

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE U.A.E.

L'ACQUISITION ET LA GESTION D'UN BIEN IMMOBILIER EN EUROPE
LUXEMBOURG - 22 NOVEMBRE 2019

Pistes de réflexion sur la compétence de l'Union européenne en matière d'acquisition de biens immobiliers

M^e Bruno Telchini – M. Simon De Zordo

1. Avant-propos.

Il n'existe pas à ce jour un droit de la propriété immobilière au niveau européen. Les principales raisons sont identifiées traditionnellement: a) dans le caractère inamovible des biens immobiliers, lequel détermine l'identification de la juridiction, de la compétence territoriale et de la loi applicable sur la base de leur lieu de situation (*lex rei sitae*), b) dans la garantie du régime national de la propriété immobilière que consacre l'article 345 TFUE (principe dit de neutralité des traités à l'égard du régime de la propriété dans les États membres) et c) dans le principe de subsidiarité.

Les principales difficultés auxquelles se heurterait une tentative de codification d'un droit européen de la propriété immobilière résident dans la diversité des droits réels immobiliers, en termes de typologie et de contenu, définis non seulement par les différents ordres juridiques relevant des systèmes de *Common Law* et de *Civil Law*, mais aussi par des droits nationaux différents, ainsi que dans les répercussions du régime du droit immobilier sur les divers domaines du droit administratif, notamment celui de l'aménagement du territoire, sur la fiscalité et sur le droit de la famille et des successions.

Un domaine présentant des caractéristiques tendanciellement opposées et donc plus ouvert aux besoins d'harmonisation est le droit de la propriété intellectuelle et industrielle; cette circonstance est confirmée par l'émergence d'une législation européenne en la matière. En revanche, il existe dans l'Union européenne environ 50 régimes différents concernant la propriété immobilière. Les mêmes considérations s'appliquent en ce qui concerne les systèmes de publicité foncière, eu égard à leurs conditions d'application différentes, fondées sur des droits personnels ou réels et leurs conditions d'efficacité constitutive ou pas de droits réels.

Ce qui précède est dû au fait que le droit de l'Union européenne régit des situations caractérisées par un élément transfrontalier; nonobstant le caractère inamovible des biens immobiliers, il existe de multiples cas d'acquisition ou de location à caractère transnational (à titre d'exemple, des personnes résidant dans des États membres différents, localisation du

bien immobilier dans un État autre que celui du propriétaire ou de l'acquéreur, provenance des fonds d'un État différent de celui de résidence des parties). Il n'en demeure pas moins que les limites constitutionnelles aux phénomènes de discrimination à rebours, en particulier l'interdiction de discrimination, impliquent une égalité de traitement des situations purement internes en présence de circonstances factuelles transnationales équivalentes. Il convient de rappeler qu'il existe des situations qui semblent purement internes, mais desquelles peuvent découler des effets (potentiels) de distorsion du principe de l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne et des libertés fondamentales. Enfin, l'introduction de l'ensemble des droits et garanties spécifiques au statut découlant de la citoyenneté européenne multiplie les questions à résoudre en application du droit de l'Union européenne.

2. Le principe de neutralité de l'Union européenne à l'égard des régimes nationaux de la propriété immobilière

L'article 345 du TFUE dispose que « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Cette disposition introduit le principe de neutralité des traités en ce qui concerne le régime de la propriété dans les États membres.

Un premier courant de la doctrine est d'avis que cette règle ne s'opposerait pas à une harmonisation du droit de la propriété immobilière, compte tenu du fait qu'elle tire son origine historique de l'accord instituant la CECA et eu égard à la nécessité historique d'empêcher les États membres d'imposer un régime spécial de la propriété du charbon et de l'acier. Un autre courant d'interprétation, qui recueille un consensus plus large, estime que l'Union européenne peut exercer son pouvoir législatif lorsque le domaine pertinent relève des compétences dévolues par les traités à l'Union. Ces derniers comprennent, à titre d'exemple, le droit international privé, la protection du consommateur en matière de prêts hypothécaires et de contrats d'utilisation de biens à temps partagé.

