dans ce type de situations, quelles sont les sources de droit que l'on va pouvoir mobiliser pour gérer le contrat de construction, de sous-traitance, avec un architecte ... dans ce cadre internationalisé ?

Deux types de règles peuvent, sur le principe, être mobilisées, dès lors que le contrat est transfrontière :

- d'abord des règles de conflits de lois unifiées, posées dans deux principaux instruments que sont d'une part, le règlement « **Rome I** » sur la loi applicable aux obligations contractuelles (règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008), d'autre part, le règlement « **Rome II** » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007) - qui peut concerner notre hypothèse dans certains cas relevant davantage du domaine délictuel que du strict domaine contractuel.

¹ Il peut même s'appliquer à des situations internes dans certains cas.

² Question délicate si une partie a son établissement principal à l'étranger (siège social) et crée un établissement secondaire en France (succursale), transformée ensuite en filiale (véritable société de droit français) : voir l'arrêt *Keller*, 4 oct. 2005 => situation a priori internationale, mais la Cour de cassation a pourtant retenu que cette situation n'était pas internationale, car il y a eu transformation en filiale après la conclusion du contrat (cela vaut pour l'application de Bruxelles I... rien encore à ce sujet pour la question de la loi applicable).

Le règlement Rome I vient prendre le relais de la convention de Rome de 1980 ; il est applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

25 Etats ont vocation à mettre en œuvre le règlement Rome I, le Royaume Uni et le Danemark n'ayant pas souhaité participer à l'adoption et à l'application du règlement, comme cette possibilité leur est offerte par l'article 299 TCE.

Ces deux règlements posent une règle de compétence universelle [2] : dès lors que le contrat est international, le juge de l'Etat membre qui sera saisi de l'affaire devra appliquer Rome I ou Rome II, même si la loi alors désignée n'est pas celle d'un Etat membre.

On peut ajouter à ces deux règlements, le règlement « **Bruxelles I** » (n° 44/2000 du 22 décembre 2000), qui concerne la compétence judiciaire, la reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale, et qui est donc exclusivement consacré aux conflits de juridictions.

Cet instrument remplace la convention de Bruxelles de 1968 et vise aussi bien les situations contractuelles que non contractuelles.

La question du juge désigné pour traiter tel ou tel contentieux au sein de l'Europe n'est bien sûr pas neutre, puisque le juge saisi est amené à vérifier sa compétence et à désigner la loi applicable au conflit, justement à partir des règlements Rome I et Rome II et de l'interprétation qu'il en fera.

On mettra de côté dans cet exposé la question du conflit de juridictions, on partira ici du principe que le conflit de juridictions aura désigné le juge d'un Etat membre.

- le second type de règles vise le droit européen dérivé sous la forme de directives, dont on sait que la transposition doit être effectuée dans un certain délai, dans tous les Etats de l'UE.

Dans le domaine de la construction, on pense bien sûr à la directive « services » (n° 2006/123/CE), qui a notamment pour objectif la suppression des entraves à l'accès aux marchés nationaux de la construction par les prestataires étrangers de l'UE. Cette directive a été partiellement transposée en France ; elle pose certaines questions dans le domaine de la construction.

On peut penser aussi à la directive *timeshare* et autres produits de vacances, qui s'intéresse spécialement aux relations B to C.

Il faut à présent partir de cas concrets pour essayer de défricher le champ des règles utiles pour déterminer la loi applicable aux contrats de construction ou aux contrats d'assurance-construction, dans diverses situations.

I. Premier cas concret – contrat de construction transfrontière conclu entre un maître de l’ouvrage et un entrepreneur (B to B)

Partons d’un exemple simple, qui pourra être décliné en plusieurs hypothèses successives, pour essayer de déterminer, concrètement, quelle est la marge de manœuvre des contractants en ce qui concerne la loi applicable au contrat de construction :

⇒ **un maître de l’ouvrage (MO) français qui fait appel à un entrepreneur italien (établissement en Italie) pour édifier un ouvrage en France.**

1/ Rome I est a priori applicable car :

- il s’agit d’une situation présentant des éléments évidents d’extranéité (deux contractants de nationalités différentes, dont les établissements sont situés dans différents Etats, et l’un va effectuer une prestation sur un sol étranger par rapport à son Etat national).
- la France et l’Italie font partie des Etats qui doivent appliquer automatiquement le règlement³ pour tout contrat conclu à compter du 18 décembre 2009.⁴
- le contrat visé (contrat d’entreprise) fait partie de ceux qui ne sont pas exclus par le règlement : Rome I vise en effet toutes les obligations contractuelles relevant des matières civile et commerciale, à l’exclusion de certaines obligations (notamment les instruments négociables – lettres de change, chèques, billets à ordre -, les contrats d’assurance directe sur la vie, et plusieurs autres cas⁵). Rome I inclut expressément dans son champ d’application les contrats de transport, de travail, de consommation et d’assurance des risques situés sur le territoire européen, pour lesquels le règlement prévoit des dispositions spécifiques.
- on va supposer ici qu’il s’agit d’une relation contractuelle de droit privé, entre un MO personne privée et un entrepreneur personne privée. En effet, les obligations relevant des matières administratives (et aussi fiscales et douanières) sont exclues de Rome I.

