

AVIS

Avis concernant un projet d'arrêté royal relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'immobilier conclus entre entreprises et consommateurs





Saisine

Par sa lettre du 27 mars 2023, le ministre de l'Économie, Monsieur P.-Y. Dermagne, a demandé l'avis de la CCS « Clauses abusives » concernant un projet d'arrêté royal relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'immobilier entre entreprises et consommateurs. Ce projet a pour but de remplacer l'actuel arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers.

Le ministre a demandé que cet avis soit émis dans un délai de 60 jours après réception du courrier, en application de l'article VI.85, deuxième alinéa, du Code de droit économique.

En raison des nombreuses demandes d'avis reçues, la CCS « Clauses abusives » a demandé un délai supplémentaire jusqu'au 15 juin 2023.

1 Remarques générales

1.1 L'adaptation à un cadre juridique profondément remanié est en effet nécessaire

La CCS « Clauses abusives » convient qu'il est opportun d'adapter l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers au nouveau cadre légal, qui a effectivement été profondément remanié tant au niveau européen, en particulier par l'introduction de la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs¹, qu'au niveau belge, par l'intégration dans le Code de droit économique de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

1.2 Champ d'application fonctionnel positif

Comme indiqué dans son avis du 22 novembre 2006 sur un projet d'arrêté royal relatif aux conditions des agents immobiliers dans les contrats d'intermédiaires², la CCS « Clauses abusives » marque également son accord avec la décision de privilégier une définition fonctionnelle du champ d'application matériel, et de manière générale de soumettre tous les contrats d'intermédiaire de vente, d'achat, de mise en location et de location à cette réglementation, plutôt que de se référer à un groupe professionnel particulier, à savoir l'agent immobilier. Ceci permet de soumettre aux mêmes règles toutes les personnes exerçant une activité d'intermédiation immobilière, à l'exception des notaires, qui disposent d'une réglementation propre à leur profession.

¹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, Journal officiel UE N° L 304, 22 novembre 2011, pp. 64-88.

² Voir <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/About-SPF/avis-cob-cca/Avis-21-Commission-Clauses-Abusives.pdf>, p. 3.

1.3 Directive relative aux droits des consommateurs : harmonisation maximale dans un cadre coordonné

Comme cela a été souligné, un changement important est intervenu dans le contexte juridique depuis le 12 décembre 2011³, à savoir la nécessité de tenir compte de la directive sur les droits des consommateurs. Cette directive est en partie une directive d'harmonisation maximale, ce qui signifie que dans le domaine harmonisé par la directive, aucune règle de protection du consommateur plus stricte ne peut être adoptée au niveau national⁴. Le consommateur ne peut évidemment pas non plus être moins protégé. Il n'en va autrement que si la directive prévoit expressément le contraire pour certaines règles qu'elle introduit. En dehors du domaine harmonisé par la directive, les États membres conservent leur liberté.

S'il s'agit de contrats qui **ne sont pas conclus à distance ou hors établissement**, ils relèvent **uniquement des dispositions générales** de la directive relative aux droits des consommateurs applicables aux contrats de service, à savoir l'article 5 sur les obligations d'information, l'article 19 sur les frais pour l'utilisation du moyen de paiement, l'article 21 sur la communication au téléphone et l'article 22 sur les paiements supplémentaires. Pour les obligations d'information dans le cadre de ce type de contrat (art. 5), la directive autorise explicitement les États membres à imposer des obligations plus étendues à la partie professionnelle. Pour les articles 19, 21 et 22, l'harmonisation est maximale.

S'il s'agit de **contrats à distance ou hors établissement**, les États membres sont liés par les règles de la directive (la protection ne peut pas être plus ou moins élevée, sauf si la directive en dispose expressément).

Il découle également de ce qui précède que la directive n'oppose aucune objection à l'application des mêmes règles pour les contrats situés dans le champ d'application des dispositions de la directive et en dehors de celui-ci, pour autant que ces dispositions soient conformes à ce qu'exige la directive.

Par conséquent, il va de soi que le *délai de rétractation*, tel qu'il s'applique aux contrats à distance ou hors établissement, a été aligné sur la directive relative aux droits des consommateurs, et que l'article 2, alinéa 2, 1° dispose qu'il est porté à quatorze jours pour les contrats à distance et hors établissement.

