

La protection de la partie faible à l'épreuve des contrats de construction

Christophe Broche

L'hésitation fut rarement aussi longue pour trouver un intitulé à ces quelques lignes. Faut-il faire référence à la protection du consommateur d'un bien immobilier, à la partie faible ou à l'accédant immobilier ? Ce dernier choix pourrait laisser croire à une intention de l'auteur de botter en touche et donner l'impression de s'éloigner de l'acteur principal de l'ouvrage, à savoir, le consommateur. Car, celui qui participe à une opération de construction peut certes être un particulier, non professionnel, mais il n'est pas rare que les travaux soient faits pour le compte de personnes morales (société) ou dans un but professionnel (marchand de biens ou professionnel de la location). Or, le droit de la construction, en particulier le régime protecteur qu'il propose, ne distingue pas entre les différents accédants. De fait, nous nous trouverions bien loin de notre sujet commun, le consommateur. A l'inverse, centrer notre réflexion sur le sort du consommateur dans les contrats de construction, ce serait aller vite en besogne en prenant pour acquis et comme postulat de départ, que la notion de consommateur immobilier existe et qu'elle s'identifie à la personne vulnérable que certaines règles du droit de la construction ont vocations à protéger. Quand bien même ce serait le cas, envisager le droit de la construction par le seul prisme du consommateur, nous conduirait inévitablement à nous priver de l'étude d'un ordre public de protection propre au droit de la construction et qui ne prend pas pour appui la notion de consommateur. Reste la voie médiane, celle qui rassemble sans décevoir, évoquer la partie faible.

Ce n'est semble-t-il pas trahir la thématique qui nous unit que d'avoir recours à ce syntagme, car dans les opérations de construction comme dans celles d'une autre nature, une des parties peut se trouver en état de vulnérabilité et nécessiter une protection. Et dans le domaine de la construction, c'est peu de le dire. L'accédant à la propriété ou le maître d'ouvrage, est souvent désarmé face aux constructeurs. A la complexité évidente d'une opération de construction, viennent s'ajouter des enjeux financiers représentés par le coût de la construction souvent très important pour l'accédant, un financement par un prêt bancaire qui engage sur le long terme, le risque non négligeable que certains professionnels peu scrupuleux envisagent le projet de construction comme une occasion pour s'enrichir injustement au dépend de l'accédant et la possibilité que l'opération ne se réalise finalement pas, ce qui est regrettable lorsque la construction n'a d'autre finalité que de loger l'acquéreur et sa famille.

Suffit-il alors d'appliquer le droit de la consommation ? La réponse serait sans doute simple s'il n'existait pas une volonté du législateur de réserver un traitement à part aux opérations de construction, en particulier, celles qui sont à usage d'habitation. Volonté qui se manifeste dans et hors du code de la consommation. S'il est vrai que la réglementation consumériste fait une place à l'immeuble d'habitation¹, ces dispositions, peu nombreuses², se font plus rares encore

¹ Par exemple, le crédit immobilier (art. L. 312-1 à L. 312-36 code de la cons.), la jouissance d'immeuble à temps partagé (art. L. 121-60 à L. 121-76 code de la cons), le prêt viager hypothécaire (art. L. 314-1 à L. 314-20 code de la cons)

lorsque sont en causes les contrats de constructions. L'intention politique d'exclure les opérations de construction du droit de la consommation n'a d'ailleurs probablement jamais été aussi forte³. En dehors, la résistance du droit de la construction à l'intrusion aux règles consuméristes s'explique par la présence d'un régime juridique propre à ces opérations et qui, sous bien des aspects, présente des similitudes avec le droit de la consommation. Dès lors que le contrat a pour objet l'édification d'un immeuble à usage d'habitation, les parties doivent en effet composer avec un ensemble de dispositions d'ordre public de protection qui constituent le droit spécial de la construction.

Ce droit s'est construit progressivement. Il a été initié par la création du contrat de vente d'immeuble à construire. La première réglementation protectrice de ce contrat est apparue avec la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967. Par une loi du 16 juillet 1971 (n° 71-579), le législateur a créé ensuite le contrat de promotion immobilière en le complétant par un régime spécifique⁴. Puis, une loi du 11 juillet 1972 (loi n° 72-649), a mis en place un régime juridique de protection des acquéreurs d'une maison individuelle sous la forme d'un contrat de construction de maison, réservé aux maîtres d'ouvrages qui sont propriétaires de leur terrain. Ce contrat a connu une importante réforme le 19 décembre 1990 (mise en vigueur au 1^{er} décembre 1991). Enfin, ce dispositif de protection des acquéreurs d'un immeuble à usage d'habitation a été complété par une loi du 13 juillet 2006 venue créer le régime des ventes d'immeuble à rénover.

Or, parce que cet ordre public de la construction est particulier à bien des égards, la protection de la partie faible en droit de la construction est rarement posée en ces termes. L'étude du secteur protégé dans une réflexion d'ensemble sur le droit de la consommation est l'occasion de faire le point sur la protection des accédants vulnérables. De ce point de vue, parce que, d'une part, le droit de la consommation, comme une partie du droit de la construction, propose un ordre public de protection, d'autre part, du fait que la protection d'une partie supposée se trouver dans un rapport déséquilibré est la raison d'être du droit de la consommation, le parallèle entre ces deux régimes invite à analyser les règles spéciales du droit de la construction à travers le prisme du droit de la consommation. Cette mise en perspective permettra de mettre en lumière la spécificité de la protection organisée par la réglementation des opérations de construction (I) avant de faire le point sur l'efficacité de la protection de la partie faible dans les opérations de construction (II)

² Cyril Noblot, « Réflexions sur l'immeuble d'habitation en droit de la consommation », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51, 19 décembre 2008, 1361. Pour l'auteur, ces quelques dispositions se justifient bien plus par la valeur que représentent les immeubles d'habitation que par l'habitation elle-même.