Cela constitue un changement par rapport à l’application de la convention de Rome de

³ Sur les 27 Etats membres de l’UE, seuls le RU, le Danemark et l’Irlande étaient susceptibles de ne pas appliquer ce règlement, en vertu de l’article 299 TCE. L’Irlande a dès l’origine indiqué sa volonté d’appliquer Rome I, le RU a suivi, mais le Danemark a choisi de ne pas procéder au *opt in*.

⁴ Dans certains cas, Rome I peut ne pas être applicable car il existe une convention internationale antérieure (v. art. 25 du règlement Rome I).

⁵ Le champ d’application du règlement exclut également les obligations relatives :

1. à l’état et à la capacité juridique des personnes physiques;
2. aux relations familiales;
3. aux régimes matrimoniaux;
4. aux instruments négociables tels que les lettres de change, les chèques et les billets à ordre;
5. à l’arbitrage et à l’élection de for;
6. au droit des sociétés et d’autres associations ou personnes morales;
7. à l’engagement d’une personne ou d’une entreprise envers un tiers;
8. à la constitution de trusts;
9. aux négociations menées avant la conclusion d’un contrat;
10. à certains contrats d’assurance.

1980, la jurisprudence française appliquant la convention de Rome aux contrats internationaux conclus avec l'Administration⁶.

- on va supposer, par ailleurs, que les deux contractants sont des professionnels, relation B to B, et que l'on se situe dans le secteur libre.
- on va supposer enfin (pour cette première réflexion) que le contrat d'entreprise a bien été conclu et qu'il s'agit de déterminer la loi applicable à l'exécution du contrat.

2/ Quelle loi applicable à ce contrat ?

a/ Le principe, dans Rome I est un « **principe d'autonomie** » => les parties peuvent librement choisir la loi applicable à leur contrat. [art. 3]

C'est donc l'autonomie de la volonté qui domine dans ce règlement, mais cette volonté doit être exprimée de manière expresse, ou bien résulter de façon certaine du contenu du contrat ou de ses circonstances.

Les parties à un contrat peuvent choisir la loi qui le régira en totalité ou partie. (phénomène de dépeçage contractuel, toutefois assez risqué car il convient d'éviter toute ambiguïté ou contradiction).

Le changement de choix de la loi applicable peut survenir à tout moment, avec l'accord de toutes les parties.

Si la loi choisie est celle d'un pays autre que celui avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, les dispositions de cette loi doivent être respectées. Par exemple, si nos cocontractants français et italiens décident de désigner, dans leur contrat, la loi allemande, bien que celle-ci n'ait aucun lien avec le contrat ou la prestation, ce choix est valable.

Nos deux contractants pourraient même décider de désigner une loi en dehors de l'UE. Mais si le contrat se rapporte à un ou plusieurs États membres, la loi applicable choisie, autre que celle d'un État membre, ne doit pas contredire les dispositions du droit européen. C'est la première limite imposée au principe d'autonomie.

Seconde limite, celle qui figure à l'article 3.3 du règlement : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. »

Est ici visée l'hypothèse dans laquelle le contrat ne serait pas véritablement international : tous les éléments rattachent le contrat à un État membre A, mais les parties choisissent d'appliquer à leur contrat la loi d'un État B. C'est impossible pour ce qui concerne les dispositions impératives de la loi de l'État A. L'idée est d'éviter de contourner la loi nationale normalement applicable et impérative, au profit d'une loi étrangère plus favorable mais sans aucun lien avec la situation contractuelle.

On perçoit bien sûr le principal danger du principe d'autonomie, si les parties sont dans un rapport de force déséquilibré : le contractant le plus puissant peut être tenté d'imposer le

⁶ V. not. CE. 19 nov. 1999, *Tegos*, Rev. crit. DIP 2000, 409.

choix de sa loi nationale, ou d'une loi étrangère qui lui serait favorable.

⇒ risque de *law shopping*, qui n'est pas négligeable et qui a largement été souligné par les commentateurs de Rome I.

ex. l'entrepreneur italien, dans notre cas d'espèce, s'il a la possibilité de négocier la question de la loi applicable, tentera peut-être d'éviter l'application de la loi française au contrat conclu, afin de se soustraire à la responsabilité décennale objective applicable en droit français.

De plus, le *law shopping* pourrait se transformer, en vertu du règlement Rome I, en *stateless law shopping* : en effet, les considérants 13 et 14 du préambule du règlement disposent :

(13) Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale.

(14) Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles.

⇒ on voit que, selon le préambule, les parties peuvent désigner un droit non étatique, outre telle convention internationale ou telles règles matérielles de droit des contrats qui seraient adoptées par l'UE.

⇒ la formule, large, peut notamment viser un instrument comme le futur règlement européen sur un droit commun de la vente s'il est un jour adopté, des travaux académiques tels que ceux du *Study group on a European civil code*, aussi connu sous le nom de « Groupe Von Bar », qui a publié un ouvrage concernant les contrats de service et notamment le contrat de construction.

