**FORMATION 2016 - ROYAUMONT**

**Actualité du droit de la construction**

**La réforme du droit des obligations et ses incidences sur le droit de la construction**

**Intervenants :**

**Monsieur Jean Christophe CARON**

Avocat au Barreau de VERSAILLES

Ancien Bâtonnier de l'Ordre

**Monsieur Julien AUCHET**

Avocat au Barreau du Val d'Oise

**I – ACTUALITE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION**

**A – LA RESPONSABILITE DECENNALE EN MATIERE ENERGETIQUE**

Il s’agit là de la principale modification législative en droit de la construction.

Les dispositions relatives à la garantie décennale n’avaient pas bougé depuis 2005.

Introduisant un nouvel article L. 111-13-1 dans le CCH, la récente loi relative à la transition énergétique consacre une réforme majeure.

*Genèse du texte.*

Les inquiétudes ont commencé avec l'adoption, suite aux lois dites Grenelle 1 et Grenelle 2 de l'environnement, d'une nouvelle réglementation thermique (RT).

Bien que succédant à plusieurs réglementations antérieures, la RT 2012, obligatoire pour tous les bâtiments dont le permis a été déposé depuis le 1er janvier 2013, a constitué en effet un tournant historique.

Les exigences techniques étaient singulièrement renforcées et, pour la première fois, leur application était contrôlée, les articles L. 111-9 et L. 111-9-1 du code de la construction, imposant en effet des études lors du dépôt du permis et de la déclaration d‘achèvement des travaux.

Corrélativement, eu égard notamment à la complexité et au surenchérissement que la norme entraînait pour les constructeurs, la performance énergétique est devenue un argument commercial.

Dès lors, immédiatement, s'en est suivi un débat particulièrement intense sur les conséquences que ces dispositions techniques pouvaient finalement entraîner sur la responsabilité des constructeurs

En effet, en laissant présager des économies d'énergie et par conséquent d'importantes économies financières, dans un contexte où l'énergie se renchérit, la nouvelle réglementation se révélait porteuse de grandes espérances.

Aussi, la réforme soulevait-elle immanquablement la question de la responsabilité des constructeurs dans les cas où les performances requises n'étaient pas ou pas complètement atteintes.

Or, aux changements radicaux portés par ce nouveau corpus de réglementation, n'avait jusque-là répondu qu'un silence du législateur quant au régime de responsabilité applicable (hormis peut être une réponse ministérielle du 22 juin 2010, le Ministère de l'Ecologie et du développement durable s'étant prononcé en faveur de l'application de la garantie décennale : Rép Min 75010 publié au JO du 22 juin 2010).

La principale incertitude, constitutive d'une véritable inquiétude pour certains acteurs, se focalisait sur l'application, après réception, de la responsabilité décennale des constructeurs en présence d'un défaut de performance.

La doctrine et la jurisprudence se montraient assez divisées sur la question.

Le nouvel article L. 111-13-1 du code de la construction et de l'habitation tranche la question, disposant que :

*« En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination mentionnée à l'article L. 111-13 ne peut être retenue qu'en cas de dommages résultant d'un défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage, de l'un de ses éléments constitutifs ou de l'un de ses éléments d'équipement conduisant, toute condition d'usage et d'entretien prise en compte et jugée appropriée, à une surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant ».*

Le législateur a volontairement entendu embrasser large pour faire en sorte que le texte puisse appréhender non seulement les sinistres sur la construction d'ouvrages neufs, soumis à la RT 2012, mais également les défauts de performance énergétique consécutifs à la réhabilitation.

Le texte adopté prête cependant à discussion.

D'une part, les critères retenus, qui visent une « surconsommation » et un « coût exorbitant », ont de quoi laisser songeur.

Qu’est-ce que la surconsommation ?

Le préfixe « sur », appliqué au vocable « consommation », impose une consommation supérieure à une consommation de référence.

Il semble que les référentiels manquent et tout particulièrement lorsque l'ouvrage pris en considération n'est pas de ceux soumis à la RT 2012 ou construits en vertu d'un contrat stipulant des seuils précis, même plus optimistes.

Ainsi, sur les travaux de rénovation, nombre d'entre eux ne sont pas soumis à des « seuils de consommation ».

Évoquer une « surconsommation » n'a alors pas grand sens et revient en tout état de cause à abandonner l'appréciation au pouvoir souverain des juges du fond.

La mission « Plan bâtiment Grenelle », devenue « plan durable », ne s'y était d'ailleurs pas trompée. Son rapport préconisait d'encadrer l'impropriété à la destination par référence à une consommation conventionnelle supérieure à un seuil défini en Conseil d'État.

Qu’est-ce qu’un coût « exorbitant » ?

Imprécision du texte encore une fois.

De même sur l’origine du dommage, qui doit être établie : *« le défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage ».*

C’est un peu antinomique avec la règle habituelle pour la garantie décennale, qui est une responsabilité présumée : dès qu’il y a un dommage, la garantie s’applique quelle qu’en soit l’origine, même vice du sol. Là, il faudra caractériser le « défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage ».

Maladresse de rédaction enfin, car on parle de *« l’impropriété à la destination »*, là où il faudrait parler de la *« responsabilité décennale »*.

Au regard de la rédaction retenue, seule l'impropriété à la destination, qui correspond dans le régime de responsabilité de droit spécial des constructeurs à la condition de gravité du dommage, devait ainsi être définie.

