



HAL
open science

LA VENTE D'IMMEUBLE À CONSTRUIRE (RAPPORT FRANÇAIS)

Marianne Faure-Abbad

► **To cite this version:**

Marianne Faure-Abbad. LA VENTE D'IMMEUBLE À CONSTRUIRE (RAPPORT FRANÇAIS). Hélène Boucard; Javier Lete; Ricardo Pazos; Eric Savaux; Rose-Noëlle Shütz. Les recodifications du droit de la vente en Europe, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, pp.611-628, 2021, 978-2-38194-004-5. hal-03467581

HAL Id: hal-03467581

<https://hal.science/hal-03467581v1>

Submitted on 2 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA VENTE D'IMMEUBLE À CONSTRUIRE (RAPPORT FRANÇAIS)

Marianne FAURE-ABBAD
Professeure à l'Université de Poitiers
Faculté de Droit et des Sciences sociales
Équipe de recherche en droit privé (ERDP, EA 1230)

1. Genèse. Le besoin de reconstruction consécutif aux destructions de la seconde guerre mondiale fit émerger la vente d'immeuble à construire comme outil principal de construction et de développement de la promotion immobilière, particulièrement pour la construction d'immeubles collectifs¹. À partir de l'ancien article 1130 alinéa premier du Code civil², selon lequel « *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* », la pratique imagina de vendre, « sur plans », un immeuble à construire en faisant participer l'acquéreur au financement du programme, par le versement de fractions de prix correspondant aux droits acquis sur le sol et sur les ouvrages réalisés au fur et à mesure du chantier³. Venue de la pratique et consacrée par la loi du 3 janvier 1967⁴, la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur prend l'engagement de construire un immeuble en même temps qu'il transfère des droits réels immobiliers à l'acquéreur. Les textes qui la régissent se trouvent dans le Code civil pour le régime commun à toutes les ventes d'immeuble à construire et dans le Code de la construction et de l'habitation pour celles qui portent sur la construction d'immeubles ou parties d'immeubles à usage d'habitation ou à usage mixte, professionnel et d'habitation – ce qu'on appelle le secteur protégé.

1 Pour l'évolution historique et tant d'autres choses sur la vente d'immeuble à construire : M. DAGOT, *La vente d'immeuble à construire*, Litec 1983, spéc. n° 5 et s.

2 Aujourd'hui art. 1163.

3 La commercialisation des programmes de construction immobilière était ainsi plus facile qu'avec la société de construction attribution régie par l'ancienne loi du 28 juin 1938 : dans ce système sociétal, l'accession à la propriété s'opère par l'acquisition de la qualité d'associé avec les prérogatives et les obligations correspondantes ; du point de vue commercial, il est plus attractif de vendre un immeuble à construire que de céder des parts sociales donnant droit à l'acquisition d'un appartement en jouissance puis en propriété à la dissolution de la société.

4 Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

2. Rayonnement. La vente d'immeuble à construire, et sa figure principale qu'est la vente en état futur d'achèvement⁵, fut un succès que des années de pratique n'ont jamais démenti : lors du cinquantième anniversaire de la loi du 3 janvier 1967 on louait encore la « vigueur », la « vitalité » et la « fraîcheur » de cette « Grande loi » qui institua la vente d'immeuble à construire⁶. Sa place dans le droit de la construction est toute particulière : premier contrat réglementé du secteur, la vente d'immeuble à construire a participé au développement de la discipline et inspiré la physionomie des contrats de construction réglementés après elle, au point de « nourrir le droit moderne de la promotion immobilière »⁷, y compris à l'étranger⁸.

3. Économie du contrat. La vente d'immeuble à construire s'adresse à celui qui souhaite accéder à la propriété sans détenir de droit réel immobilier sur un terrain ; elle partage avec la jeune vente d'immeuble à rénover⁹ un effet translatif de droit immobilier : l'acquéreur acquiert les droits sur le sol et la propriété des constructions existantes par le seul effet du contrat¹⁰. Elle se sépare du contrat d'entreprise par l'effet translatif qu'elle emporte, mais elle se distingue de la vente par l'imposante part d'entreprise qu'elle contient : la construction d'un immeuble.