Cela dit, ces textes n'ont pas de force contraignante à l'heure actuelle et, même s'ils peuvent être désignés dans le contrat, ils ne sauraient exclure l'application de règles impératives qui découleraient de la loi normalement applicable au contrat.

En outre, la portée juridique du préambule, et donc de ces deux considérants, reste discutée.

Un auteur (S. Lemaire) considère que la CJUE pourrait être tentée de procéder à une interprétation téléologique des dispositions du règlement au regard du préambule, et l'on sait que le juge national est tenu de suivre les interprétations du droit européen officiellement délivrées par la Cour de justice.

b/ A défaut de choix effectué par les parties, quelle loi est alors applicable ?

Il faut cette fois se référer à l'article 4 du règlement.

Le règlement Rome I abandonne le « principe de proximité », qui était généralement applicable à défaut de loi choisie par les parties.

Désormais, on ne recherche plus systématiquement la loi qui présenterait les liens les plus

étroits avec le contrat, à l'aide de présomptions qui permettraient sous l'empire de la convention de Rome de 1980 de désigner plus facilement cette loi.

. Il faut se référer à présent et en premier lieu, à une liste de solutions qui visent 8 types de contrats différents. [4.1]

Parmi ceux-ci, trois catégories peuvent nous intéresser pour ce qui concerne le droit de la construction :

- le contrat de prestation de services⁷, qui recouvre les contrats de construction, de sous-traitance, de promotion immobilière, régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle.
- le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, qui pourrait recouvrir la vente d'immeuble à construire mais cela est incertain, régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble.
- le contrat de vente de biens, qui recouvre a priori la fourniture de matériaux de construction, est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle.

. Si le contrat n'entre pas dans l'une des 8 catégories ou est complexe, le & [4.2] prévoit alors que le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle => c'est donc le pays de résidence du principal exécutant du contrat.

. => Le principe de proximité ne joue plus, désormais, que très subsidiairement, dans deux hypothèses [4.3 et 4.4] :

- quand la loi applicable ne peut être déterminée à l'aide des 8 cas du & 1, ou à l'aide de la règle visée au & 2 de l'article 4.

- quand « il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2 », c'est alors la loi de cet autre pays s'applique. [4.3] Il s'agit d'une possibilité offerte au juge.

Il faut s'arrêter un instant sur le **cas de la vente d'immeuble à construire** (VIC) en droit français, qui est a priori un contrat complexe, mêlant vente d'immeuble et contrat d'entreprise.

Un auteur (J. Sénéchal) considère que ce contrat doit relever de la catégorie des contrats ayant pour objet un droit réel immobilier (donc loi du lieu de situation de l'immeuble), car il vise au final le transfert de propriété du sol et de la construction à l'acquéreur, mais cela peut être discuté.

⁷ Le préambule considérant 17 appelle à interpréter cette expression (« prestation de services ») de manière identique à l'interprétation retenue par la CJUE pour l'application de l'article 5 du règlement Bruxelles I.

On pourrait aussi considérer que ce contrat relève de l'article 4.2 (contrat complexe : loi de la résidence habituelle de l'exécutant principal, donc celle du vendeur-constructeur),

ou même de l'article 4.3, le contrat présentant « des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphes 1 et 2 », et dans ce cas, la loi de cet autre pays s'applique ... ce qui permettrait de retenir, mais sur un autre fondement, le lieu de situation de l'immeuble construit, car il y a bien là un lien particulièrement étroit entre le contrat et ce pays.

=> question non résolue, les parties ont peut-être intérêt à préciser la loi applicable dans leur contrat, car sinon le juge pourra user à sa guise de ces diverses dispositions.

DONC si l'on confronte notre cas concret à ces règles, il faut considérer que si nos deux contractants professionnels français et italien n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, leur contrat d'entreprise de droit commun sera régi par la loi italienne, car c'est celle du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ... sauf à ce que le juge décide d'appliquer l'article 4.3 relatifs aux liens plus étroits. Or l'immeuble étant construit en France, on peut penser que la loi française serait alors applicable, car la doctrine relève que « le lieu de situation de l'immeuble construit ou à construire possède une attractivité très forte dans le secteur de la construction immobilière, qui pourrait justifier le primat du principe de proximité sur celui du principe du pays d'origine » de l'entrepreneur prestataire de services.

L'observation est intéressante, il y a là une source potentielle d'argumentation ... donc de contentieux.

Autre difficulté : la détermination de la « résidence habituelle » peut poser question, dans la mesure où le règlement [19] prévoit divers rattachements géographiques possibles : administration centrale, succursale, agence ... selon divers critères.