³ Cette volonté de cloisonnement des opérations de construction peut s'illustrer par la loi "Macron" (loi n° 2015-990 du 6 août 2015) qui a exclu du champ d'application de l'article L. 121-16-1, I les contrats de construction conclus hors établissement que la loi "Hamon" avait auparavant intégré.

⁴ art. L. 222-1 CCH à L. 222-7 du CCH.

I. La spécificité de l'ordre public de protection dans les opérations de construction

On trouve au sein des dispositions qui encadrent les opérations de construction, un corps de règles impératives dit, "secteur impératif "ou "secteur réglementé" de la construction. Si ce dispositif présente des similitudes avec celui du droit de la consommation,(B), leur finalité, différente, (A) a pour conséquence que leurs conditions d'application le sont également.

A. droit de la consommation et secteur protégé de la construction : des enjeux différents

Historiquement, le droit de la construction était une branche du droit civil, régi par les articles 1779 à 1792-6 du code civil. Progressivement, est apparue une réglementation spécifique à certaines opérations de construction et la somme des textes s'est formalisée dans le code de la construction et de l'habitation (CCH). Du point de vue du droit privé, les dispositions légales se répartissent donc entre le code civil et le code de la construction et de l'habitation. C'est dans ce dernier que l'on trouve les règles particulières qui constituent le secteur protégé.

L'intervention du législateur dans le milieu des opérations de construction a été motivée par deux aspirations : d'une part, conférer un cadre juridique précis à des situations qui ne pouvaient raisonnablement pas entrer dans celui du simple louage d'ouvrage, du mandat ou d'une vente, soit en consacrant une opération créée par la pratique (vente d'immeuble à construire) soit en créant un nouveau contrat (contre de promotion immobilière). D'autre part et surtout, le législateur a cherché à conférer une protection accrue aux situations dans lesquelles une personne souhaite accéder à une construction à usage d'habitation. La volonté de protéger le logement et les intérêts du maître d'ouvrage sont à l'origine de la création du secteur protégé de la construction (par opposition au secteur libre), dans lequel certaines règles et figures contractuelles vont être imposées aux parties.

Cela concerne des contrats tels que le contrat de construction de maison individuelle, la vente d'immeuble à construire, le contrat de promotion immobilière et la vente d'immeuble à rénover; les deux premiers occupant largement le devant de la scène car les plus utilisés en pratique. Il faut ajouter le contrat de réservation également largement utilisé, qui peut précéder la conclusion d'une vente d'immeuble à construire ; contrat réglementé qualifié de "sui generis"⁵ par les juges et qui est le seul avant-contrat à pouvoir être utilisé si l'opération projetée est une vente d'immeuble à construire du secteur protégé⁶.

La plupart de ces contrats sont régis par des corps de règles à plusieurs étages : le droit commun des contrats ou le droit spécifique propre à certains contrats de construction - louage d'ouvrage, vente d'immeuble à construire, contrat de promotion immobilière - et un ensemble de règles impératives qui vont s'imposer dès lors que ces contrats ont pour objet une construction à usage d'habitation. En d'autres termes, au sein des codes, cohabitent deux types de contrats ayant chacun leurs propres critères d'existence⁷. S'agissant, par exemple, d'une opération de vente d'immeuble à construire, on trouve le contrat de vente d'immeuble à

⁵ Cass. civ. 3, 27 octobre 1975, JCP 1976, II, 18340, note P. Meysson ; Gaz. Pal. 1976, 1, p. 67, note M. Peisse ; D. 1976, p. 97, note Franck.

⁶ art. L. 261-15 et ss CCH

⁷ Seul le contrat de construction de maison individuelle et le contrat de réservation n'ont pas d'équivalent dans le secteur libre. Il sont, par nature, des contrats du secteur protégé.

construire⁸ et le contrat de vente d'immeuble à construire du secteur protégé⁹. Les critères du second viennent s'ajouter à ceux du premier de sorte que la caractérisation de la vente d'immeuble à construire du secteur protégé requiert la réunion des critères cumulatifs suivants : présence d'un transfert de propriété d'une chose future, engagement du vendeur à édifier une construction dans un délai¹⁰ (critères du contrat du secteur libre), critères auxquels il faudra ajouter la destination de l'immeuble, qui doit être à usage d'habitation ou mixte et le versement de sommes d'argent avant l'achèvement de la construction¹¹. Si un de ces critères fait défaut, le régime de la vente d'immeuble à construire du secteur protégé ne s'imposera pas aux parties. Des critères exigeants certes, mais qui se justifient par la rigueur du régime impératif de ce contrat. En effet, si le premier étage de ces dispositions est facultatif, laissant ainsi aux parties la liberté d'aménager conventionnellement ces dispositions, ce n'est pas le cas du second étage qui, en raison de l'ordre public de protection, s'impose aux contractants qui ne sont guères libres d'en discuter le contenu.

On perçoit ici ce qui différencie la technique de protection utilisée par le législateur pour certaines opérations de construction de celle retenue par la législation consumériste. Pour cette dernière, le critère d'application est subjectif : la protection du consommateur est conditionnée avant toute chose par la qualité des parties telle que définie à l'article liminaire du code de la consommation. Il s'agit d'apporter au consommateur ou au non-professionnel une protection particulière lorsqu'il entre en relation avec un professionnel. La logique des règles impératives du droit de la construction est différente. Leur application ne dépend pas de la qualité des parties, mais de critères objectifs. Cette protection est conditionnée en premier lieu, par la réunion de critères propre à l'existence de certains actes. Dès lors que l'opération envisagée répond aux critères déterminés par le législateur, les parties se verront appliquer le régime impératif de ce contrat. Autrement dit, le droit de la consommation s'articule autour du sujet quand le secteur protégé de la construction repose sur des actes.