Pour les autres conditions, le renvoi à l'article L. 111-13 du code de la construction et de l'habitation (c'est-à-dire à l'article 1792 du code civil) semble impliquer que les critères classiques s'appliquent.

Les références à la matérialité du désordre et au rôle de la victime constituent sans doute des réponses aux inquiétudes des acteurs du bâtiment.

Néanmoins, la formulation adoptée laisse à nouveau planer de sérieux doutes.

Outre le fait que le procédé soit un peu bancal, envisager le rôle de la victime dans un texte censé définir l'impropriété à la destination invite en effet à considérer que désormais, en matière de performance énergétique, le comportement de l'usager devra être analysé en amont, c'est-à-dire non plus au titre d'une cause d'exonération, mais plutôt comme une condition d'engagement de la responsabilité.

Viser le défaut des produits ou les défauts de conception ou de réalisation pourrait ensuite, subrepticement et malencontreusement, évoquer la notion de faute des constructeurs.

La consécration d‘un renversement de la charge de la preuve

La loi Spinetta ayant organisé une présomption de responsabilité, depuis 1978 les constructeurs ne peuvent plus s'exonérer de leur responsabilité décennale en prouvant leur absence de faute.

Il leur faut rapporter la preuve d'une cause étrangère.

Or, tel que cela avait été souligné, rapprochée des problématiques de surconsommation énergétique, cette présomption soulevait quelques difficultés. Après réception, il est en effet évident qu'une surconsommation peut largement être liée au comportement de l'usager.

Dans le même temps, précisément après réception, la preuve du comportement de l'usager est difficile à rapporter pour le constructeur.

En faisant référence, même maladroitement, au fait qu'il n'y aura « impropriété à la destination » qu'une fois toutes les conditions d'usage et d'entretien prises en compte et jugées appropriées, le texte suggère que l'usage et l'entretien de l'ouvrage par le destinataire des travaux ne seront plus envisagés a posteriori, au titre d'une cause étrangère exonératoire, c'est-à-dire une fois le principe de la responsabilité du constructeur acquis.

Ils le seraient désormais a priori, comme une condition à vérifier pour établir la responsabilité.

S'il doit se concevoir ainsi, le nouveau texte consacre alors, singulièrement en matière de performance énergétique, une condition supplémentaire pour engager la responsabilité décennale des constructeurs.

En pratique, les conséquences s'exprimeront clairement au plan de la charge de la preuve.

Désormais, si c'est un défaut de performance énergétique qui est allégué, il ne reviendra plus au constructeur de démontrer qu'il y a eu mauvais entretien.

Ce sera à celui qui se prétend victime de prouver qu'il a bien respecté les conditions d'usage et d'entretien appropriées.

L'on regrettera néanmoins que ce qui constitue à l'évidence une profonde évolution du régime de la responsabilité décennale, bien qu'elle ne touche qu'aux sinistres relatifs à la performance énergétique, ne soit consacrée qu'au détour d'une rédaction maladroite.

**B – LA SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION DURANT L’EXPERTISE**

Cour de cassation, 2e civ., 19 mai 2016, n° 15-19.792, D. 2016. 1133

*«****Mais attendu qu'aux termes de l'article 2239, alinéa 1, du code civil, la prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ; que, selon l'alinéa 2 de ce texte, le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée ; que les articles L. 114-1, L. 114-2 et L. 114-3 du code des assurances ne font pas obstacle à l'application de l'article 2239 du code civil ; qu'il s'ensuit que la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil est applicable aux actions dérivant d'un contrat d'assurance ;***

 ***Que la cour d'appel ayant constaté qu'une expertise judiciaire avait été ordonnée par une ordonnance du juge des référés du 4 novembre 2009 et que la mesure d'instruction était toujours en cours, en a déduit à bon droit que la mesure d'instruction ordonnée avait suspendu la prescription de l'action, de sorte que l'exception de prescription devait être rejetée ».***

Par la publication au Bulletin de cette décision, la Cour de cassation vient prendre position sur une question sensible qui était débattue en doctrine à la suite de la réforme de la prescription en matière civile par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

**C – LE SINISTRE AFFECTANT UNE POMPE A CHALEUR**

**Une pompe à chaleur est-elle un ouvrage ou un élément d'équipement ?**

Cour de cassation, 3e civ., 4 mai 2016, n° 15-15.379, Axa France c/ Société Centralair et autres

*« Vu l'article 1792 du code civil ;*

 *Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 26 janvier 2015), que M. et Mme X... ont confié à la société Centralair l'installation d'une pompe à chaleur air/eau ; qu'en raison de bruits anormalement importants, ils ont assigné en résolution de la vente la société Centralair, qui a appelé à l'instance son assureur, la société Axa, et le fabricant, la société Emat ;

Attendu que, pour condamner la société Axa à garantir la société Centralair des condamnations prononcées à son encontre, l'arrêt retient que la pompe à chaleur, installée sur un socle en béton et ayant nécessité des raccordements hydrauliques, constitue un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil ;*

***Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé*** *».*

Les propriétaires d'un bâtiment ont confié à Centralair l'installation d'une pompe à chaleur posée à l'extérieur du bâtiment ; Centralair avait souscrit auprès d'Axa un contrat multigaranties au titre de la responsabilité décennale et au titre de la responsabilité civile pour préjudices causés à autrui. Le fonctionnement entraînant des bruits anormalement importants, très gênants pour un immeuble d'habitation, les propriétaires ont assigné Centralair en résolution de la vente et en indemnisation de leurs divers préjudices ; ils ont obtenu satisfaction devant la cour d'appel.