Sur ce point, Rome I n'améliore rien par rapport à la convention de Rome de 1980 :

La résidence habituelle est en effet « déterminée au moment de la conclusion du contrat » [19.3]

et elle peut être le lieu où la personne morale a établi son administration centrale ou le lieu de l'établissement principal de la personne physique [19.1],

ou encore le lieu où est situé la succursale, l'agence ou tout autre établissement qui fournit la prestation à condition de démontrer certains éléments de rattachement [19.2] : soit « le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation de la succursale, agence .. », soit « selon le contrat, la prestation doit être fournie par la succursale, agence .. »

⇒ Comme le souligne un auteur (J. Sénéchal), la pluralité de lieux « engendre une insécurité par risque de concurrence entre plusieurs lois applicables »,

⇒ ... d'autant plus que la directive « services » a eu justement pour objet de laisser la possibilité aux prestataires de services, notamment les constructeurs immobiliers dont le siège

est situé dans l'un des Etats membres, de créer un établissement secondaire dans un autre Etat membre, qu'il s'agisse d'une succursale, filiale ou agence.

⇒ soit la résidence habituelle est fixée dans le contrat et cela permet de sécuriser la question,

⇒ soit ce n'est pas géré dans le contrat, et alors les contractants prennent le risque d'une interprétation du juge, parfois délicate (déterminer qui exactement fournit la prestation, que signifie conclure un contrat dans le cadre de l'exploitation de la succursale, agence ..).

⇒ ainsi, si notre entrepreneur italien a une succursale en France, qui fournit la prestation, la loi française pourrait être applicable sur le fondement de la règle de conflit propre au contrat de prestation de services.

Mais si l'on met de côté ces difficultés, on peut considérer, **dans notre cas d'espèce**, que la loi italienne sera probablement applicable dans les rapports MO – entrepreneur.

⇒ exclusion de la garantie décennale française, et aucun rattrapage n'est envisageable sur le fondement du concept de « loi de police », car la jurisprudence française ne considère pas les articles 1792 et s. du code civil comme des lois de police, et le règlement Rome I restreint encore cette notion dans son article 7.

Toutefois, si le contrat conclu entre nos MO et entrepreneur était un contrat de vente d'immeuble à construire, la règle de conflit ne serait plus forcément la même, on l'a vu, et alors la loi applicable pourrait être celle du lieu de situation de l'immeuble. Dans ce cas, donc, les articles 1792 et s. seraient applicables car tout simplement la loi française serait elle-même applicable.

- Premier dérivé du cas concret – contrat de construction en négociation –

Si notre situation visait une difficulté au niveau de la négociation précontractuelle,

le règlement Rome I exclut désormais de son champ d'application les « obligations découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat » [1.2.i]

- ⇒ La période précontractuelle mêle assez naturellement des questions d'ordre contractuel (selon l'efficacité ou non de la rupture des relations) et délictuel (quelle responsabilité encourue ?)
- ⇒ Le législateur européen a tenu compte de cette situation particulière, en décidant de faire relever le contentieux de la rupture des négociations du règlement Rome II [12], donc du domaine non-contractuel, tout en maintenant, dans la règle de conflit applicable, un lien important avec le contrat sous-jacent dans cette situation juridique.
- ⇒ En principe, « La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit ou non effectivement conclu, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». Il y a là **un lien évident entre *lex delicti* et *lex contractus***. [12.1]
- ⇒ Et si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base de cette règle de conflit⁸, trois règles de conflit subsidiaires sont alors proposées. [12.2]

Dans notre cas concret, le contrat étant négocié entre le MO français et l'entrepreneur italien, et ce contrat étant a priori soumis à la loi italienne, on peut considérer qu'en cas de difficulté survenant lors des négociations, la loi italienne serait applicable pour fixer les règles de mise en cause de la responsabilité pour rupture des négociations.

La doctrine française considère qu'il s'agit là de « l'apport le plus heureux du règlement Rome II » (S. Bollée), car même si la *lex contractus* n'a aucune vocation à régir le volet précontractuel, elle a vocation à régir toute question concernant la formation du contrat.

Or on sait qu'en cas de rupture des négociations, se pose souvent la question de savoir si l'on peut considérer, ou non, que le contrat est formé lors de la rupture. Il est donc préférable, pour éviter l'intervention de lois potentiellement différentes (loi applicable au contrat selon les règles de conflit de Rome I / loi applicable aux obligations non contractuelles selon les règles de conflit propres à Rome II), que l'ensemble de la situation soit régie par une seule règle de conflit.

Il faut toutefois souligner brièvement la complexification de la question lorsque la négociation précontractuelle fait elle-même l'objet de contrats, que l'on nomme classiquement avant-contrats de négociation (accords de négociation, lettres d'intention ...).

⁸ Par ex. : un accord sur la loi applicable aux pourparlers est prévu dans le calendrier des négociations ... mais n'a pas encore eu lieu lorsque la rupture des négociations survient.

Autre ex. : le désaccord provoquant la rupture résulte justement de l'absence d'accord sur la loi applicable aux négociations.

Dans ce cas, bien sûr et s'agissant de contrats véritables, la *lex contractus* est applicable ... mais celle-ci n'est pas forcément identique à celle applicable au contrat définitif, selon les choix opérés par les parties ou selon la règle de conflit mise en œuvre. Il se peut ainsi que deux lois différentes soient applicables respectivement à l'avant-contrat et au contrat définitif.

Un auteur français (B. Haftel) propose alors de considérer l'avant-contrat « comme une excroissance du contrat qu'il a pour objet », et non pas comme un contrat réellement autonome, ce qui permettrait d'envisager l'application de la même loi pour l'avant-contrat et le contrat définitif subséquent⁹, sous réserve d'un dépeçage volontaire par les parties [3.1 Rome I].