Parmi ces critères objectifs qui conditionnent l'application du régime impératif, l'usage projeté de l'immeuble à construire est caractéristique du secteur protégé de la construction. Quel que soit le contrat de construction qui dispose d'un ordre public de protection, pour en bénéficier, la construction doit avoir pour objet l'édification d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte. Ce qui importe donc pour l'application du secteur protégé proposé par un contrat, c'est l'usage des locaux¹². Quand bien même ces locaux seraient acquis dans le but d'être loués, cela n'aurait aucune incidence sur l'application du secteur protégé puisque la destination reste

⁸ art. L. 261-1 à L. 261-9 CCH

⁹ art. L. 261-10 à L. 261-22 CCH

¹⁰ art. L. 261-1 CCH : « La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement. »

¹¹ art. L. 261-10 CCH : « Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du Code civil, ... ».

¹² On peut relever toutefois quelques réticences de la Cour de cassation à faire bénéficier du secteur protégé, l'accédant qui s'est volontairement placé dans le secteur libre pour bénéficier d'une opération de défiscalisation. Dans ces décisions, le but recherché par les parties semble prendre le dessus sur l'usage de la construction. En ce sens, Cass. civ. 3, 14 sept. 2017, n° 15-19753, obs. Ch. Broche, LPA, n° 118, 13 juin 2018, « chronique des contrats spéciaux ».

inchangée. C'est ce qui ressort nettement d'une décision récente dans laquelle les hauts magistrats ont considéré le secteur protégé comme devant être appliqué dès lors que « les lots vendus étaient des appartements meublés à usage d'habitation principale [...] destinés à être habités à l'année par des personnes âgées » alors même que les lots avaient été acquis par une société commerciale pour exploiter les locaux achetés en vue de constituer un bail commercial à un exploitant¹³. Par ailleurs, la protection est due quelle que soit la qualité du maître d'ouvrage ou de l'accédant à la propriété d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte. Une personne physique comme une personne morale¹⁴ ; un professionnel ou un non-professionnel peuvent donc bénéficier du secteur impératif. Ce sera le cas pour un marchand de biens qui acquiert des immeubles dans le but de les revendre¹⁵. La logique propre de l'ordre public du droit de la construction peut donc surprendre si on la compare à celle du droit de la consommation. Un professionnel qui passe un marché avec un promoteur pour l'achat de logements dans le but de les revendre pourra se prévaloir du régime protecteur alors que l'achat par un particulier de locaux professionnels relèvera du secteur libre.

L'application du secteur protégé est également conditionnée par le versement par l'accédant de sommes d'argent avant l'achèvement¹⁶. En l'absence d'une telle exigence de la part du professionnel, le secteur protégé est inapplicable. Ces sommes d'argent ne constituent pas nécessairement un paiement. Ainsi, dans la vente à terme ou le contrat de réservation, ces sommes prennent la forme de dépôts versés sur un compte bloqué.

Ces critères permettent de comprendre la philosophie du secteur protégé de la construction et contribuent, sans nul doute, à sa spécificité en le démarquant notamment des conditions d'application du droit de la consommation. Pour se faire une idée des enjeux et du contexte dans lequel ont été adoptées les premières mesures du secteur renforcé de la construction, on peut se référer aux débats qui ont précédé l'adoption de la loi du 3 janvier 1967 relative à la vente d'immeuble à construire. Un député s'exprimait en ces termes :

« Trop de scandales — que nous avons condamnés — sont présents dans nos mémoires, qui ont placé des familles et des foyers dignes d'intérêt dans des situations difficiles et parfois ruineuses, pour que nous n'acceptions pas de tout mettre en œuvre pour assurer une protection toujours plus efficace aux candidats à l'acquisition de logements qui consentent souvent, pour ce faire, de lourds sacrifices financiers. Acheter ou vendre une marchandise qui ne peut pas être mesurée, appréciée, palpée, examinée, estimée parce qu'elle n'existe pas en fait, exige

¹³ Cass. civ. 3^e, 7 janv. 2016, n^{os} 14-29.655 et 14-29.676, D. 2016. 130 ; RDI 2016. 150, obs. J.-P. Tricoire et O. Tournafond ; Constr.-Urb. 2016. Comm. 28, obs. C. Sizaire.

¹⁴ Pour le contrat de promotion immobilière, les règles impératives ne s'imposent pas si le maître d'ouvrage est une personne morale (art. L. 222-1 CCH).

¹⁵ Cass. civ. 3, 17 juill. 1996, n^o 95-21.334, Bull. civ. III, n^o 191, RDI 1996. 586, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-H.

¹⁶ A l'exception du contrat de construction de maison individuelle. Mais dès lors que des sommes sont exigées, leur versement doit se faire selon un échéancier.

d'infinies précautions et des clauses de transaction intangibles, bien définies et portées préalablement à la parfaite connaissance des parties qui s'engagent"¹⁷.

Les situations évoquées par le parlementaire sont celles qui sont appréhendées aujourd'hui par le secteur protégé de la construction et dans lesquelles un contrat est proposé alors que la chose n'existe pas et que des versement sont effectués avant l'achèvement de la construction, faisant courir aux accédants le risque de verser leurs économies à fonds perdu ou de se retrouver avec un immeuble inachevé, en cas de déconfiture de l'entrepreneur ou en présence d'un professionnel malveillant. La construction étant destinée à accueillir une famille, l'enjeu n'est pas seulement financier, il est également social. Mais on peut ajouter à cela le fait que tous les professionnels n'ont pas les moyens d'autofinancer une construction et de vendre "clés en main" des logements. En voulant soutenir l'offre immobilière, le législateur peut difficilement revenir ainsi sur l'idée consacrée par la pratique¹⁸, mais risquée pour l'accédant, que celui-ci participe au financement de son futur logement au fur et à mesure de la construction. Cette nécessité pratique ressort nettement du constat que la majorité des ventes d'immeubles à construire qui sont conclus, sont des ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA) qui, à la différence de la vente à terme imposant seulement le versement de sommes indisponibles pour le professionnel¹⁹, est la seule qui apparaît réellement comme une technique de financement de la construction²⁰.