³ Voir l'article 34 de la directive relative aux droits des consommateurs. La directive relative aux droits des consommateurs est entrée en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne (22 novembre 2011).

⁴ Article 4 de la directive relative aux droits des consommateurs

L'introduction du même délai de rétractation pour d'autres contrats ne pose pas non plus de problème à cet égard.

Le deuxième alinéa de l'*article 2, alinéa 2, 1° proposé* va toutefois au-delà de ce que permet la directive, qui est harmonisée au maximum dans ce domaine. Cette disposition porte sur l'exécution anticipée du contrat par l'entreprise, pendant le délai de rétractation. Cet alinéa exige que le consommateur qui souhaite une exécution anticipée en fasse la demande expresse sur un support durable *distinct* dans lequel il reconnaît qu'il perd son droit de rétractation au cas où le contrat d'intermédiaire serait pleinement exécuté avant qu'il n'ait exercé son droit.

En ce qui concerne les contrats à distance, l'article VI.46, § 8 du Code de droit économique prévoit seulement que lorsque le consommateur veut que la prestation de services commence pendant le délai de rétractation, il est au moins requis que le consommateur en fasse la demande expresse, l'entreprise devant également informer expressément le consommateur qu'une fois le contrat pleinement exécuté par l'entreprise, il ne disposera plus d'un droit de rétractation.

L'article VI.65, § 2, du CDE dispose pour les contrats conclus hors établissement que le consommateur doit en faire la demande expresse *sur un support durable*, l'entreprise devant également lui signaler expressément qu'après que le contrat aura été entièrement exécuté par l'entreprise, il ne disposera plus du droit de rétractation.

L'exigence de « consentement explicite » signifie surtout qu'il ne peut pas s'agir de cases précochées, mais qu'une action positive est requise de la part du consommateur, par exemple le fait de cocher une case⁵.

L'exigence selon laquelle le support durable doit être distinct du contrat va au-delà de ce que la directive relative aux droits des consommateurs stipule pour les contrats hors établissement. Cette exigence n'est pas imposée pour les contrats à distance.

Par conséquent, une telle exigence de forme supplémentaire n'est pas compatible avec la directive relative aux droits des consommateurs et doit donc être supprimée, en particulier si le contrat en question est un contrat à distance ou un contrat hors établissement

⁵ Voir la communication de la Commission européenne à ce sujet : COM, 2021/C 525/01, *Journal officiel de l'UE*, 29 décembre 2021, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, p. 59.

1.4 Suppression de certaines interdictions de l'article 3 de l'actuel AR du 12 janvier 2007

Comme indiqué dans le Rapport au Roi⁶, la structure de l'actuel arrêté royal du 12 janvier 2007 a également été adaptée et il n'utilise plus d'une part des dispositions minimales (actuel article 2) et d'autre part des interdictions (actuel article 3), mais uniquement des dispositions minimales.

Lors de l'examen de ces dispositions minimales du nouveau projet d'arrêté royal, il est en outre précisé que deux de ces interdictions ne sont plus reprises, car cela concerne l'interprétation de principes qui découlent directement des dispositions du Code de droit économique relatives aux clauses abusives et au sujet desquelles il ne peut y avoir aucun doute⁷.

Il s'agit plus particulièrement de l'interdiction de créer une confusion entre les clauses de résiliation et les clauses pénales (actuel article 3, 1°, de l'arrêté royal du 12 janvier 2007) et, deuxièmement, de l'interprétation de l'exigence de réciprocité et d'équivalence des clauses pénales prévues par l'article VI.83, 17°, du CDE, appliquée aux clauses pénales dans les contrats d'intermédiaire (actuel article 3, 4°, de l'arrêté royal du 12 janvier 2007).

Même s'il s'agit d'interprétations concrètes de dispositions déjà existantes, à savoir de l'article 3, 1°, c.-à-d. l'interprétation de l'exigence de transparence de l'article VI.37, § 1er du CDE (interdiction de créer une confusion entre les clauses pénales et de résiliation), et de l'article 3, 4°, de l'AR, c.-à-d. l'exigence de réciprocité et d'équivalence de l'article VI.83, 17° du CDE, une clarification explicite de ces interdictions dans le texte réglementaire ou au moins dans le Rapport au Roi pourrait néanmoins être envisagée.