=> Là encore, on observe un certain terrain d'incertitudes ... que les parties gagneraient sans doute à éviter en faisant preuve d'initiative dans le choix de la loi applicable aux avant-contrats, s'il y a lieu, ou même de la loi applicable à leurs obligations non contractuelles comme leur en laisse la possibilité l'article 14 de Rome II à certaines conditions.

⁹ en appliquant [4.2 et 4.4].

- Second dérivé du cas concret - sous-traitance -

Notre cocontractant italien fait appel à un sous-traitant allemand pour réaliser une partie des prestations prévues dans le contrat d'entreprise, par exemple le lot « fenêtres et baies vitrées ».

Il s'agit d'un sous-contrat d'entreprise, a priori considéré comme un contrat de prestation de services par le règlement Rome I, donc régi par la loi de la résidence habituelle du prestataire, loi allemande en l'occurrence (sous réserve des observations faites *supra*).

⇒ dans les rapports entre l'entrepreneur principal (EP) italien et le sous-traitant (ST) allemand, la loi allemande est a priori applicable (sous réserve de l'application de l'article 4.3 relatif aux liens plus étroits).

⇒ qu'en est-il dans les rapports entre ST et MO ?

. Le sous-traitant n'a pas de relations contractuelles avec le MO français, Rome I devrait donc être exclu de leurs relations et il faudrait se tourner vers le règlement Rome II, relatif aux obligations non contractuelles, pour connaître la loi applicable à l'éventuelle mise en cause de la responsabilité du ST par le MO dans l'hypothèse d'une malfaçon.

A priori, l'article 4 de Rome II serait alors applicable, qui fixe la règle générale de l'application de la loi du pays où le dommage survient (sans entrer dans davantage de détails, et sans envisager les hypothèses, non applicables ici, dans lesquelles cette loi serait écartée au profit d'une autre¹⁰, ou bien l'hypothèse de l'article 14 dans laquelle les parties auraient choisi la loi applicable).

Dans notre cas, la loi applicable serait alors la loi française, loi du pays où le dommage survient.

Et il faudrait alors autoriser le MO à agir en responsabilité délictuelle à l'encontre du ST, telle que la jurisprudence française *Besse* l'a confirmé en 1991 (Ass. plénière 12 juillet 1991) et selon les règles applicables en droit français en matière de responsabilité délictuelle (preuve de la faute ...).

¹⁰ Article 4 - Règle générale

1. applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

. Réciproquement, si le ST allemand, cette fois, a correctement accompli sa prestation, mais ne parvient pas à obtenir le paiement de ce qui lui est dû par l'EP italien et envisage alors de se tourner vers le MO français pour obtenir la somme due, comment gérer la situation ?

Bien sûr, on songe immédiatement à la possibilité offerte par la loi française d'exercer dans cette hypothèse une action directe contre le MO, avec la double limite de ce que l'EP doit encore au ST et de ce que le MO doit encore à l'EP.

Mais pour bénéficier de cette action, encore faut-il que la loi française soit applicable dans un tel cas.

La difficulté est ici réelle car on perçoit bien l'originalité de la situation juridique en cause, excluant tout à la fois un quelconque lien contractuel entre ST et MO, mais n'étant pas si éloignée du contrat de construction de base qui justifie l'existence d'une action directe, en droit français, exercée par le ST à l'égard du MO.

En résumé, bien que le rapport ST – MO ne soit pas strictement contractuel, il se situe dans un « contexte » contractuel évident.

Dans ce contexte particulier, on peut dès lors s'interroger légitimement sur l'application de Rome I ou de Rome II à la relation ST – MO.

La Cour de cassation française, saisie de cette difficulté à plusieurs reprises, a eu une analyse de la situation très nette : pour ce qui concerne le rapport ST – MO et la possibilité pour le ST d'agir à l'encontre du MO, bénéficiaire final des travaux réalisés, il faut se demander si la loi française du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, très protectrice du ST, est ou non une loi de police.

Cette analyse évince en quelque sorte la règle de conflit de lois, celle qui interroge sur l'application de Rome I ou Rome II : si la loi de 1975 est une loi de police, le juge doit l'appliquer d'office au contentieux considéré, dès lors que la construction a été érigée en France, et même si le ST est étranger.

Telle est la solution dégagée, à l'issue d'une controverse, dans un arrêt de *Chambre mixte* du 30 novembre 2007, très largement commenté, parfois critiqué, qui permet ainsi à notre ST allemand impayé d'agir directement contre le MO français, alors même que le contrat qu'il avait passé avec l'EP était a priori soumis à la loi allemande et que le contrat conclu entre le MO et l'EP était a priori soumis à la loi italienne (à défaut d'autre choix opéré par les parties respectivement dans ces deux contrats, v. *supra*).

La Cour de cassation fixe donc dans cet arrêt important un lien de rattachement avec la France dans le domaine de la construction d'immeuble : le lieu de situation de la construction, qui permet d'imposer l'application de la loi de police dans les rapports entre les parties.