Ainsi, il serait inexact d'affirmer que les dispositions d'ordre public du droit de la construction ont uniquement en vue de protéger la partie faible dans les opérations de construction. Le choix d'articuler la protection autour de l'usage de la construction - d'habitation ou mixte - et de l'asseoir sur des contrats spéciaux et non sur des sujets s'explique par la nature particulière de ce type d'opération et par les multiples enjeux qu'il renferme. C'est peut être aussi la marque de ce que la construction à usage d'habitation, bien plus qu'un simple bien immobilier, ne peut que difficilement être assimilée à un bien de consommation quelconque et doit faire l'objet d'un traitement spécifique du fait de sa vocation à constituer un rouage essentiel dans la mise en œuvre d'une politique qui dépasse les seuls intérêts de l'accédant. Les équilibres de droit de la construction ne sont pas ceux du droit de la consommation. Le contrat de réservation est probablement le plus représentatif de la complexité des enjeux liés aux opérations de construction à usage d'habitation. Cet avant-contrat du secteur protégé est par nature un contrat déséquilibré. Conçu dans l'intérêt du professionnel pour tester le marché, celui-ci pourra facilement abandonner le projet s'il estime qu'il n'est pas viable. A l'inverse, le

¹⁷ <http://archives.assemblee-nationale.fr/2/cri/1966-1967-ordinaire1/090.pdf>, Albert Denvers, député du Nord, débat parlementaire, 1ère séance du 14 décembre 1966.

¹⁸ C'est le cas du contrat de promotion immobilière par lequel un promoteur reçoit mandat de construire pour le compte de plusieurs mandants (accédant à la propriété) qui se regroupaient notamment dans des sociétés d'attributions.

¹⁹ Dans la vente à terme du secteur protégé, les sommes sont versées sur un compte bloqué ouvert au nom de l'accédant. Elles ne peuvent donc être utilisées pour financer la construction.

²⁰ Par ailleurs, on ne s'étonnera pas que dans le domaine du logement, le lobbying soit très influent, conduisant parfois à des situations curieuses. Par exemple, face aux vives contestations des professionnels de la construction souhaitant continuer à bénéficier des avantages fiscaux liés à la nature civile de l'acte, la loi interprétative du 9 juillet 1970 a apporté une nuance au 2° de l'article L. 110-1 du code de commerce en excluant les opérations de construction en vue d'une revente, de la qualification d'acte de commerce.

réservataire (futur accédant) pourra difficilement renoncer à l'opération sans perdre son dépôt de garantie.

A s'en tenir qu'aux seuls régimes, le droit de la consommation et secteur protégé de la construction présentent toutefois de nombreuses similitudes.

B. droit de la consommation et secteur protégé de la construction : un régime proche

Le droit de la consommation et le secteur protégé ont en commun de reposer sur un ordre public de protection. S'agissant des contrats de construction du secteur réglementé, cet ordre public se manifeste à plusieurs niveaux. En premier lieu, dans le choix de la qualification de l'opération. Un mauvais choix du contrat par le professionnel expose le contrat à l'annulation²¹. L'ordre public rattrape celui qui, volontairement ou par maladresse, ne propose pas le contrat du secteur protégé dont les critères sont pourtant réunis au regard de l'opération envisagée. L'impérativité du contrat réglementé s'impose même si ce mauvais choix résulte d'un commun accord des parties²². La présence de ces contrats impératifs illustre l'inexistence de la liberté contractuelle dans le secteur protégé. Pour imaginer cette situation, un auteur évoque les anciens pays du *Comecom* entre lesquels il n'était pas facile de circuler et desquels on ne pouvait sortir, comparativement à l'espace *Schengen*²³.

La situation ne s'améliore guère pour les contractants friands de grands espaces de liberté dès qu'on se plonge dans le contenu même du contrat où tout est réglementé. Cette réglementation reprend largement les techniques du droit de la consommation.

A l'instar du droit de la consommation, l'ordre public de protection du secteur protégé vise à garantir un consentement éclairé de la partie qui s'engage, accédant ou maître d'ouvrage. Quelle que soit l'opération de construction envisagée, dès lors que les parties se trouvent dans le secteur protégé l'écrit est obligatoire à peine de nullité²⁴ et le commencement de travaux en l'absence de contrat écrit peut même entraîner des sanctions pénales²⁵. La forme authentique est parfois requise pour certains contrats translatifs de propriété, comme la vente d'immeuble à construire et la vente d'immeuble à rénover. Si une telle exigence est valable pour toute vente immobilière, pour les contrats translatifs de propriété du secteur protégé, sa méconnaissance entraîne la nullité du contrat.

²¹ S'agissant du CCMI; art. L231-1 CCH : « Toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2.... ». Pour la vente d'immeuble à construire du secteur protégé : Art. L261-10 CCH : « Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil, reproduits aux articles L. 261-2 et L. 261-3 du présent code... »

²² A l'instar du bail rural de droit commun, tel que le fermage ou le métayage.

²³ H. Périnet-Marquet, « Actualité des VEFA et des CCMI : propos conclusifs », *Defrénois*, 30 juin 2014 n° 12, P. 709

²⁴ Par exemple, art. L. 222-3 al. 1er CCH pour le contrat de promotion immobilière.

²⁵ art. L. 241-8 CCH, pour le contrat de construction immobilière, qui prévoit un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000€.

Au delà de l'écrit, le législateur impose un contenu informatif impératif dans les contrats de construction. Ce sont les énonciations obligatoires telles que la désignation du terrain, les garanties, le prix, le délais ou encore les notices d'informations. On retrouve également dans l'article L. 271-1 CCH un délai de rétractation et de réflexion de 10 jours.