La Cour de justice semble souscrire à une interprétation qui, en mettant en balance les intérêts en jeu, opte pour une définition minimale des droits de propriété à la lumière des principes fondamentaux des traités: « *Toutefois, l'article 345 TFUE n'a pas pour effet de soustraire les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité FUE, dont, notamment, celles de non-discrimination, de liberté d'établissement et de liberté des mouvements de capitaux* » (arrêt du 22 octobre 2013 de la grande chambre de la CJUE, *Essent NV e.a.*, affaires jointes C-105/12 à C-107/12, point 36, concernant un régime d'interdiction de la privatisation, ayant pour effet que les actions détenues par un gestionnaire du réseau de distribution d'électricité ou de gaz opérant aux Pays-Bas doivent être détenues, directement ou indirectement, par des autorités publiques identifiées par le droit national néerlandais). En d'autres termes, ledit « *property shield* » ne saurait légitimer un contournement substantiel et subreptice des principes et libertés fondamentales de l'Union européenne.

3. La compétence de l'Union européenne en matière de régime de circulation des biens immobiliers et des opérations commerciales préparatoires y afférentes.

Conformément au principe de neutralité, ni la classification des droits réels ni leur contenu, dont la définition est réservée au législateur national, ne peuvent en principe faire l'objet d'un contrôle de conformité au droit de l'Union européenne que dans les limites du respect des principes fondamentaux des traités.

La légitimité de l'Union européenne pour légiférer est basée sur la réalisation du marché intérieur et, en particulier, dans la mise en œuvre du libre accès et de l'ouverture du marché intérieur, par le respect strict de l'effectivité des quatre libertés fondamentales, qui exige le respect d'exigences à caractère essentiellement négatif.

En droit primaire, la libre circulation des capitaux est particulièrement importante en ce qui concerne les biens immobiliers, tandis que la libre circulation des marchandises revêt une importance capitale dans le domaine des biens meubles corporels. Les biens immobiliers représentent, en raison de leur importance historique en tant qu'indice de prospérité, un objet d'investissement traditionnel.

Partant, toute disposition introduite au niveau national susceptible d'entraver ou de rendre excessivement contraignante l'acquisition ou la circulation ultérieure du bien immobilier, devra donc être justifiée par la nécessité de satisfaire une exigence impérieuse d'intérêt général conformément à la Charte de Nice et à l'article 65 du TFUE ; en outre, cette disposition devra être proportionnée à l'objectif effectivement poursuivi. En cas de violation injustifiée de ces obligations négatives à la charge des États membres, telle qu'une loi nationale ayant pour effet de restreindre la libre circulation des capitaux, les dispositions en cause ne seront pas applicables. Ce qui précède s'applique en particulier aux dispositions discriminatoires à l'encontre de citoyens de l'Union européenne, telles que des restrictions à l'acquisition de biens immobiliers qui dépendent de la résidence ou de la nationalité de l'acheteur (voir, par exemple, le régime des bâtiments en habitation concertée dans la province autonome de Bolzano en Italie) ou d'autres mesures qui découragent des citoyens d'autres États membres d'acquérir un bien immobilier (telles que les contraintes consistant dans l'obligation d'obtenir l'autorisation des autorités de la défense dans des zones présentant un intérêt militaire).

La liberté d'établissement et la libre circulation des services, ainsi que le cadre juridique dans lequel s'applique le principe de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, revêtent une importance particulière pour les opérateurs du marché immobilier, tels que les agents immobiliers, les prestataires d'autres services utiles à la vente de biens immobiliers, y compris les services de conseil ou l'activité des sociétés de gestion de biens immobiliers.