La cour d'appel y avait vu un ouvrage, au motif que la pompe était posée sur un socle en béton et qu'elle avait nécessité des raccordements hydrauliques et électriques. Mais était-ce suffisant ?

Non pour la Cour de cassation, qui casse l'arrêt d'appel en ce que les motifs retenus par la cour d'appel « ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un ouvrage ».

À cet égard on relèvera que, sous l'empire de la loi de 1967, la solution eut été la même en application de l'article R. 111-28 du code de la construction et de l'habitation aux termes duquel « ne sont pas considérés comme des ouvrages les appareils mécaniques ou électriques que l'entrepreneur pose dans l'état où ils lui sont livrés ».

Au total, suivant les circonstances de fait, l'installation d'une pompe à chaleur sur des bâtiments existants peut constituer :

- ou bien un ouvrage relevant de la décennale s'il est incorporé dans le sol ou s'il a nécessité d'importants travaux d'adaptation au bâtiment ;

- ou bien un élément d'équipement dissociable relevant de la responsabilité de droit commun et non pas de la garantie biennale

**D – LA QUALITE DU SDC REPRESENTE PAR SON SYNDIC**

Arrêts 25 novembre 2015 n° 14-21.873 et 14-20.760 publiés au Bulletin

La désignation d’un syndic professionnel ne fait pas perdre au syndicat de copropriétaires sa qualité de non-professionnel

Dans le cadre d'un litige opposant une société prestataire à un syndic, la Cour de cassation s’est penchée sur la question de l'application du droit de la consommation au profit d'un syndicat de copropriété.

Les dispositions protectrices du code de la consommation s'adressent en premier lieu aux personnes physiques

Il est cependant rapidement apparu nécessaire d'étendre la protection des consommateurs aux personnes morales qui se composent de consommateurs, à l'instar d'un syndicat de copropriétaires.

La loi n° 95-96 du 1er février 1995, puis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 ont ainsi étendu le bénéfice des articles L. 132-1 du code de la consommation relatif aux clauses abusives et L. 136-1 du même code relatif à la résiliation des contrats reconductibles tacitement aux non-professionnels.

La jurisprudence avait parallèlement admis que la qualité de non-professionnel s'étendait aux personnes morales.

S'agissant des syndicats de copropriété, un arrêt du 23 juin 2011 avait admis leur qualité de non-professionnel au visa de l'article L. 136-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008.

Dans l'affaire qui nous concerne, la société Foncia Arc de Seine, agissant en qualité de syndic de plusieurs syndicats de copropriétaires, a conclu avec la société Christal divers contrats de prestation de services, renouvelables par tacite reconduction, sauf préavis donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception trois mois avant leur terme.

Se prévalant des dispositions de l'article L. 136-1 du code de la consommation, le syndic a résilié ces contrats sans respecter le délai de préavis.

La société prestataire a alors assigné la société Foncia Arc de Seine en paiement de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, estimant qu'elle avait commis une faute en procédant à cette résiliation.

La société Christal avait, en effet, préféré agir directement contre le syndic sur le terrain de la responsabilité délictuelle plutôt qu'à l'encontre des syndicats de copropriétaires pris individuellement, avec lesquels les contrats avaient été conclus.

La cour d'appel avait retenu la responsabilité du syndic au visa de l'article 1382 du code civil, considérant que la société Foncia Arc de Seine avait commis une faute en résiliant les contrats sans respecter le préavis « pourtant » contractuel, tout en rejetant la fin de non-recevoir tirée de l'article 1165 du même code.

Le syndic invoquait alors le bénéfice des dispositions de l'article L. 136-1 du code de la consommation, lequel permet au non-professionnel de résilier un contrat renouvelable tacitement à tout moment à compter de la date de reconduction dès lors que le professionnel ne l'a pas informé au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la possibilité de ne pas reconduire le contrat conclu.

La cour d'appel avait dénié le bénéfice de cette disposition au motif qu'un syndicat de copropriétaires qui confie à un syndic professionnel le soin de négocier, de conclure et d'assurer le suivi des contrats relatifs à la copropriété « perd la qualité de consommateur et de non-professionnel », et ne saurait donc bénéficier d'une telle disposition.

La Cour de cassation a censuré cette décision, considérant que « la représentation d'un syndicat de copropriétaires par un syndic professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité de non-professionnel », en sorte qu'il peut bénéficier des dispositions de l'article L. 136-1 susmentionné « nonobstant cette représentation ».

Par cette décision de principe, la Cour confirme le caractère de non professionnel d'un syndicat de copropriétaires, que le syndic soit professionnel ou bénévole.

Si la Cour de cassation affirme désormais que les dispositions de l'article L. 136-1 du code de la consommation trouvent à s'appliquer au bénéfice des syndicats de copropriétaires, une même solution peut être étendue pour celles de l'article L. 132-1 du même code relatives aux clauses abusives.

**II – LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS**

Entrée en vigueur le 1er octobre 2016, l’Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a profondément modifié le droit des contrats.