Un consommateur moyen ne connaît par exemple pas la distinction entre les clauses de résiliation et les clauses pénales, et pour cette seule raison déjà, l'interdiction de créer une confusion entre les deux semble utile. De même, l'obligation de réciprocité et d'équivalence des clauses pénales n'est généralement pas encore correctement interprétée dans la pratique.

⁶ Voir p. 4 du Rapport au Roi.

⁷ Voir p. 6 du Rapport au Roi.

2 Discussion des articles

2.1 Article 1^{er}. Champ d'application

Par rapport à l'arrêté royal du 12 janvier 2007, le projet d'AR sous revue ne fait plus uniquement référence à la catégorie professionnelle des agents immobiliers⁸ pour le champ d'application, mais il établit un champ d'application « fonctionnel », à savoir toute personne exerçant une activité d'intermédiation.

Étant donné que l'intermédiation immobilière par les notaires fait l'objet d'une réglementation distincte, à savoir l'arrêté royal du 14 novembre 2006 portant approbation des règles applicables à la négociation par les notaires de ventes amiables ou judiciaires de biens immeubles⁹, cette catégorie professionnelle est exclue de ce champ d'application.

La question de savoir si cette réglementation spécifique distincte est justifiée mérite d'être posée. Cela ne semble cependant pas poser de problèmes fondamentaux à la CCS « Clauses abusives ». Bien que la réglementation relative à la négociation de ventes par des notaires soit moins élaborée, elle est plus stricte dans plusieurs domaines : par exemple, il n'y a pas de renouvellement tacite du contrat d'intermédiaire, le salaire de négociation est soumis à un plafond, etc.

La CCS « Clauses abusives » se demande quels autres groupes professionnels pourraient encore pratiquer l'intermédiation en matière de biens immobiliers, et propose donc de clarifier qui d'autre pourrait être éligible à l'intermédiation immobilière, et d'ajouter une liste non exhaustive de groupes professionnels possibles dans le Rapport au Roi.

⁸ Désormais, la profession d'agent immobilier est réglementée par une loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier, MB 22 août 2013. Ici aussi, une définition fonctionnelle de la notion d'« intermédiaire » est apparemment utilisée à l'article 2, 5°, de cette loi. L'intermédiaire y est défini comme « celui qui, pour le compte de tiers, prête une assistance déterminante en vue de réaliser un contrat de vente, d'achat, d'échange, de location ou de cession de biens immobiliers, droits immobiliers ou fonds de commerce ».

⁹ MB 28 novembre 2006, en vigueur à partir le 1er janvier 2007.

2.2 Article 2. Dispositions minimales à respecter par les clauses

2, 1° Droit général de rétractation de 14 jours suivant la conclusion du contrat d'intermédiaire

La CCS « Clauses abusives » renvoie à sa remarque générale sur la compatibilité de l'exigence, dans le chef du consommateur, de faire la demande d'une exécution immédiate sur un support durable distinct, voir le point I.3° des remarques générales.

2, 3° La mission de l'entreprise et l'étendue de ses pouvoirs

Comme le soulignaient déjà les recommandations initiales relatives aux conditions générales des agents immobiliers dans les contrats d'intermédiaire de vente¹⁰, une mention claire du prix minimum demandé et, en ce qui concerne les contrats d'intermédiaire d'achat et de location, du prix maximum demandé, est essentielle dans le contexte du caractère objectif, de la déterminabilité de la mission et de l'interdiction d'un pouvoir d'interprétation discrétionnaire de l'objet ou des termes des contrats (articles VI.83, 4°, et 6°, CDE).

Il a donc été proposé d'ajouter les mots « en cas de mandat » dans le texte de l'article 2.3°, en ce qui concerne l'obligation de spécifier un prix minimum ou maximum demandé.