4. Perspectives. L'ouvrage auquel cet article contribue invite à interroger la vente d'immeuble à construire dans une double perspective : celle de l'influence de la vente de droit commun comme modèle d'une part et celle d'une recodification du modèle d'autre part. La vente du Code civil, celle des articles 1582 et suivants, sert-elle de modèle à la vente d'immeuble à construire qui en serait une figure, spéciale mais filiale, ou bien la « sur-spécialisation » de cette vente emporte-t-elle suffisamment d'infléchissements et de déformations pour constituer son propre modèle ?

L'analyse montrera que la part d'entreprise dans la vente d'immeuble à construire est telle que les distances avec le modèle de la vente du Code civil sont flagrantes. Schématiquement, le vendeur cède la propriété d'un sol sur lequel tout reste à faire pour satisfaire l'acquéreur et délivrer la chose promise. Au jour de la conclusion du contrat, et seulement si la vente est conclue en état futur d'achèvement plutôt qu'à terme, l'acquéreur devient propriétaire du sol et des

5 La loi du 3 janvier 1967 a institué deux formes de vente d'immeuble à construire, la vente en l'état futur d'achèvement et la vente à terme, laquelle n'est jamais utilisée.

6 J.-Ph. TRICOIRE, « Propos introductifs », in *Le droit de la promotion immobilière, 50 ans après la loi du 3 janvier 1967* (dir. J.-Ph. TRICOIRE), Dalloz Thèmes et commentaires, 2017, p. 6. Adde M. POUMARÈDE, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP éd. N*, étude n° 1242, p. 22 et s.

7 E. GAVIN MILLAN OOSTERLINCK, « La multiplication des contrats de la promotion immobilière et l'extension du secteur protégé », in *Le droit de la promotion immobilière, 50 ans après... préc.*, p. 7 et s ; M. POUMARÈDE, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC... », préc. spéc. n° 16.

8 Au Maroc : loi n° 44-00 du 3 octobre 2002 ; en Belgique : loi Breyne du 9 juillet 1971 modifiée en 1993 ; au Luxembourg : loi du 28 décembre 1976.

9 Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, art. 80.

10 Dans la vente d'immeuble à rénover, l'acquéreur acquiert la propriété d'un immeuble bâti que le vendeur s'engage à rénover.

constructions qui s'y trouvent déjà ; pour autant l'immeuble qu'il souhaite acquérir n'existe pas encore ou se trouve seulement à l'état de chantier. Les particularismes de la vente d'immeuble à construire apparaissent aussi au regard de la vente immobilière. Si la vente sur plans est bien une vente d'immeuble, elle n'en suit pas tout le régime¹¹. Certes elle doit être publiée au service de la publicité foncière puisqu'elle transfère des droits réels immobiliers ; certes elle doit s'articuler avec le statut de la copropriété lorsqu'elle porte sur un futur lot de copropriété ; certes elle doit respecter un délai de rétractation/réflexion lorsqu'elle a pour objet un bien d'habitation vendu à un acquéreur non professionnel. Pour autant seule la vente sur plans fait du vendeur le débiteur d'une obligation de construire et des garanties décennale et biennale qui l'accompagnent ; seule la vente sur plans fait du vendeur le garant des vices et défauts de conformité apparents ; seule la vente sur plans fait du vendeur le maître d'ouvrage de l'immeuble à construire.

5. La vente d'immeuble à construire est un contrat très spécifique dont le régime va de la vente à l'entreprise¹² et dont le modèle est finalement assez différent de celui de la vente qui lui donne pourtant une partie de son nom (I) ; elle représente elle-même un modèle pour les contrats du secteur de la construction immobilière dont l'âge avancé, à l'échelle de la discipline, justifie qu'on interroge ses perspectives d'évolution (II).

I. ENTRE LA VENTE ET L'ENTREPRISE, UNE « VENTREPRISE »¹³

6. Aux termes de l'article 1601-1 du Code civil, « *La vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ». Elle est donc une vente immobilière dans laquelle le vendeur s'oblige à une prestation d'entreprise consistant dans la construction d'un immeuble. Si la part de vente est prédominante dans la qualification du contrat (A), son régime suit de près celui du contrat d'entreprise de construction immobilière (B).

A. La prédominance de la vente dans la qualification du contrat

7. Bien que la qualification de vente se soit imposée au regard du transfert immobilier opéré par le contrat (1), l'obligation de construire reste fondamentale pour distinguer la vente d'immeuble à construire des autres ventes immobilières (2).

11 Des ouvrages consacrés à la vente immobilière se font très discrets sur la vente d'immeuble à construire, sans doute parce que ses particularismes rendent difficile son intégration dans une sorte de droit commun des ventes immobilières. V. *Droit de la vente immobilière*, sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL, Dalloz référence 2019/2020.