Notre ST allemand pourra donc agir en paiement de ce qui lui est dû à l'encontre du MO, sous réserve du respect des conditions posées par la loi de 1975 pour l'exercice de l'action directe.

Cela dit, au regard d'un arrêt plus récent rendu par la *Chambre commerciale* de la Cour de cassation le 27 avril 2011, lui aussi largement commenté, on peut se demander si le simple fait que la construction soit érigée en France peut toujours suffire pour justifier l'application de la loi de 1975 en tant que loi de police.

Dans l'affaire d'avril 2011, il s'agissait d'une ST industrielle (fourniture de matériel de télécommunication), entre un MO italien, un EP français et un ST italien, le contrat entre l'EP et le ST étant expressément soumis au droit suisse. La loi de 1975 était de nouveau en cause, mais cette fois pour son article 13-1 (relatif à la cession de ses créances par l'EP). La chambre commerciale critique l'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait admis que la loi de 1975 était une loi de police, en disposant « *qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des ST poursuivi par le texte précité [loi 1975], la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

La fourniture du produit avait en l'espèce été faite en Italie, le ST et le MO étaient italiens, le banquier cessionnaire et l'EP étaient français, un lien objectif de rattachement de l'opération avec la France existait donc bien, mais existait-il bien « *au regard de l'objectif de protection des ST poursuivi par la loi de 1975* » ? Certes, la loi de 1975 vise à protéger les ST, mais encore faut-il que le ST qui souhaite la mettre en œuvre « ait voulu se rattacher au régime protecteur de la loi de 1975 » (H. Périnet-Marquet), ce qui n'était pas du tout évident en l'espèce car le contrat conclu entre le ST italien et l'EP français était soumis à la loi suisse.

Cela dit, il est possible que ce choix de la loi applicable n'ait pas été effectué de manière neutre ... peut-être a-t-il été effectué par l'EP pour éviter l'application de la loi de 1975 ?

En tout état de cause, la chambre commerciale, dans cet arrêt, manifeste clairement que la seule nationalité française de deux parties au contentieux ne suffit pas à imposer l'application de la loi française en tant que loi de police, il faut que le juge vérifie l'existence d'un lien de rattachement spécifique et conforme à l'objectif de protection des ST.

Bref, que le ST protégé soit français ou étranger n'est pas déterminant, mais il ne faut imposer l'application de la loi de 1975 en ses dispositions protectrices du ST que si cela a un sens dans l'espèce considérée => libre appréciation du juge.

. L'articulation des arrêts de 2007 et de 2011 peut évidemment poser question :

- faut-il considérer l'arrêt de 2011 comme étant désormais la position de principe de la Cour de cassation en matière de sous-traitance de manière générale, c'est-à-dire quelle que soit l'hypothèse de sous-traitance et quelle que soit la disposition de la loi de 1975 en cause (art. 12, art. 13-1, autre disposition) ?
- ou faut-il considérer que l'arrêt de 2007 sur la ST de construction immobilière a fixé une règle ferme en ce domaine, au moins pour ce qui concerne l'article 12 de la loi de 1975, et que l'arrêt de 2011 vise une autre situation (ST industrielle) et une autre disposition (art. 13-1) ?

Il semble difficile d'admettre qu'un arrêt rendu par la chambre commerciale (2011) puisse remettre en cause un arrêt de chambre mixte (2007), qui visait une hypothèse distincte à plusieurs égards.

La doctrine française s'interroge toutefois à ce sujet et il n'y a pas eu d'autre arrêt sur cette question depuis celui d'avril 2011.

. Une autre question subsiste, outre celles qui viennent d'être posées :

si la règle posée par l'arrêt de 2007 est toujours effective (*ie.* : « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du ST, est une loi de police .. »), pour quelles dispositions exactement doit-elle être appliquée ?

Pour l'article 12 (action directe), cela ne fait aucun doute, mais la doctrine se demande si la qualification de loi de police vaut aussi pour l'article 13-1 (a priori oui, sous réserve de la solution de 2011), pour l'article 14 .. et pour d'autres dispositions ?

Bref, ces arrêts ne permettent pas encore de fixer avec précision les critères d'application de la loi de 1975 en tant que loi de police aux diverses situations de sous-traitance rencontrées.

De plus, il faut tenir compte aussi de la **nouvelle définition de la loi de police dans le règlement Rome I [art. 9]** :

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »¹¹

Cette définition est très restrictive, et il est précisé à l'article 9 du règlement que le juge saisi peut évincer la règle de conflit non seulement lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi de police relevant de son propre système juridique, mais aussi lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi de police étrangère, qui relève du pays où doivent être exécutées les obligations découlant du contrat et qui rendraient ce contrat illégal.

La CJUE ne s'est pas encore prononcée sur toutes ces questions, sa position sur la qualification de loi de police appliquée à la loi de 1975 serait évidemment intéressante, mais reste incertaine.

. Un autre moyen pourrait venir à l'esprit, dans l'objectif d'obtenir l'application de la loi française dans ce type de situation : **l'exception d'ordre public**.