Le droit immobilier sera certainement profondément impacté par cette réforme.

**A – SUR LA FORMATION DU CONTRAT**

L'article 1104 du code civil dispose que les contrats *« doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »*, cette règle étant d'ordre public.

Si la bonne foi doit en effet intervenir au stade de l'exécution du contrat comme le prévoyait déjà le code de 1804, notamment dans son article 1134, il était plus discutable, et partant perturbateur, de l'introduire dans la formation de l'acte.

Quid de ce principe en droit de la construction.

On pense à deux hypothèses : les parties s’engagent sur un devis, mais il apparait que de nombreux travaux supplémentaires sont à faire, suite à dissimulation du Maître d’ouvrage ou de l’entrepreneur. Quid de l’effet de la mauvaise foi sur le contrat initial et de la combinaison avec la jurisprudence imposant à l’entrepreneur de tenir compte des sujétions prévisibles.

On pense aussi aux entreprises qui acceptent des contrats à des conditions financières défavorables, juste pour emporter le marché ou éliminer un concurrent. Le contrat pourra il être annulé, au besoin à la demande du concurrent, puisque le principe est général et d’ordre public, et rien ne dit qu’il s’agira d’une nullité relative…

Le contenu du contrat est aussi plus encadré par la réforme.

On ne reviendra pas ici sur la controverse qui a entouré la suppression des notions d'objet et surtout de cause tout en maintenant leurs applications sous d'autres noms.

Il faut reconnaître que pour grave et fondamentale qu'elle soit, elle n'aura probablement pas beaucoup d'effet sur le quotidien des contrats de construction, car il est excessivement rare en effet que ces contrats soient attaqués pour absence d'objet ou de cause.

Mais la réforme réglemente plus fondamentalement le contenu du contrat.

**L’interdiction des clauses créant un déséquilibre significatif**

L’article 1171 dispose que :

*« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un* ***déséquilibre significatif*** *entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

*L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».*

En premier lieu il apparait que ce texte a vocation à s'appliquer largement aux contrats de vente et promotion immobilière qui sont dans leur grande majorité des contrats d'adhésion, au moins dans le secteur protégé du logement.

Dans le secteur protégé de la vente d'immeuble à construire et du contrat de promotion immobilière, ou dans les contrats lourdement encadrés comme le CCMI, il est vrai que le risque n'est pas très grand de voir surgir des clauses abusives.

Celles-ci sont d'ailleurs pourchassées par l'article L. 231-3 du code de la construction et de l'habitation pour le CCMI. De manière générale, la plupart des clauses du contrat sont strictement délimitées par les règles impératives.

On ajoutera que, dans le secteur protégé, l'accédant à la propriété étant généralement un consommateur, il bénéficie aussi de la répression des clauses abusives des articles L. 132-1 et R. 132-1 et suivants du code de la consommation.

Avant même la réforme, le promoteur ou le constructeur de maison individuelle n’avait donc guère de liberté pour insérer des clauses abusives.

Mais, précisément, l'étroite marge de liberté qui subsistait pour le promoteur-constructeur ne risque-t-elle pas d'être encore réduite par la menace du « déséquilibre significatif » du nouvel article 1171 ?

Toute stipulation qui n'a pas été expressément autorisée par le secteur protégé ne risque-t-elle pas d'être déclarée par principe « abusive », créant un « déséquilibre significatif » par rapport au cadre contractuel-type que constitue le secteur protégé ?

Ainsi, les clauses prévoyant dans les ventes en état futur des causes de retard légitimes, celles autorisant le remplacement de certains matériaux par d'autres jugés équivalents, ou la tolérance de superficie livrée de 5 %, ne risquent-elles pas d'être attaquées ?

En somme, soit la nouvelle règle n'apportera rien de plus par rapport aux actuelles protections, soit elle détruira le reste de liberté qui demeurait...

**L’élargissement des vices du consentement**

La réforme introduit l’admission de la « violence économique » à travers le nouveau concept d'abus de faiblesse.

L’article 1143 du Code civil dispose que *« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».*

Le code civil imite là encore le code de la consommation qui sanctionnait déjà ce type d'abus à travers ce que l'on appelle les « pratiques commerciales agressives », en particulier avec les articles L. 122-11 (prochainement L. 121-6) et suivants concernant « l'abus de faiblesse du contractant ».

Les dispositions du code de la consommation étaient donc très suffisantes pour protéger les contractants faibles qui sont souvent des consommateurs, et entre autres les accédants à la propriété.

En outre, en droit de la construction, les dispositions impératives du secteur protégé rendaient difficiles de tels abus...

Si cet article ne servira pas tellement dans les contrats du secteur protégé ou assimilés, tels le CCMI ou la vente d'immeuble à construire, qui sont rarement signés dans la précipitation et « dans un état de dépendance », mais plutôt dans le secteur du louage d'ouvrage classique chaque fois qu'un propriétaire se trouve confronté à une situation d'urgence plus ou moins imprévisible : inondation, fuite de canalisation, toiture endommagée par une tempête, problème électrique grave ou de plomberie, réparations urgentes, etc.

Surtout, l'hypothèse-type d'application de ce texte en droit de la construction sera celle d'un constructeur travaillant à titre habituel, pour ne pas dire quasi exclusif, avec un même promoteur, qui le soumettrait à des conditions économiques de plus en plus rigoureuses.