12 Pierre CAPOULADE, qui avait participé à l'élaboration de la loi du 3 janvier 1967 décrivait en ces termes le contrat lors des 40 ans de la loi : la vente d'immeuble à construire est « un contrat spécifique, mixant le contrat de vente et le contrat d'entreprise » : *in Les 40 ans de la vente d'immeuble à construire*, « Introduction », Lamy Droit immobilier, n° 150, septembre 2007.

13 V. déjà utilisant l'expression, V. ZALEWSKI-SICARD, « Réflexions sur les aménagements à apporter aux dispositions relatives à la vente d'immeuble à construire », *JCP N* 2017, étude 1245, p. 55 et s.

1. Le caractère prééminent du sol

8. Ouvrage et fourniture de la matière. Vente ou entreprise ? Ce fut une question discutée que celle de la qualification à donner au cas où l'entrepreneur fournissait la matière de l'ouvrage, tel l'ébéniste façonnant un meuble avec son bois ou l'architecte édifiant sur un terrain de sa propriété. Fallait-il y voir un louage d'ouvrage ou bien la vente d'une chose future, ce qu'il fallait déterminer pour décider d'appliquer ou non les articles 1793 et 1794 du Code civil relatifs au marché à forfait¹⁴. Selon Merlin, Justinien « *dit qu'on doute si certains contrats sont contrats de vente ou contrats de Louage* », et que pour les discerner il faut appliquer cette règle : « *Quand c'est l'ouvrier qui a fourni la matière, c'est un contrat de vente ; si, au contraire, on a fourni à l'ouvrier la matière de l'ouvrage dont on l'a chargé, c'est un contrat de louage* »¹⁵.

9. Chez Domat, on voit nettement poindre l'importance de la propriété du terrain d'assiette de la construction dans la qualification du contrat : « *Si un architecte qui entreprend un bâtiment se charge de fournir les matériaux, ce sera un louage, et non une vente, bien qu'il semble vendre ses matériaux. Car outre que la principale obligation est de donner sa conduite pour le bâtiment, il ne vend pas le fonds dont le bâtiment n'est qu'un accessoire* »¹⁶. Si l'architecte construit sur le terrain du client, le contrat est un louage pour cette raison dit Domat, qu'il ne vend pas le fonds ; ce n'est pas loin de dire que le contrat serait une vente si l'architecte construisait sur un terrain qu'il vend...

10. Chez Pothier aussi, le contrat ne cesse pas d'être un louage si le bâtisseur, avec ses matériaux, construit sur le terrain du maître « *parce que le terrain que je fournis pour y construire la maison est ce qu'il y a de principal dans une maison, quum oedificium solo cedat* »¹⁷ ; en revanche « *il en serait autrement si j'avais eu convention avec un architecte qu'il me bâtirait une maison sur son propre terrain, suivant un devis, dont il me mettrait en possession pour un certain prix lorsqu'elle serait bâtie. L'architecte, dans cette espèce, construisant une maison sur son propre terrain, cette convention ne serait pas un contrat de louage, mais un contrat de vente que cet architecte me ferait de la maison lorsqu'elle serait bâtie. Il n'y a pas encore de chose vendue, c'est venditio rei futurae* »¹⁸.

11. Troplong et Duvergier s'opposèrent sur la question¹⁹ : le second y voyait un louage²⁰ tandis que le premier retenait une vente, une « *vente conditionnelle,*

14 M FAURE-ABBAD, « Le marché à forfait, une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil », in *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ, 2013, p. 553.

15 P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° Louage.

16 J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, P. AUBOUIN, P. EMERY et C. CLOUZIER, seconde édition, 1697, Livre I, Titre IV Du louage, Section VII, § IV.

17 R.-J. POTHIER, *Œuvres, Traité du louage*, Bugnet, tome 4, 1847, n° 394.

18 R.-J. POTHIER, *Traité du louage, op. cit.*, n° 433.

19 Pour une autre de leurs querelles, relative à la distinction du mandat et du louage d'ouvrage, V. M. FAURE-ABBAD, « La prestation de service gratuite », in *La gratuità negli atti negoziali*, XVI Giornate di studio Roma Tre – Poitiers, Jovene ed. Napoli 2019, p. 153.