Par endroits, on croit reconnaître une influence nette du droit de la consommation. On trouve ainsi au sein du CCH, un régime de clauses réputées non écrites. L'article L. 261-16 du CCH, relatif aux VEFA du secteur protégé, prévoit en effet que « toute clause contraire aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-15 (...) est réputée non écrite ». Pour le contrat de construction de maison individuelle, l'article L. 231-3 du CCH dresse une liste de clauses noires²⁶.

Si on peut relever des similitudes entre ces régimes, c'est parce qu'il existe entre eux un lien de filiation. Les dispositions protectrices du droit de la construction ont émergé avant le droit de la consommation et la protection de l'accédant à la propriété a servi de terrain d'expérimentation de ce dernier, que ce soit pour le formalisme protecteur, les mentions obligatoires ou encore les clauses illicites ou abusives²⁷. Par ailleurs, même si ce n'est que lors de la réforme du contrat de construction de maison individuelle par la loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 qu'a été introduite la liste des clauses abusives de ce contrat, dès la mise en place de la loi Scrivener du 10 janvier 1978, la commission des clauses abusives s'est intéressée aux clauses contenues dans ces contrats²⁸. L'influence entre les deux réglementations est réciproque.

Cela dit, on trouve au sein du secteur protégé des obligations qui sont caractéristiques de la finalité de ces opérations de constructions et de l'équilibre recherché dans ces contrats. En validant ces techniques particulières de construction qui reposent sur une commande de chose future avec un versement anticipé de sommes d'argent avant l'achèvement, le législateur a entendu s'assurer que l'accédant qui se trouve ainsi particulièrement exposé aux conséquences d'une inexécution contractuelle, soit suffisamment protégé et que le contrat se réalise pleinement. C'est ainsi que le secteur protégé impose un échancier dès lors que des sommes d'argent sont avancées avant l'achèvement des travaux²⁹. Si les modalités de versement de ces sommes prévues au contrat ne correspondent pas aux indications impératives, la nullité du contrat est encourue. De même, les versements avant la signature du contrat ou contraires à l'échancier sont interdits³⁰ et exposent le professionnel à des sanctions pénales³¹. Pour

²⁶ Notons que la présence dans le contrat d'une telle clause n'entraîne pas l'anéantissement du contrat. Le contrat reste valable, mais il se trouve expurgé de la clause litigieuse

²⁷ Y-M. Serinet, « Clause abusive et réception dans le contrat de construction de maison individuelle », JCP G, n°25, 722.

²⁸ Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, « Droit de la promotion immobilière », Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2014, 9e éd., n° 597. Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, « La recommandation de la Commission des clauses abusives concernant le contrat de construction de maison individuelle », RD imm. 1981, p. 155.

²⁹ Par exemple pour la vente d'immeuble à construire, l'article R 261-14 prévoit que les paiements ou dépôts ne peuvent excéder au total : 35% du prix à l'achèvement des fondations ; 70% à la mise hors d'eau ; 95% à l'achèvement de l'immeuble.

³⁰ Voir par exemple, art. L. 261-12 CCH pour la vente d'immeuble à construire.

compenser le risque de non-réalisation de la construction, les textes imposent sous peine de nullité de l'acte que le professionnel souscrive une garantie permettant, en cas de défaillance, de financer l'achèvement de l'immeuble³².

II. L'efficacité ou appréciation de la protection de la partie faible dans les opérations de construction

Ces dernières années, les contrats spéciaux du droit de la construction ont été peu retouchés. Ce peut être le signe « ... que les différents contrats spéciaux de construction mis en place fonctionnent bien et qu'ils remplissent les objectifs que leur avait fixés le législateur »³³. Envisagée du seul point de vue de la protection de la partie faible par l'ordre public des contrats de construction, la question reste néanmoins posée (A) tant les enjeux poursuivis par le secteur protégé sont variés et la finalité recherchée, quelque peu différente de celle du droit de la consommation. Pour autant, c'est précisément cette différence entre ces deux régimes protecteurs qui interroge sur l'articulation entre eux et la possibilité d'appeler le droit de la consommation en soutien de la protection de la partie faible dans les contrats de construction (B)

A. La protection de la partie faible assurée par les seules règles du droit de la construction

La protection conférée par le droit spécial de la construction repose sur les actes. A chaque opération particulière correspond un ensemble de règles qui peu différer sensiblement d'un contrat à un autre mais qui, globalement, offre un degré de protection très proche. Chaque acte est lui-même conditionné par la réunion de plusieurs critères cumulatifs. On perçoit aisément les limites d'un tel système sur la protection des intérêts de l'accédant. Si l'opération n'entre pas dans les prescriptions de tel ou tel contrat du secteur protégé ou en l'absence d'un régime spécifique propre à une opération, seul le secteur libre sera applicable, c'est-à-dire un régime peu protecteur. L'efficacité de la protection de la partie faible a donc partie liée avec une couverture efficace du champ d'application du secteur protégé. Cela passe par une volonté du législateur d'étendre le régime protecteur à toutes les opérations de construction sensibles et par une interprétation large par le juge, des critères propres à chaque contrat.

Si elle ne s'est pas faite d'un coup de baguette magique, l'évolution du droit de la construction est marquée par une extension du champ d'application du secteur protégé aux nouvelles situations de vulnérabilité qui pouvaient apparaître du fait de l'évolution des techniques de construction imaginées par les praticiens ou des efforts de certains professionnels pour contourner le secteur protégé. Le législateur semble avoir remporté ce jeu du chat et de la souris. Il paraît aujourd'hui difficile pour un professionnel d'éviter le secteur protégé pour une opération de construction à usage d'habitation ou mixte sans s'exposer au risque de requalification de l'opération.

³¹ art. L. 263-1 CCH

³² Voir par exemple, art. L. 261-11 CCH, pour la vente d'immeuble à construire.