L'état de dépendance économique est évidemment caractérisé en pareille hypothèse et la menace d'une cessation des commandes par le promoteur incitera le constructeur dépendant à accepter l'inacceptable.

Le risque serait que le juge utilise ce texte pour porter un jugement sur l'économie générale de l'opération... L'article 1143 nouveau donne au juge le pouvoir redoutable de statuer en équité.

**B – SUR LA REVISION DU CONTRAT**

**Le jeu de la théorie de l'imprévision**

On sait qu’à la différence de la jurisprudence administrative, la jurisprudence civile avait toujours refusé la possibilité pour le juge de modifier les prestations des parties dans les contrats de longue durée, même en cas de survenance d'événements imprévisibles venant bouleverser l'économie du contrat.

La réforme a rompu avec cette position traditionnelle qui avait des avantages et des inconvénients ; elle consacre désormais la théorie de l'imprévision.

En résumé, l'article 1195 du Code civil dispose qu'en cas de changement imprévisible des conditions économiques après la conclusion du contrat, rendant l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie « qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque », ce contractant peut demander à l'autre une « renégociation » du contrat, tout en continuant à exécuter ses obligations.

Puis il affirme que, en cas de refus ou d'échec, les parties peuvent mettre fin au contrat ou bien « ensemble » saisir le juge et ainsi lui demander de procéder à son adaptation.

Le dernier alinéa prévoit : *« À défaut d'accord dans un délai raisonnable le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».*

C'est là qu'apparaît véritablement la théorie de l'imprévision.

Les conséquences seront importantes en général pour les contrats à durée déterminée qui s'échelonnent sur une longue période, comme les baux de longue durée, et qui ne permettaient pas jusqu'alors au débiteur de mettre fin unilatéralement au contrat.

Dans le cas des contrats de construction dont l'exécution prend toujours un certain temps, ce nouveau dispositif ne laisse pas de susciter des interrogations et des inquiétudes.

En effet, a priori les deux parties, le promoteur-constructeur comme l'accédant à la propriété, pourraient être tentées de s'en prévaloir en cas de survenance de difficultés inattendues.

Le promoteur-constructeur, qu'il soit vendeur d'immeuble à construire, constructeur de maison individuelle ou promoteur au sens strict, pourrait-il invoquer des difficultés économiques ou conjoncturelles susceptibles de rendre la réalisation de l'opération immobilière « excessivement onéreuse » pour solliciter une renégociation de la convention ?

Sollicitant par exemple un allongement du délai de construction, une réduction de la consistance de l'immeuble, une diminution de la qualité des matériaux et des prestations, voire une majoration du prix ?

Ne pourrait-il pas tenter de se dégager d'un contrat désavantageux du fait l'évolution de la conjoncture économique ou financière ?

À la lecture de l'article 1195, vague à souhait, rien ne s'y oppose a priori... Pourtant, dans le secteur du logement, une telle tentative irait directement à l'encontre de la majorité des textes du code de la construction et de l'habitation qui régissent ce secteur, appelé aussi « secteur protégé », et qui obligent dans l'état actuel du droit le promoteur-constructeur à s'engager de manière irrévocable sur des prestations précises et sur un prix ferme et définitif...

Dans la vente d'immeuble à construire, il s'agit du prix de vente de l'immeuble futur qui doit rester intangible...

Dans le CCMI, c'est un prix forfaitaire lié à la nature de marché à forfait du contrat...

De manière générale, tous les textes de droit immobilier ont considéré dans leur grande sagesse que le promoteur immobilier étant un professionnel chevronné, maîtrisant les techniques et les risques de la construction et réalisant aussi des profits substantiels, il devait être capable pendant la durée du programme de prévoir et d'anticiper les aléas de la construction.

Dès lors, il y a une incompatibilité de principe entre le nouvel article 1195 consacrant la théorie de l'imprévision et l'esprit du secteur protégé faisant peser le risque d'imprévision sur le promoteur.

Considérer que la théorie de l'imprévision joue dans les contrats du secteur protégé, ce serait démanteler la protection de l'accédant patiemment construite depuis un demi-siècle et méconnaître le principe specialia generalibus derogant.

Cependant, considérer que les textes du secteur protégé refoulent, au nom de l'adage specialia generalibus derogant, les nouveaux textes du code civil sur l'imprévision, introduira une entorse grave aux dispositions du nouveau code, qui ne manquera pas d'être reprise et imitée dans bien d'autres domaines où existent des règles de protection, par exemple en droit de la consommation...

S'agissant des contrats conclus en dehors du secteur protégé, le nouvel article 1195 du code civil est parfaitement susceptible de s'appliquer. On peut dès lors imaginer que le risque est grand de voir le contentieux s'intensifier dans ce domaine.

En effet, il est à craindre que la moindre augmentation du coût des matériaux ou de la main-d’œuvre ou toute évolution légale ou réglementaire puisse servir de prétexte à l'une des parties pour tenter d'imposer une renégociation des termes du contrat ou pour s'en dégager.

Pour y échapper, les parties pourront toujours prévoir de soumettre leur relation à l'article 1793 du code civil et donc de la qualifier expressément de marché à forfait.

En effet, quoique cela n'ait jamais encore été dit en ces termes, le marché à forfait n'est pas autre chose qu'une mise à la charge de l'entrepreneur du risque d'imprévision.