Le texte du projet d'AR indique toutefois clairement que ce prix minimum ou maximum demandé ne s'applique que « si l'entreprise reçoit la mission de négocier le prix ou les conditions de vente ou de la location ». Un tel ajout est donc déjà prévu.

2, 4° Les attestations requises

L'avant-dernier alinéa de cette disposition prévoit ce qui suit : « Le coût demandé correspond au coût réel pour l'attestation et le cas échéant pour l'obtention de l'attestation ».

Pour certains membres, il n'est pas évident de déterminer si le « coût réel pour l'attestation » est le prix pour demander l'attestation, et si le « coût réel pour l'obtention de l'attestation » est une indemnité demandée par l'entreprise pour les tâches effectuées dans le cadre de la demande de l'attestation.

Ceci pourrait être formulé plus clairement dans cette disposition. L'intermédiaire doit indiquer clairement au consommateur quelle est la part du prix de l'attestation elle-même, et quelle est la part du prix de la demande de l'attestation. Ou indiquer au moins le prix de l'attestation elle-même, afin que le consommateur puisse choisir en connaissance de cause de faire lui-même la demande d'attestation.

¹⁰ CCA 13, 3 juin 2004, Recommandations relatives aux conditions générales des agents immobiliers dans les contrats d'intermédiaire de vente, p. 6, recommandation n°1.

Art. 2, 7° Durée du contrat

La prolongation ou le renouvellement n'a de conséquences que par rapport à la durée initiale, et non par rapport, par exemple, au caractère exclusif du contrat d'intermédiaire. Un contrat d'intermédiaire exclusif ne peut être signé pour une durée initiale de plus de six mois, et il serait ensuite prolongé ou renouvelé tous les mois, mais il s'agirait toujours d'une intermédiation exclusive.

Certains membres soulignent les conséquences considérables associées à l'exclusivité et soutiennent qu'il pourrait être envisagé de demander également au consommateur de consentir à la prolongation de l'exclusivité. Certains membres ont donc suggéré la formulation suivante : « Quelle que soit la durée du contrat, s'il s'agit d'une mission d'intermédiation exclusive, l'exclusivité ne peut pas dépasser six mois, sauf si le consommateur consent à une prolongation de l'exclusivité. ». D'autres membres soulignent que l'exclusivité est un élément essentiel du contrat et que, par exemple, une prolongation du contrat ne peut pas entraîner la perte de l'un de ses éléments essentiels.

Art. 2, 9° Prolongation tacite

Comme l'explique également le Rapport au Roi, le délai de préavis spécifiquement prévu ici ne concerne pas les exigences de forme prévues par l'article VI.91 §1er du CDE, qui restent d'application. Le projet d'AR sous revue a du reste notamment pour fondement l'article VI.91 §3 du CDE en ce qui concerne cet aspect.

Dans un souci de clarté, il est donc proposé de compléter cette disposition comme suit : « En complément de l'article VI.91... »

Alors que dans l'actuel AR du 12 janvier 2007, le délai de préavis après prolongation est au maximum d'un mois, le projet d'AR propose de porter ce délai à un mois pour les contrats dont la durée déterminée initiale est inférieure à trois mois, et à deux mois au maximum pour les contrats avec une durée déterminée initiale de plus de trois mois.

La CCS « Clauses abusives » s'interroge tout d'abord sur l'utilité de cette distinction.

Il n'est pas non plus fait mention du délai de préavis maximum pour les missions d'intermédiation dont la durée est d'exactement trois mois. La CCS « Clauses abusives » propose donc de clarifier cela de la manière suivante : « *Au cas où un contrat d'intermédiaire conclu pour une durée déterminée est prolongé ou renouvelé tacitement, le délai de préavis pour résilier le contrat est au maximum d'un mois pour les contrats avec une durée déterminée initiale de moins de trois mois, et est au maximum de deux mois pour les contrats avec une durée déterminée initiale de trois mois ou plus.* »

Article 2, 10° : Obligation d'information

L'obligation d'information est un instrument important qui permet au consommateur d'avoir une vision claire de l'état d'avancement de la mission.

L'ajout apporté dans ce projet d'AR, à savoir que ces informations doivent être transmises sur un support durable, contribue à la transparence nécessaire en ce qui concerne la mission d'intermédiation.