20 J.-B. DUVERGIER continuant C.-B.-M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code, Section III Des devis et marchés*, sommaire § 335 et s.

comme sont toutes les ventes de choses futures »²¹. Mais le contrat qui les occupait n'était pas la vente en état futur d'achèvement qu'on pratique aujourd'hui ; il s'agissait de vendre la maison *une fois bâtie*, d'où le caractère de vente conditionnelle relevé par Troplong. Dans la vente d'immeuble à construire, l'on vend une maison à *bâtir*, ce pourquoi on charge le vendeur d'une obligation de construire. Il ne peut s'agir d'une vente conditionnelle ; soit les obligations sont immédiatement exigibles comme dans la vente en état futur d'achèvement, soit la vente est à terme et le paiement du prix et le transfert de propriété sont reportés à l'achèvement de l'immeuble.

12. Attraction du sol. De ces discussions il est resté la règle que les contrats de construction immobilière sont des ventes ou des louages d'ouvrage en fonction de la propriété du sol. Si le constructeur construit sur le sol du client, il y a louage d'ouvrage alors même qu'il fournirait tous les matériaux ce qui est le cas le plus fréquent ; la réalisation de l'ouvrage l'emporte sur la vente des matériaux. Mais le contrat est une vente si le constructeur fournit le terrain car le sol est alors ce qu'il y a de principal dans l'opération ; la vente du sol l'emporte sur la construction de l'immeuble. Cette prééminence justifie la qualification de vente retenue pour l'opération complexe que réalise le vendeur d'immeuble à construire : « *Ce qui joue un rôle fondamental, c'est le terrain, écrit Michel Dagot. C'est ce en quoi la vente d'immeuble à construire, en tant que vente de chose future, se différencie fondamentalement de toute vente mobilière à construire. Le terrain préexiste et, normalement, il préexiste dans le patrimoine du vendeur. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la vente intervienne immédiatement avec obligation pour le vendeur d'édifier la construction. Au moins au regard du terrain, il y a une vente indiscutable et indiscutée* »²². Le législateur de 1967 a donc codifié la vente d'immeuble à construire dans un chapitre dédié du titre *De la vente* dans le Code civil.

13. Déterminant pour classer le contrat dans la catégorie des ventes, le transfert des droits sur le sol est cependant insuffisant pour identifier la vente d'immeuble à construire au sein des ventes immobilières. C'est singulièrement la prestation d'entreprise qui constitue l'obligation fondamentale de la vente d'immeuble à construire, au sens où elle en constitue la pièce essentielle²³ et permet sa qualification.

2. L'obligation de construire, critère de qualification

14. Essentialia. L'obligation de construire est essentielle à la vente d'immeuble à construire parce qu'il n'existe pas de vente d'immeuble à construire sans obligation d'édifier à la charge du vendeur. Et cette obligation n'est pas accessoire comme peuvent l'être les prestations de service qui accompagnent certaines ventes ; elle relève de ces « *choses qui sont de l'essence du contrat* » dans la

21 R.-T. TROPLONG, *De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du Code civil, tome III, 1859, n° 976.*

22 M. DAGOT, *La vente d'immeuble à construire préc.*, n° 152.

23 Au sens de Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz 1985, p. 273. Sur la pluralité des définitions et des utilités de l'obligation essentielle, V. Ch. DESLAURIERS-GOULET, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, 2014, 55 (4), p. 923-950. <https://doi.org/10.7202/1027854ar>.

classification de Pothier, à défaut desquelles « *ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »²⁴. Elle commande la qualification du contrat et le singularise au sein de la catégorie des ventes immobilières : n'est pas une vente d'immeuble à construire la vente « clefs en main » dans laquelle l'immeuble, futur à peine terminé, est vendu après son achèvement ; n'est pas non plus une vente d'immeuble à construire celle d'un immeuble inachevé dans laquelle l'acquéreur fait son affaire de l'achèvement. C'est aussi par l'obligation de construire que la vente d'immeuble à construire se différencie de la vente d'immeuble à rénover qui porte sur un immeuble déjà bâti sur lequel une rénovation est promise²⁵ ; mais si les travaux, par leur importance, confinent à une restructuration complète²⁶ assimilable à une reconstruction, la vente d'immeuble à construire s'imposera dans le secteur du logement²⁷.