Et lorsque l'on songe à la théorie du bouleversement de l'économie du contrat développée par les juges pour permettre une sortie du forfait, il n'y a pas de quoi être rassuré tant les critères d'un tel bouleversement paraissent flous et imprécis, au détriment de la prévisibilité des solutions de droit et donc de la sécurité juridique.

Mais de son côté l'accédant malchanceux, victime par exemple d'un deuil, d'un divorce, d'un licenciement ou de tout autre accident de la vie, pourrait-il lui aussi se prévaloir de l'article 1195 et de l'imprévision ? Et espérer à terme échapper à un contrat défavorable ?

Là encore rien ne l'interdit à la lecture du texte et vu la généralité de sa rédaction...

Pourtant l'accédant, dans l'état actuel du droit, dispose déjà d'un certain nombre d'échappatoires qui lui permettent de sortir d'un contrat de construction dangereux pour lui : la condition suspensive de l'obtention du prêt de l'article L. 312-16 du code de la consommation, le délai de rétractation de dix jours. Toutes ces dispositions prennent déjà en compte sous une forme ou une autre le risque d'imprévision.

Les législateurs du passé avaient considéré avec prudence qu'une fois franchie l'étape décisive de la conclusion du contrat, l'accédant devait être lui aussi lié de manière irrévocable et devenir responsable de son engagement.

Sinon l'activité du promoteur immobilier, dangereuse par nature, risquait d'être irrémédiablement compromise... Tout ce savant équilibre pourrait alors être affecté par l'irruption intempestive de la théorie de l'imprévision.

Dans ces conditions, la sagesse serait peut-être pour les promoteurs et constructeurs d'écarter expressément et de manière systématique dans leur contrat tout recours à l'imprévision... En espérant que cette clause ne sera pas jugée abusive comme découlant d'un abus de puissance économique !

On le voit, l'imprévision met à mal la sécurité juridique des contrats de construction. Mais celle-ci risque de l'être également par l'apparition de difficultés nouvelles consécutives à l'inexécution du contrat.

**C – SUR L’INEXECUTION DU CONTRAT**

Bibliographie : L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction – Gwenaëlle Durand-Pasquier – RDI 2016. 355

Le code civil sera désormais doté sur ce point d'un corpus de règles cohérentes et regroupées.

Le futur article 1217, introductif, présente ainsi une liste de cinq sanctions qui seront offertes « à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement ».

Le créancier victime d'une inexécution sera ainsi dorénavant en droit de refuser d'exécuter ou suspendre sa propre obligation, poursuivre l'exécution forcée en nature, solliciter une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat ou demander réparation des conséquences.

L'article précise in fine et conformément à la ligne prétorienne actuelle, d'une part, que ces sanctions peuvent être cumulées et, d'autre part, que des dommages et intérêts pourront toujours s'y ajouter.

TEXTE : Article 1217 du Code civil : *« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

*-refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

*-poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*

*-solliciter une réduction du prix ;*

*-provoquer la résolution du contrat ;*

*-demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

*Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».*

L’article 1224 sur la résolution poursuit d’ailleurs en indiquant : La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

Il n’y a plus obligatoirement une résolution judiciaire.

Singulièrement, alors que le contenu du contrat et ses difficultés d'exécution seront désormais placés sous le contrôle du juge (voir l’obligation de bonne foi et les conditions de formation du contrat), c'est à l'inverse un mouvement de « déjudiciarisation » qui prévaut s'agissant des sanctions applicables en cas d'inexécution.

Résolution unilatérale sur simple notification, libéralisation de la faculté de remplacement, exception d'inexécution par anticipation, consécration de la réfaction du contrat, pour nombre des sanctions qui s'offrent désormais à elle, chacune des parties semble ici reprendre la main.

**Le juge n'interviendra plus qu'au titre d'un contrôle effectué a posteriori.**

Mais une grosse exception tout de même pour l’exécution en nature.

L’article 1221 du Code civil dispose que : *« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une* ***disproportion*** *manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».*

La réforme rompt avec la primauté de l'exécution forcée en nature.

Ainsi, désormais, toute demande d'exécution forcée en nature présentée par le cocontractant victime d'une inexécution contractuelle passera sous les fourches caudines d'un contrôle judiciaire de proportionnalité.

Une telle évolution fait songer aux conséquences considérables qu'elle pourrait emporter en droit immobilier, terrain d'élection s'il en est de retentissants arrêts rendus en matière d'exécution forcée.

En matière contractuelle jusqu’ici, il y avait tout de même un certain jusqu’au-boutisme des juridictions au visa de l’article 1184 du Code civil.

Dans un arrêt du 11 mai 2005, la Cour de cassation a ordonné la démolition d’une maison trop basse de 33 cm par rapport au plan (Cass. Civ. 11 mai 2005 n° 03-21136).

Dans un arrêt du 16 juin 2015, la Cour de cassation a ordonné la démolition de l’extension nouvelle d’un chalet existant, qui avait été mal implanté de quelques centimètres et bouchait la vue d’une petite fenêtre du chalet existant (Cass. Civ. 16 juin 2015 14-14612)

L’extension du chalet était bien construite, mais une petite erreur d’implantation sans conséquence a entraîné la démolition.

Ces décisions ne seraient vraisemblablement plus possibles avec le nouvel article 1221 du Code civil.