La CCS « Clauses abusives » convient qu'il ne s'agit là que d'un élément permettant de vérifier que la mission est correctement exécutée par l'entreprise. En effet, il est parfaitement possible qu'un agent immobilier ait fait tous les efforts utiles et nécessaires pour attirer l'attention sur le bien immobilier, mais qu'il n'y ait aucun intérêt de la part des candidats acheteurs ou locataires en raison de facteurs indépendants de la volonté de l'agent immobilier. L'obligation d'information se réfère aux résultats générés par les efforts, indépendamment du résultat réellement atteint. Il y a un lien mais pas de corrélation causale.

La CCS « Clauses abusives » propose donc de modifier le Rapport au Roi en conséquence.

Article 2, 14° Assimilation à la réalisation de la mission : liste des candidats apportés

Le deuxième alinéa vise en effet à empêcher que les parties essaient d'éviter de payer la commission en concluant le contrat avec un ami/membre de la famille du véritable candidat, apporté par l'entreprise. Cette disposition est formulée de façon quelque peu complexe mais elle doit d'autre part être concluante.

Article 2, 15° Clause de résiliation

Comme dans l'actuel AR du 12 janvier 2007, la clause de résiliation est explicitement réglementée dans le projet d'AR. L'article 2, 15° définit la clause de résiliation comme la clause qui donne la faculté au consommateur de mettre fin pour l'avenir au contrat d'intermédiaire par volonté unilatérale sans qu'un quelconque motif soit exigé. Dans le cas où une indemnité de rupture est prévue, le projet d'AR dispose que celle-ci ne peut excéder [vingt-cinq pour cent] du tarif de l'entreprise (à condition que le bien immobilier, objet de la mission d'intermédiation, ne soit pas vendu ou loué dans les six mois qui suivent la résiliation), sans préjudice de l'application de l'article I.8, 22° du Code de droit économique.

Tout d'abord, la CCS « Clauses abusives » accueille favorablement le fait qu'il soit expressément fait référence au pouvoir autonome du juge de réduire d'office le montant maximum de l'indemnité de rupture prévue dans l'AR s'il estime que ce montant ne correspond pas raisonnablement à une juste estimation du dommage que l'intermédiaire pourrait subir du fait de l'exercice par le consommateur de ce droit de résiliation unilatéral.

Le juge est du reste obligé d'effectuer ce contrôle d'office, comme le précise également le Rapport au Roi¹¹ (en se référant à l'arrêt Unibanco du 21 janvier 2015¹²).

Dans sa demande d'avis, le ministre s'est explicitement référé aux pourcentages maximaux tels qu'ils sont indiqués dans les articles 2, 15°, et 2, 16° du projet d'arrêté royal sous revue. La CCS « Clauses abusives » s'est penchée sur cette question. Elle ne peut toutefois que mentionner les critères auxquels cette clause de résiliation ou clause pénale doit répondre. Elle a manqué de temps pour introduire plus d'éléments permettant d'évaluer les pourcentages proposés.

L'indemnité de rupture, désormais fixée à un maximum de vingt-cinq pour cent, devrait correspondre à une indemnité pour les efforts et les frais engagés, et à une indemnité supplémentaire pour la circonstance par laquelle l'intermédiaire n'a pas pu mener à bien la mission en raison de la décision unilatérale du consommateur.

Article 2, 16° Clause pénale

Le projet d'AR proposé dispose désormais que, dans le cas où une clause pénale est prévue, l'indemnité maximale ne peut être supérieure à cinquante pour cent du tarif demandé par l'entreprise lors de la réalisation de la mission, sans préjudice de l'application de l'article VI.83, 24°, du Code de droit économique.

En ce qui concerne le montant de la clause pénale, ce pourcentage (maximum) doit correspondre à la « perte d'une chance » de trouver un candidat adéquat.

¹¹ P. 22 du Rapport au Roi.

¹² CJUE, arrêt du 21 janvier 2015, affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *Unicaja Banco, SA contre José Hidalgo Rueda e.a. et Caixabank SA contre Manuel María Rueda Ledesma e.a.*, ECLI:EU:C:2015:21, voir en particulier les points 39 à 41.