15. Exécution échelonnée. Comme l'obligation de construire s'étire nécessairement dans le temps, les ventes d'immeuble à construire sont par définition des contrats à exécution échelonnée ; au contraire, le modèle de la vente de droit commun est plutôt un contrat à exécution instantanée. Si la vente en général ne s'étire dans le temps que si les parties conviennent d'en retarder ou d'en fractionner les effets, la vente d'immeuble à construire n'est jamais à exécution immédiate : l'obligation de construire s'exécute toujours progressivement, elle passe par une succession de phases et s'inscrit dans le temps du chantier. Dans la vente en état futur d'achèvement, ce sont d'ailleurs toutes les obligations principales qui sont à exécution successive puisque l'acquéreur paie le prix au fur et à mesure de l'avancement des travaux (art. 1601-3 C. civ.).

B. La dominance de l'entreprise dans le régime du contrat

16. Du régime de la vente, la vente d'immeuble à construire prend tout ce qui intéresse l'effet translatif de propriété et l'obligation de délivrance conforme : capacité des parties à disposer, publicité foncière, garantie d'éviction, obligation de délivrance permettant la prise de possession, garantie de contenance²⁸. Pour le reste, et singulièrement quant à la garantie des défauts, la vente d'immeuble à construire emprunte beaucoup au régime du louage de construction immobilière. On s'en convaincra à propos des défauts apparents (1) et des défauts cachés (2).

1. Une garantie des vices et défauts de conformité apparents

17. Une garantie exceptionnelle dans la vente. Alors qu'en principe « *le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* » (art. 1642 C. civ.), le vendeur d'immeuble à construire doit garantir l'acheteur des vices et défauts de conformité apparents affectant l'immeuble livré

24 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Œuvres de Pothier, tome I, publié par M. Siffrein, 1821, n° 6, p. 82. Paris, Masson, 1883, n° 6, p. 5.

25 Article L. 262-1 CCH.

26 Art. R. 262-1 CCH.

27 Dans le secteur libre, les modèles du Code civil (VEFA ou vente à terme) ne sont jamais impératifs.

28 Sur cette garantie, v. *infra*. n° 32 et s.

(art. 1642-1). Dans le droit de la vente, cette garantie fait figure d'exception dérogatoire au droit commun qui s'explique par la nature particulière du contrat : à la différence de l'acheteur clefs en main qui s'engage en connaissance des éventuels vices et défauts apparents de l'immeuble acquis, qu'il a pu ou qu'il a dû visiter au préalable, l'acheteur d'un immeuble à construire conclut la vente à la seule vue des plans, sans pouvoir examiner la chose qu'il achète laquelle n'est, par définition, pas achevée au moment où il conclut le contrat. La loi de 1967 l'a donc doté, de manière maladroite et indirecte²⁹, d'une garantie pour remédier aux vices ou défauts de conformité qu'il découvrirait lors de la livraison ou durant le premier mois³⁰. La vente d'immeuble à rénover, que la loi a organisée sur le modèle de la vente en état futur d'achèvement, connaît aussi une garantie des vices et défauts de conformité apparents pour les travaux de rénovation³¹.

18. Parenté avec la garantie de parfait achèvement. La garantie des vices et défauts de conformité apparents emprunte au droit du contrat d'entreprise de construction immobilière : à l'instar du maître d'ouvrage qui dispose d'une garantie de parfait achèvement pour les désordres de toute nature qu'il aura réservés lors de la réception des travaux³², l'acheteur sur plans dispose d'une garantie pour les vices et défauts « têt apparus »³³. Même si le champ de la garantie de parfait achèvement est plus large³⁴, elle partage avec la garantie des vices et défauts de conformité apparents le même souci d'assurer le parachèvement du bien construit : s'il reste des défauts au moment de la prise de possession, les constructeurs vendeurs comme entrepreneurs doivent y remédier.

19. Articulation des garanties. En pratique les deux garanties se combinent au bénéfice du vendeur d'immeuble à construire : pour garantir le vice ou défaut apparent dont l'acquéreur l'aura saisi, le vendeur mettra en jeu la garantie de parfait achèvement dont il est créancier en sa qualité de maître de l'ouvrage³⁵. La mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement lui permet ainsi de faire réparer le vice et d'échapper à la résolution de la vente ou à la diminution du prix auxquelles l'expose l'article 1642-1, al. 2 du Code civil.

29 L'article 1642-1 prévoit les conditions pour que le vendeur soit déchargé de la garantie sans formuler au préalable l'existence de la garantie.

30 Sur le délai d'un mois de l'article 1642-1 et sa nature : M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction*, 3^{ème} éd., 2016, n° 955 et s.