La difficulté va être de caractériser la disproportion manifeste entre le coût pour le constructeur et l’intérêt du client.

Dans certains cas, le simple non-respect du contrat de construction n’a pas de conséquences (constructions trop basses qui respectent les dispositions de hauteur du PLU et peuvent être régularisée facilement, et le coût pour rehausser peut par contre être très important).

Dans d’autres cas, le non-respect du contrat s’ajoute au non-respect du permis de construire ou du PLU.

En l’absence de régularisation possible de la construction, il peut y avoir des sanctions pénales ou a minima un refus de conformité, ce qui exclut certainement une disproportion, l’intérêt du créancier ne pouvant pas être comparé au coût pour le constructeur.

En droit de la construction, cela pose tout de même des questions spécifiques.

La première est celle de la sous-traitance. 80 % des opérations de construction sont réalisés avec des contrats de sous-traitance. Dans ce cas, le contrôle de proportionnalité doit-il se faire avec l’entrepreneur principal ou avec l’entreprise sous-traitante ?

Par ailleurs, le terme de « coût » doit-il être pris aux sens strict (le montant de la démolition reconstruction), ou intégrer une appréciation in concreto, qui tiendrait compte par exemple du coût humain ou commercial pour une petite entreprise de bâtiment.

La seconde interrogation est la combinaison de cette règle de proportionnalité avec les obligations du garant.

Que ce soit en VEFA ou en CMI, l’achèvement du contrat est garanti dans le cadre d’un contrat qui s’apparente au cautionnement (garantie d’achèvement).

C’est assez courant que le garant se retrouve à devoir terminer une maison mal construite par un constructeur tombé en déconfiture, et l’usage de l’article 1221 du Code civil serait souvent assez intéressant pour le garant.

Mais le « débiteur » de l’obligation de construire n’est pas le garant et l’on peut donc se demander si le garant pourra se prévaloir des dispositions de l’article 1221 du Code civil.

Une première approche serait de considérer qu’il peut le faire par voie d’exception.

Une seconde approche est de considérer que les garanties d’achèvement échappent tout simplement à l’article 1221 du Code civil, étant soumis à des règles spéciales dérogeant au droit général des contrats.

À ce sujet, il doit être observé que l’article 1105 du Code civil dispose que *« les règles générales prévues par le code s’appliquent sous réserve des règles particulières de chaque contrat ».*

C’est la transcription pure et simple de l’adage « speciala generalibus derogant ».

Une autre difficulté d’application du principe de proportionnalité est la combinaison avec la garantie de parfait achèvement, dont les dispositions n’ont pas été modifiées par la réforme.

Il s’agit en principe d’une obligation de faire, c’est-à-dire de lever l’ensemble des réserves émises par le maître d’ouvrage au moment de la réception.

Mais l’on sait que parfois, certaines réserves émises dans le PV de réception présentent un coût disproportionné à lever, tout en occasionnant une gêne mineure.

De même, le principe de proportionnalité de l’article 1221 du Code civil pourrait-il être appliqué dans ce cas.

Là, de deux choses l’une :

- Soit les juges considèrent que, relevant d'un droit spécial, la reprise des réserves doit être soustraite à la règle de proportionnalité portée par l'article 1221 du code civil.

- Soit les juges considèrent que, précisément dans l'hypothèse où un ouvrage a été suffisamment avancé pour être réceptionné, alors l'article 1221 du code civil et l'approche économique que comporte la règle de proportionnalité trouvent ici à s'appliquer.

Autrement dit, les maîtres n'auraient plus droit à une reprise systématique des réserves.

Ils devraient se contenter parfois d'une simple exécution par équivalent.

**Le renforcement du droit à l'exécution par un remplaçant**

L’article 1222 du Code civil dispose que :

*« Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.*

*Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction »*

L’article 1222 du code civil permet à tout créancier, après mise en demeure de son contractant, de recourir à un tiers sans accord préalable du juge, et toute condition d'urgence écartée.

Cette liberté a toutefois été circonscrite en cas de démolition. Pour faire démolir, l'autorisation du juge est maintenue.

La réforme s'avérera également novatrice et utile pour les louages et la sous-traitance dans le cas ô combien délicat de l'abandon de chantier.

En dépit de la validité des clauses organisant un remplacement extra-judiciaire, la jurisprudence a en effet encore trop souvent l'occasion de refuser un remboursement à des protagonistes ayant, dans ce contexte, fait achever les travaux contractuellement prévus par un tiers.

Dans la mesure où le temps constitue un facteur déterminant lors d'un marché de construction et où l'abandon de chantier est source de risques importants de dégradations des travaux déjà initiés, ces solutions étaient dommageables.

Aussi ne peut-on que saluer ici la célérité apportée.

Mais cette déjudiciarisation du remplacement s'articule difficilement avec le régime de la garantie de livraison.

Les dispositions de droit spécial encadrant cette garantie aménagent en effet également la possibilité pour le maître de désigner un repreneur face à un constructeur défaillant.

Toutefois selon la lettre de la loi, cette faculté conférée au maître d’ouvrage est fortement encadrée.

C’est en principe au garant de désigner le repreneur, sauf lorsque l'immeuble a atteint le stade du hors d'eau, le garant peut proposer au maître de l'ouvrage de conclure lui-même des marchés de travaux avec des entreprises qui se chargeront de l'achèvement (Article L231-6 du CCH).