L'Union européenne a poursuivi des finalités différentes dans les domaines relevant de la normalisation positive, dans lesquels le Parlement et le Conseil adoptent des actes législatifs visant la réalisation des objectifs d'harmonisation. Il s'agit des règles relatives aux transactions commerciales spécifiques au niveau contractuel, visant à la mise en œuvre de la circulation des biens immobiliers et s'appliquant aussi lors de la phase de préparation de l'octroi de formes de financement de l'investissement dans ces derniers.

La compétence de l'Union européenne en matière d'harmonisation du marché intérieur, qui vise à créer des conditions juridiques homogènes pour un meilleur fonctionnement du marché unique, s'étend aux situations internes à condition que le droit dérivé émis soit nécessaire pour réaliser des conditions de marché uniformes et indispensables aux fins du fonctionnement du marché unique (arrêt du 30 janvier 2018 de la grande chambre de la CJUE, *X BV et Visser*, C-360/15 et C-31/16, concernant l'applicabilité à des situations purement internes de règles empêchant l'imposition de restrictions injustifiées à la liberté d'établissement de prestataires de services figurant au chapitre III de la directive Bolkestein 2006/123/CE). D'autre part, le principe de subsidiarité impose que l'harmonisation soit limitée à ce qui est strictement indispensable à la protection des consommateurs et à la poursuite des autres objectifs fixés par les traités.

En particulier, il existe des marges d'intervention en effet plus importantes en matière de cessions immobilières réalisées directement ou par intermédiation, au moyen de la vente de parts dans des sociétés de gestion immobilière ou de fonds de placement immobilier. Dans ce contexte, ce n'est pas seulement la question classique des limites de compatibilité des privilèges attachés à la possession d'actions privilégiées (*golden shares*) au regard de la libre circulation des capitaux qui s'avère pertinente, mais aussi l'ensemble des obligations d'information, de gestion prudentielle et conforme aux principes de bonne foi et de loyauté s'imposant aux intermédiaires financiers, ainsi que la législation sur les marchés financiers dans lesquels ils opèrent. Les liens entre les transactions immobilières et le marché financier sont plus immédiats dès lors que l'acquéreur-consommateur entend accéder à des formes de financement de l'investissement dans un bien immobilier.

Ainsi, dans le domaine de la protection du consommateur, la directive sur les droits des consommateurs (2011/83/UE) exclut de son champ d'application les contrats portant sur la création, l'acquisition ou la cession de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers. Au contraire, certains aspects de la promotion commerciale de la vente ou de la location de biens immobiliers, l'octroi de prêts hypothécaires et, en général, la prestation de services liés à la valorisation de biens immobiliers, y compris ceux visant au transfert de la propriété, revêtent une importance particulière. Compte tenu de la très forte concentration des capitaux dans le secteur du crédit à la construction, la directive sur les contrats de crédit

aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel (directive 2014/17/EU) a été adoptée. Les règles européennes qui régissent certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (directive 2008/122/CE) sont fixées aux fins de la protection seulement des consommateurs.

Les finalités, à savoir anti-évasion et de lutte contre le blanchiment d'argent, visées dans le cadre de la surveillance des transactions et des paiements liés à l'achat de biens immobiliers sont aussi de nature différente: la législation sur la lutte contre le blanchiment d'argent et la limitation des paiements et autres mouvements de capitaux suspects vise à préserver la libre concurrence et la stabilité des marchés financiers par rapport au circuit des profits d'origine illicite.

Une question soulevée plus récemment est de savoir si l'Union européenne peut légitimement adopter des actes législatifs afin d'accroître l'efficacité des transactions immobilières, dès lors que cette dernière dépend, entre autres, du degré de sécurité juridique (et des titres d'achat des biens immobiliers), ainsi que du régime fiscal auquel les transactions immobilières sont assujetties.

En conclusion, bien qu'il existe encore une certaine réticence à réglementer les aspects essentiels des cessions immobilières au niveau européen, l'influence du droit de l'Union européenne progresse dans les différentes étapes de réalisation d'opérations liées aux biens immobiliers.