Plutôt que d'évincer la règle de conflit par la reconnaissance d'une loi de police, il est possible au juge saisi d'évincer la loi étrangère applicable en vertu de la règle de conflit, lorsque celle-ci vient contrarier les grands principes de son ordre juridique. Dans ce cas, le juge peut décider d'appliquer sa propre loi nationale.

C'est donc un autre moyen potentiel d'obtenir l'application de la loi de 1975 dans des situations de sous-traitance transfrontière, mais qui doit rester exceptionnel. La Cour de cassation, dans le domaine de la construction, n'a pas souhaité mettre en œuvre ce mécanisme de « l'exception d'ordre public ».

¹¹ La définition reprend celle de Franceskakis, sous réserve du terme « crucial », qui est emprunté à la jp de la CJUE *Arblade*, 23 nov. 1999.

- Troisième dérivé du cas concret – contrat d’architecte -

Si notre MO français, cette fois, a confié à un architecte belge une mission de conception d’un ouvrage dont la construction est envisagée en France, quelle loi est alors applicable aux relations entre MO et architecte ?

La question s’est posée dans ces termes ces dernières années à la Cour de cassation, sur la base de certains pourvois dirigés contre des décisions de la cour d’appel de Douai.

En pareille hypothèse, où la question du droit applicable se pose puisque cette prestation intellectuelle est réalisée à l’étranger, la 3^{ème} Chambre civile prend en compte le lieu d’exécution de la prestation et non le lieu de conception, et applique donc le droit français.

- ⇒ responsabilité contractuelle de droit commun jusqu’à la réception des travaux
- ⇒ garantie décennale à l’égard de l’architecte, pour les dommages survenant dans les 10 ans qui suivent la réception.

On peut donc voir que, dans cette hypothèse, la Cour de cassation a choisi d’appliquer un principe de proximité fondé sur l’exécution concrète de la prestation (dans ses effets directs sur la construction en l’occurrence), plutôt que de retenir la loi du lieu de la prestation caractéristique (qui aurait été la loi belge en l’espèce, car la prestation de l’architecte est intellectuelle et effectuée là où il exerce sa profession).

Sous l’empire de Rome I, quelle serait la solution ?

Il faudrait *a priori* appliquer la loi de la résidence habituelle du prestataire, donc la loi belge, car elle constitue désormais la règle de conflit normalement applicable aux prestations de service, mais il est possible d’appliquer le principe de proximité et donc de retenir une autre loi en vertu de l’article 4.3 « lorsqu’il résulte de l’ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens *manifestement* plus étroits avec un autre pays ».

- ⇒ on peut penser que la solution serait celle-ci, car le juge désignerait très probablement la loi française dans une telle situation, c’est-à-dire la loi du lieu des effets concrets de l’exécution de la prestation intellectuelle, celle du lieu de situation de l’immeuble édifié selon les plans de l’architecte.
- ⇒ la solution reste toutefois incertaine tant qu’un juge ne s’est pas prononcé en ce sens, car désormais, Rome I exige des liens *manifestement plus étroits* avec un autre pays, ce qui est plus restrictif que sous l’empire de la convention de Rome.

II. Second cas concret – contrat conclu dans le secteur protégé – B to C

Qu'en est-il à présent d'un second cas d'espèce, qui serait celui de la conclusion d'un contrat relevant du droit de la construction dans le secteur protégé ?

Par exemple, en droit français, le contrat de construction de maison individuelle (CCMI), la vente d'immeuble à construire (VIC).

Le règlement Rome I vise les contrats de consommation et la protection de la partie faible dans son article 6 :

- les parties au contrat B to C peuvent choisir la loi applicable au contrat, mais sans pour autant que cela puisse avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par contrat en vertu de la loi de sa résidence habituelle. (= dispositions impératives)
- à défaut de loi choisie par les parties, le contrat est régi par la loi de la résidence habituelle du consommateur, si le professionnel exerce son activité dans ce même Etat, ou s'il dirige son activité, par tout moyen, vers ce pays et que le contrat rentre dans cette activité.

L'article 6 prévoit en outre deux cas d'exclusion de ces règles, notamment le cas où le contrat a pour objet un droit réel immobilier, sauf si l'objet est un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. Dans ce dernier cas, les articles 3 et 4 de Rome I sont alors applicables.

Ainsi, selon les qualifications retenues pour tel ou tel contrat spécial, l'article 6 sera ou non écarté.

- ⇒ CCMI (et promotion immobilière B to C) : article 6 applicable
- ⇒ VIC secteur protégé, si l'on considère que c'est un contrat qui a pour objet avant tout un droit réel immobilier : exclu de l'article 6, liberté de choix de la loi applicable et, à défaut, loi du lieu de situation de l'immeuble à construire.

Il faut tenir compte, de plus, de l'article 23 du règlement Rome I, qui exclut l'application de ses propres règles de conflits lorsqu'il existe des **dispositions communautaires** fixant des règles spécifiques de conflits de lois dans le domaine contractuel.

Notamment, si une règle impérative d'origine communautaire, entre en conflit avec la loi nationale d'un Etat tiers à l'UE qui serait applicable en vertu de Rome I, la règle d'origine communautaire est censée prévaloir.