³³ H. Périnet-Marquet, art. préc.

Ce souci d'étendre la protection notamment pour rattraper les fraudeurs a parfois conduit à des conséquences inopportunes. C'est le cas de l'alinéa 3 de l'article L. 261-10 du CCH adopté pour mettre fin à une technique développée par les professionnels désireux d'éviter le régime impératif de la vente d'immeuble à construire et consistant à scinder l'opération de vente envisagée en deux opérations : une vente immobilière, suivi d'un contrat d'entreprise. Conscient de la manœuvre, le législateur a ajouté à l'article L.261-10 CCH un alinéa prévoyant que « Celui qui s'oblige à édifier ou à faire édifier un immeuble ou une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain à celui qui contracte l'obligation d'effectuer les versements ou les dépôts ci-dessus définis, doit conclure un contrat conforme aux dispositions de l'alinéa précédent ». En d'autres termes, dès lors que le professionnel procure directement ou indirectement le terrain, il ne peut conclure avec le propriétaire de ce terrain, un contrat d'entreprise. L'article L. 261-10 CCH l'oblige à proposer une vente d'immeuble à construire. S'il ne le fait pas, l'opération peut être requalifiée et la nullité prononcée.

A l'époque, l'intérêt pour les professionnels de contourner le secteur protégé était bien réel puisqu'ils pouvaient retrouver leur liberté et échapper aux contraintes techniques et financières qu'il représente. L'alinéa 3 de l'article L. 261-10 CCH avait du sens et la protection de l'accédant était ainsi assurée malgré l'incertitude des notions de procuration directe ou indirecte. Quelques années plus tard, le législateur a créé le CCMI, offrant une protection de même rang que celle de la VIC, pour les contrats d'entreprise qui ont pour objet une construction à usage d'habitation. Le professionnel n'avait donc plus d'intérêt à contourner, par le biais du contrat d'entreprise, le secteur impératif de la vente d'immeuble à construire puisqu'il se plaçait alors sous le régime du CCMI. C'était sans compter sur la possible maladresse des acteurs de l'immobilier. Il n'était pas rare que ces derniers, par inadvertance ou méconnaissance, ne fassent pas le bon choix et offre inutilement à l'accédant versatile, l'opportunité de sortir de l'opération. Le législateur est alors intervenu une nouvelle fois pour adoucir la rigueur du procédé en prévoyant que lorsque les parties ont conclu un CCMI et que le terrain a été fourni par ce constructeur seulement indirectement³⁴, les parties n'ont pas l'obligation de conclure une vente d'immeuble à construire. Cela dit, l'alinéa 3 de l'article L. 261 -10 CCH est toujours actif de sorte que lorsque le terrain a été procuré « directement »³⁵ par le professionnel qui s'engage à construire, le contrat demeure exposé à la nullité. Cette situation d'insécurité perdure encore aujourd'hui sans apporter de protection supplémentaire à l'accédant. Elle pouvait même, jusqu'à il y a peu, conduire à l'effet inverse.

En effet, alors que le mauvais choix d'un contrat par les parties était sanctionné par une nullité relative, à partir d'une jurisprudence critiquable, les juges ont retenu une nullité absolue

³⁴ La procuration indirecte peut s'entendre de la simple fourniture par le constructeur de renseignements au maître d'ouvrage sur l'existence d'un terrain à acquérir ou d'une liste de terrains à construire, CA Chambéry, 27 janvier 1998, Content c/ SA France Confort, JurisData n° 1998-041516.

³⁵ La procuration directe pourrait être caractérisé, lorsque le vendeur est lui même propriétaire du terrain ou lorsque le vendeur du terrain et le constructeur sont juridiquement liés parce que l'un est la filiale de l'autre, « Droit de la promotion immobilière », 8ème éd., p. 393, n° 394, Dalloz, 2009.

lorsque les contractants auraient dû choisir le contrat de VEFA du secteur protégé³⁶ au lieu d'une vente de droit commun, voire même d'un autre contrat du secteur protégé. La nature de cette nullité ne s'imposait pas comme une évidence puisque celle prévue par la disposition suivante, L. 261-11 CCH, pour omission d'une des mentions impératives, est relative.

En conséquences, cette nullité pour ne pas avoir conclu une VEFA pouvait être invoquée par les deux parties, en particulier par le promoteur-vendeur alors même qu'il était à l'origine de l'irrégularité³⁷. Ce qui avait pour effet de retourner contre l'accédant, des règles impératives qui étaient censées le protéger³⁸. Fort heureusement, par un arrêt récent, les hauts magistrats ont opéré un revirement de jurisprudence en décidant que la nullité encourue en cas de violation de l'article L. 261-10 CCH est une nullité relative de protection et non une nullité absolue³⁹. Il ne fait aucun doute que cette décision est rendue dans l'intérêt des acquéreurs puisque les hauts magistrats n'hésitent pas à affirmer dans leur solution que « ...la nullité d'ordre public encourue pour le non-respect des règles impératives régissant la vente d'immeuble à construire est relative, l'objet étant d'assurer la seule protection de l'acquéreur... ». Les juges se présentent ainsi comme les garants d'un secteur protégé qui se veut protecteur des intérêts de l'accédant.

Mais cette protection est loin d'être homogène par ailleurs. S'agissant, par exemple, des délais des actions en nullité, celui de l'article L. 261-10 CCH (VEFA)⁴⁰ est de cinq ans alors que l'article qui suis, L. 261-11 CCH, dispose que le manquement au formalisme doit être invoquée par l'acquéreur «... nécessairement avant l'achèvement des travaux ». Ce qui a pour conséquence de raccourcir singulièrement le délai pour agir.