Dorénavant, en vertu du droit commun, le maître pourrait-il alors faire achever les travaux par un tiers, sur simple mise en demeure du constructeur, aux frais du garant et sans contrôle des coûts, ni appels de fonds par ce dernier.

**Le développement subtil d'un droit au réaménagement des contrats**

Dans une approche économique, réaménager le contrat dans le cadre d’une inexécution ou de difficulté d’exécution, c'est souvent le faire survivre, même tronqué ou modifié.

Il s'agit là d'un des mouvements consacrés par la réforme.

La réforme du droit des contrats consacre une montée en puissance de la protection du lien contractuel, malgré les vicissitudes rencontrées lors de l'exécution.

**La suspension du contrat**

Le développement dans le droit commun des causes de suspension du contrat emportera à l'évidence dans le domaine des conséquences, mais également des questionnements.

Tout d’abord, l’article 1218 prévoit une **suspension temporaire** des contrats en cas de force majeure.

L'ordonnance assouplit en outre les critères de la force majeure.

Les anciens critères d'extériorité et d'irrésistibilité retenus en plus de l'imprévisibilité par les arrêts d'assemblée plénière du 14 avril 2006 disparaissent.

L'extériorité est remplacée par le fait que l'événement doit échapper au contrôle du débiteur, ce qui signifie que l'événement peut naître de difficultés liées au débiteur lui-même ou à ses auxiliaires, tels ses cocontractants.

On pense par exemple au sous-traitant.

L'irrésistibilité est quant à elle remplacée par l'inévitabilité. Dans ce domaine néanmoins, l'on sait que bien que la Cour de cassation se montre généralement sévère dans la qualification des événements, notamment climatiques, qu'un constructeur peut alléguer au titre de la force majeure, les marchés et les VEFA, encouragés par un modèle tel que la norme NF P 03-001, stipulent souvent des causes de suspension élargies.

Sans s'y confondre, le droit commun ne fait alors que rejoindre ce que les parties organisent déjà contractuellement.

Plus novateur est encore le développement de la suspension volontaire du contrat, par la victime d'une inexécution.

L'exception d'inexécution classique est consacrée à l’article 1219 du code civil.

Mais, au-delà, l'article 1220 organise un mécanisme original **d'anticipation**.

Article 1220 : *« Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais »*.

Tout créancier se voit autorisé à suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son contractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences seront suffisamment graves.

Ainsi conçue, l'exception est un formidable moyen de pression. Imaginons le cas d'un entrepreneur qui apprendrait assez tôt la situation relativement obérée du client.

L'anticipation serait intéressante ici.

Elle permettrait à l'entrepreneur de suspendre l'exécution de son contrat afin de se tourner durant ce temps vers un autre chantier.

**L'application en droit de la construction d'une technique plus radicale, permettant la réfaction du contrat**

Il s'agit là également d'une évolution considérable.

Le nouvel article 1223 permet à tout créancier d'accepter une exécution imparfaite du contrat en en réduisant proportionnellement le prix.

Le procédé trouve tout d'abord un fort écho, en droit immobilier, dans la ligne prétorienne qui, s'agissant des louages de droit commun, admet, après en avoir un temps décidé autrement, la réception des travaux inachevés.

On pourra dans ce cas demander une réduction de prix et bénéficier des garanties de la construction.

Dans les VEFA, la réfaction pourra également constituer une alternative intéressante.

La jurisprudence révèle que la non-conformité du bien avec les documents contractuels conduit régulièrement des acquéreurs à demander une diminution du prix, outre des dommages et intérêts réparatoires.

La Cour de cassation a encore récemment eu à connaître d'une telle demande. Au lieu et place d'un appartement au quatrième étage avec vue, les acquéreurs s'étaient en effet retrouvés propriétaires d‘un lot doté d'un vis-à-vis beaucoup plus sinistre avec un second immeuble de cinq étages.

La Haute juridiction censura pourtant une nouvelle fois un arrêt d'appel ayant accordé une diminution du prix. Elle retint « qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait pas modifier le prix de vente déterminé par les parties et que le préjudice résultant de l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance ne pouvait être réparé que par l'allocation de dommages-intérêts, la cour d'appel a[vait] violé » les articles 1591 et 1604 du code civil.

Désormais, en VEFA, on pourra demander une réfaction de prix en cas de défaut de conformité.

La seconde question vise sur l'articulation des textes sur la réfaction avec les règles relatives à la garantie de contenance. La jurisprudence fait en effet désormais application aux contrats de VEFA des articles 1616 et suivants, régissant le droit commun de la vente(59).

Or, ces dispositions soumettent la diminution du prix, en cas de chiffrage global, qu'au-delà de 5 % de déficit de contenance et à la condition au surplus que l'action soit introduite dans des délais de prescription raccourcis.

Au terme de cette étude, on peut affirmer que la réforme du droit des contrats aura sur les contrats de construction un effet déstabilisant qui devrait tempérer l'enthousiasme des commentateurs.

Effet déstabilisant indirect et occasionnel au stade de leur formation avec l'omniprésence de la bonne foi, la chasse aux clauses abusives et l'élargissement des vices du consentement.

Effet déstabilisant direct en revanche et perturbateur au stade de leur exécution avec l'imprévision, l'entrave à l'exécution forcée et les restitutions...