Par exemple, le Parlement français transpose actuellement la directive « consommation » d'octobre 2011, qui prévoit notamment une obligation d'information précontractuelle et un délai de rétractation de 14 jours dans l'hypothèse des contrats conclus hors établissement (démarchage), délai impératif

qui peut être applicable dans le cadre de contrats de construction en secteur protégé¹², selon le projet de loi.

Si la loi applicable au contrat en vertu du choix des parties est celle d'un Etat tiers à l'UE qui ne prévoit pas une telle protection, et que cette loi ne correspond pas à un véritable rattachement, le juge saisi peut décider que les règles impératives d'origine communautaire constituent des exceptions d'ordre public communautaire permettant d'évincer la règle nationale de l'Etat tiers. [3.4]

En résumé, dans cette situation B to C, le choix de la loi est soi-disant libre ... mais en réalité assez strictement encadré, puisque la loi choisie ne doit pas permettre d'évincer la loi nationale impérative du consommateur [6], ou une règle impérative d'origine communautaire [3.4].

¹² Voir futur article L. 121-16-1-II c. consom. :

II. - *Pour les contrats ayant pour objet la construction, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers, ainsi que ceux relatifs à des droits portant sur des biens immobiliers ou à la location de biens à usage d'habitation principale, conclus hors établissement, seules sont applicables les sous-sections 2, 3, 6 et 7.*

=> Cela vise l'obligation d'information précontractuelle, un formalisme spécifique pour les cts conclus hors établissement (support papier ..), le délai de rétractation, les sanctions administratives (amendes ..). Exclue notamment la sous-section 5 sur le démarchage téléphonique.

III. Troisième cas concret – les contrats d’assurance-construction

Dernière hypothèse envisagée, celle des contrats d’assurance dans le domaine de la construction.

L’article 7 du règlement Rome I est spécifiquement applicable au contrat d’assurance, y compris pour les relations B to C, du moins est-ce le vœu exprimé dans le considérant n° 37 du préambule du règlement.

L’article 7 remplace les dispositions qui découlaient des directives de 1988 et 1992 relatives aux assurances autres que les assurances sur la vie.

Sont fixées une règle de conflit pour les assurances facultatives et une règle de conflit pour les assurances obligatoires.

Assurances facultatives :

Le règlement distingue selon que le contrat couvre de grands risques ou des risques de masse¹³.

- si le contrat couvre les grands risques, la loi applicable est celle choisie par les parties, à défaut, la loi du pays où l’assureur a sa résidence habituelle, sauf si le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, ce qui n’est pas exclu en matière de construction car le lieu de situation de l’immeuble peut être un rattachement adéquat.
- si le contrat couvre des risques de masse, la liberté de choix de la loi est plus limitée (le règlement prédétermine des lois possibles), et à défaut, la loi du lieu de survenance du risque (a priori celle du lieu de situation de l’immeuble en matière de construction).

Assurances obligatoires :

Lorsqu’un Etat membre impose l’obligation de souscrire une assurance pour certains risques, ce qui est le cas en droit français de la construction, un Etat membre peut disposer que le ct d’assurance est régi par la loi de l’Etat membre qui impose cette obligation. [7.4]

Il s’agit là d’une dérogation aux règles applicables pour les assurances facultatives, vues *supra*.

Il faut en outre considérer que le contrat d’assurance satisfait à l’obligation de souscrire une assurance, que s’il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance, prévues par l’Etat membre qui impose l’obligation.

En outre, l’obligation d’assurance ne sera remplie que si elle est exécutée conformément à ce qui est attendu par l’Etat qui l’impose (mentions obligatoires etc.).

Enfin, la loi de l’Etat membre qui impose l’obligation de souscrire une assurance prévaut, en

¹³ selon les définitions de ces termes dans les directives antérieures.

cas de conflit, sur celle de l'Etat où le risque est situé.

Cela dit, le code des assurances français a posé, dans son article L. 182-1, la règle unilatérale suivante :

« Les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français. »

Ce ne serait donc que lorsque la loi française impose une obligation d'assurance, que le contrat d'assurance en question serait régi par la loi française.

Mais l'article ne précise pas la loi applicable à l'obligation même d'assurance, seulement celle applicable au contrat d'assurance obligatoire.

La loi applicable à l'obligation d'assurance est *a priori* celle applicable au contrat de construction qui impose cette obligation. Du moins est-ce la solution toujours en vigueur en droit français (art. L. 182-1 inchangé).

Ainsi, **si l'on reprend, pour terminer, notre situation initiale** : le contrat d'entreprise entre un MO français et un entrepreneur italien, pour réaliser un ouvrage sur le sol français, il faut rappeler que la loi applicable au contrat de construction est incertaine, selon que le juge saisi décidera d'appliquer l'art. 4.1 (résidence du prestataire) ou l'art. 4.3 (proximité, situation de l'immeuble construit).

Si la loi française est choisie, l'assurance obligatoire sera imposée à l'entrepreneur italien, et on vérifiera qu'il a bien souscrit à une assurance qui réponde à toutes les exigences du droit français.