Toujours dans le but d'améliorer la protection de l'accédant, le juge est très actif lorsqu'il s'agit de restituer à une opération sa qualification exacte comme l'illustre le contentieux des faux contrats de maîtrise d'œuvre. S'il s'avère que le maître d'œuvre a bien, selon les termes du contrat et/ou les conditions qui ont entouré la conclusion du contrat, la charge de la construction (c'est-à-dire la maîtrise de l'opération), la jurisprudence requalifie le contrat de maîtrise d'œuvre en contrat de construction de maison individuelle. C'est le cas d'un contrat de maîtrise d'œuvre conclu entre un maître de l'ouvrage et une société commerciale ayant fourni le plan et choisi les entreprises, même si les marchés de travaux ont été conclus directement entre le maître d'ouvrage et les entreprises intervenantes sur le chantier⁴¹.

A cette occasion, le juge n'hésite pas à développer son propre raisonnement. Bien que n'apparaissant pas explicitement dans les textes, le critère de la maîtrise globale de l'opération est présent en filigrane dans l'appréciation que les juges se font de l'opération litigieuse. L'idée est que l'accédant sera nécessairement en position de faiblesse face à un professionnel qui maîtrise tous les aspects de l'opération envisagée. On peut trouver une manifestation

³⁶ Cass. civ. 3, 5 décembre 1978, Bull. civ. III, n° 361, JCP N 1979, p. 149, note B. Stemmer ; RDI 1979, p. 222, obs. Groslière et Jestaz.

³⁷ Cass. civ. 3^e, 5 déc. 1978, RDI 1979. 222, obs. P. Jestaz ; Cass. civ. 3^e, 17 juill. 1996, n° 95-21.334, *COPRIM c/ SCRIM*, Bull. civ. III, n° 191, RDI 1996. 586, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin

³⁸ RDI 2018, p. 600, O. Tournafond, J-Ph Tricoire

³⁹ Cass. civ. 3^e 4 octobre 2018, n° 16-22.095, publié au Bulletin, D. 2018. 1969 ; RDI 2018, p. 600.

⁴⁰ Comme celui du CCMI.

⁴¹ CA Besançon 19 décembre 2007, Constr.-Urb. 2008, n° 58, obs. Sizaire.

légale dans la distinction entre les CCMI, celui avec fourniture de plan et celui sans fourniture de plan. Dans ce dernier, le régime allégé de la réglementation se justifie par la part de maîtrise que conserve le maître d'ouvrage dans l'opération de construction en faisant son affaire de la conception de l'ouvrage⁴².

On comprend moins en revanche la jurisprudence qui refuse de qualifier des travaux de rénovation lourde, de CCMI⁴³ alors qu'il est acquis que lorsqu'une vente immobilière s'accompagne de travaux de rénovation s'apparentant à une reconstruction, les parties doivent conclure une vente d'immeuble à construire⁴⁴. Le maître d'ouvrage se trouve ainsi sans protection en présence d'un professionnel qui maîtrise l'ensemble des opérations et alors même que les conditions récurrentes du secteur protégé - versement anticipé de sommes d'argent, ouvrage à usage d'habitation - sont réunies. Cette solution ne se trouve en cohérence, ni avec la philosophie qui anime les règles de construction à usage d'habitation, ni avec la protection de la partie faible. Ce qui explique que certains plaident pour la création d'un contrat de rénovation du secteur protégé⁴⁵.

Il serait excessif d'attribuer au seul juge les mérites de la protection de la partie faible dans les opérations de construction, comme en témoigne l'ordonnance du 3 octobre 2013 qui a mis fin à la pratique de la garantie intrinsèque d'achèvement dans le secteur protégé. Cette garantie autorisait auparavant le professionnel à se dispenser d'une réelle garantie (financière) lorsque la réunion de certaines conditions laissait espérer un dénouement heureux du contrat de construction. Le texte a mis fin à cette garantie, dangereuse pour l'accédant et peu appréciée des notaires, en rendant obligatoire la garantie extrinsèque aux opérations pour lesquelles la demande de permis de construire est déposée à compter du 1er janvier 2015.

B. La protection de la partie faible renforcée par le droit de la consommation

Dès lors que l'on recentre l'attention sur la partie faible, quelle que soit l'opération envisagée, se pose naturellement la question de l'applicabilité du droit de la consommation. Cette question est d'autant plus légitime que l'ordre public de protection des opérations de construction présente certaines failles pour le contractant vulnérable.

L'application en bloc du droit de la consommation aux opérations de construction est complexe et nécessiterait sans nul doute des adaptations⁴⁶. Il faudrait en premier lieu admettre que le bien immobilier est un bien de consommation. Passée cette difficulté qui n'est pas insurmontable, il deviendrait nécessaire de reconsidérer l'objet du secteur protégé : la construction à usage à la fois d'habitation et professionnel. En l'état, une opération de construction à usage mixte serait exclue du champ du droit de la consommation dès lors que le consommateur se définit comme « ... toute personne physique qui agit à des fins qui

⁴² Le contrat de construction d'une maison individuelle sans fourniture de plan, qualifié parfois de pseudo contrat de CCMI, est régi par les articles L. 232-1 et ss. CCH. Il se distingue du CCMI avec fourniture de plan par un régime moins contraignant.

⁴³ Cass. civ. 3, 20 mars 2013, pourvoi n° 11-27567.

⁴⁴ Par exemple, Cass. civ. 3, 7 janvier 2016, D. 2016. 130 ; « Les travaux sur existants », colloque 5 oct. 2000, RDI 2000. 417.

⁴⁵ V. Zalewski-Sicard, RDI 2014. 442.

⁴⁶ H. Périnet-Marquet, art. préc.

n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁴⁷. Par ailleurs, le droit de la consommation ne devrait pas être applicable, ni aux personnes morales, ni aux particuliers pour des opérations de construction à usage d'habitation destinées à être louées ou revendues. Seul le droit spécial de la construction le serait. Coexisteraient alors deux corps de règles protectrices. Et dans les cas où le droit de la consommation aurait vocation à s'appliquer, il faudrait se demander s'il peut se superposer, voire primer le droit spécial de la construction⁴⁸. Auquel cas, le consommateur immobilier se verrait privé des garanties d'achèvement. Ce qui n'est guère envisageable.

Ces quelques exemples montrent qu'une application aveugle du droit de la consommation aux opérations de construction par le biais de la notion de consommateur, pourrait produire des effets inattendus voire, à l'effet inverse à celui recherché en réduisant la protection de la partie faible dans les opérations de construction du secteur réglementé. Une telle application inviterait également à repenser l'équilibre voulu par le législateur à travers les règles du secteur protégé.

Pour autant, il apparaît évident que les hauts magistrats ne considèrent pas le droit de la construction comme étant cloisonné et imperméable aux influences du droit de la consommation. Les juges semblent plutôt favorables à l'intervention du droit de la consommation pour parfaire la protection de l'accédant, comme en atteste certaines décisions. Ainsi, récemment, les juges ont choisi de ne pas évincer le droit de la consommation, bien que l'opération relevait du secteur protégé, en faisant bénéficier l'acquéreur d'une vente d'immeuble à construire en VEFA, du court délai du droit de la consommation pour la prescription des actions en justice du professionnel contre le consommateur⁴⁹. Cela dit, dans cette affaire, le droit spécial ne prévoyait pas de délai particulier. Ce qui a fait dire aux juges que le délai de prescription prévu par l'article L. 218-2 du code de la consommation étant « de portée générale », il s'applique « en l'absence de dispositions particulières ». En effet, par ce raisonnement, on ne peut prétendre que le droit de la consommation chasse le droit spécial inexistant.

Les juges transposent également les techniques consuméristes aux opérations de construction du secteur réglementé. Dans une opération de VEFA conclue entre un professionnel et un non-professionnel, la Cour de cassation s'est fondée sur le caractère abusif, pour le refuser, d'une clause qui prévoyait une majoration du délai d'achèvement en cas d'intempéries et de défaillance d'une entreprise participant au chantier⁵⁰. Si on doutait d'une volonté des juges de chasser les clauses sur des opérations qui disposent de leur propre réglementation, certaines décisions lèvent toute ambiguïté. Récemment, les hauts magistrats ont reconnu aux juges le

⁴⁷ « Article préliminaire », code de la consommation, introduit par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014.

⁴⁸ H. Barbier, « Le droit de la consommation peut-il être un droit commun ? », RTD Civ. 2018 p.96

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2016, n° 14-29.612 ; JCP G, n°16, 470, note G. Paisant ; D. 2016. 477; v. déjà Aix-en-Provence, 17 déc. 2015, n° 13/20895 ; Toulouse, 4 avr. 2016, n° 12/05469 ; M. Poumarède, « Les contrats de construction et le droit de la consommation », RDI 2017. 8.

⁵⁰ Cass. civ. 3, 24 oct. 2012, n° 11-17.800 : JurisData n° 2012-023987 ; Bull. civ. 2012, III, n° 152.

pouvoir d'écarter une clause jugée abusive⁵¹ dans un CCMI alors même que la réglementation impérative d'un tel contrat prévoit une liste de clauses illicites⁵².

Comme évoqué précédemment, en raison du lien de filiation qui unit les deux corps de règles, cette pénétration du droit de la consommation n'est en réalité pas surprenante. Elle l'est d'autant moins que depuis la réforme du droit des contrats du 1er octobre 2016, la lutte contre les clauses abusives fait désormais partie du droit commun. L'article 1171 du code civil prévoit en effet 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'application mécanique du droit de la consommation à tous les contrats de construction conclus entre un consommateur et un professionnel, ne paraît pas souhaitable en raison des problèmes et incertitudes qui en découleraient et qui pourraient décourager les entrepreneurs ; modification de l'équilibre de la protection instituée par le secteur protégé, risque d'une protection moindre de l'accédant, cohabitation des régimes spécifiques, télescopage des dispositions ; et des questions qui devraient au préalable être réglées telles que la possibilité de superposer les régimes protecteurs ou reconsidérer le bien immobilier en tant que bien de consommation comme un autre. Pour autant, les juges devraient pouvoir continuer à appliquer le droit de la consommation lorsque le régime sécurisé du droit de la construction ne dit rien ou lorsqu'il n'existe aucun risque de conflit avec une disposition du secteur protégé, ce qui permettrait d'améliorer la protection de l'accédant en rapprochant son statut de celui du consommateur tout en conservant une prévisibilité contractuelle à laquelle sont attachés les acteurs de l'immobilier.

⁵¹ Cass. civ. 3., 6 mai 2015, n° 13-24.947, FS-P+B+I, Sté AST Groupe c/ X. : JurisData n° 2015-010267. La clause, jugée abusive comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, imposait une réception tacite du maître de l'ouvrage du fait de la prise de possession ; Y-M. Serinet, note précitée ; S. Le Gac-Pech, « Protection du consommateur - Haro sur les clauses abusives », JCP entreprises et affaires, n° 29, 1357 ; construction et urbanisme, n° 7-8, juillet 2015, commentaire, Ch. Sizaire.

⁵² art. L. 231-3 CCH ; rappro, la cour d'appel de Grenoble, dans une décision du 17 mars 1997 (*CA Grenoble, 2e ch. civ., n° 3930-95, SA Isère Construction Maisons MIKIT c/ UFC38*) a ainsi considéré comme abusives, dans un contrat de construction de maison individuelle, diverses clauses. La cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 18 septembre 2012 a considéré comme n'étant pas abusive la clause mandatant le constructeur pour désigner un professionnel chargé de l'assister lors de la réception (*CA Nancy, 1re ch. civ., 18 sept. 2012, n° 10/00361 : JurisData n° 2012-026300*)