31 Art. L. 262-3, al. 2.

32 Art. 1792-6, al. 2 et s.

33 Selon l'expression de M. DAGOT, préc. n° 1258.

34 La garantie de parfait achèvement s'étend également aux désordres cachés à la réception et qui sont signalés dans l'année.

35 Le vendeur d'immeuble à construire conserve les pouvoirs de maître d'ouvrage par décision de la loi dans la VEFA (art. 1601-3 al. 2) et parce qu'il reste propriétaire jusqu'à l'achèvement dans la vente à terme. Mais cette action récursoire ne sera pas toujours recevable car la garantie de parfait achèvement expire plus tôt que la garantie des vices et défauts de conformité apparents : M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction* préc. n° 897.

2. Une garantie bienno-décennale exclusive de la garantie des vices cachés

20. Vendeur constructeur. Aux termes de l'article 1646-1 du Code civil, « *Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code* ». Le vendeur d'immeuble à construire est ainsi débiteur de la garantie décennale qui couvre les désordres les plus graves de l'ouvrage et de la garantie biennale pour le défaut de fonctionnement des éléments d'équipement dissociables. Même si ce texte ne dit pas expressément qu'il est un constructeur, et bien qu'il ne figure pas non plus dans la liste des constructeurs de l'article 1792-1, le vendeur d'immeuble à construire est assurément un constructeur d'ouvrage dans la mesure où le Code dit clairement qu'il « *s'oblige à édifier un immeuble* » (art. 1601-1)³⁶. À ce titre, il doit souscrire une assurance de responsabilité décennale³⁷. En pratique il est souvent un constructeur « non réalisateur », une société de construction vente constituée par un promoteur pour la réalisation d'un programme qui sera réalisé techniquement par des entrepreneurs sous louages d'ouvrage. Le vendeur d'immeuble à construire demeure néanmoins juridiquement un constructeur puisque cette qualité est attachée à l'obligation de construire³⁸ contractée à l'égard du maître ou de l'acquéreur de l'ouvrage, ce qui explique qu'un entrepreneur de construction reste constructeur même s'il sous-traite l'intégralité de son marché.

21. Garant relai. Le vendeur d'immeuble à construire n'est pas seulement débiteur des garanties décennale et biennale ; conservant la maîtrise d'ouvrage jusqu'à la réception des travaux, il en est aussi le créancier sur le fondement des contrats d'entreprise qu'il a passés avec les constructeurs réalisateurs. Assigné en garantie décennale par le propriétaire de l'immeuble, il pourra donc exercer une action récursoire ou un appel en garantie contre les constructeurs concernés par le désordre. Cela fait du vendeur d'immeuble à construire un garant relai : sa responsabilité décennale peut être engagée par l'acquéreur mais, créancier lui-même de l'obligation de construire dans ses rapports avec les entrepreneurs de construction, il pourra reporter sur eux – et sur leurs assureurs – le poids final de la réparation. L'action récursoire qu'il peut exercer contre les entrepreneurs peut cependant échouer sur leur insolvabilité, s'ils ne sont pas assurés.

22. Exclusion de la garantie des vices cachés. La soumission du vendeur d'immeuble à construire à la responsabilité spécifique des constructeurs s'accompagne d'une exclusion de la garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil³⁹. Vendeur et constructeur, il aurait pu devoir cumulativement

36 AUBRY et RAU avaient déjà envisagé la possibilité de soumettre à la responsabilité décennale de l'article 1792 du Code civil l'entrepreneur construisant sur son propre terrain la maison qu'il entend vendre une fois faite : *Cours de droit civil français d'après Zachariae*, tome 3, 3^e éd., 1856, § 374, note 2, p. 381.

37 Art. L. 241-1 et L. 241-2 C. ass.

38 Ou de faire construire pour le promoteur immobilier (art. 1831-1 C. civ.).

39 Cass. civ. 3^eme, 11 décembre 1991, Bull. civ. III, n° 317, pourvoi n° 90-15469, D. 1993. 358, obs. F. MAGNIN. La jurisprudence est constante.

l'une et l'autre de ces garanties à l'exemple de celui qui vend, après achèvement, l'ouvrage qu'il a construit ou qu'il a fait construire.

23. Vendeur après achèvement. Pour ce dernier, la Cour de cassation décide que l'action en garantie décennale qu'il doit en application de l'article 1792-1, 2° qui fait de lui un constructeur d'ouvrage, n'est pas exclusive de l'action en garantie des vices cachés de droit commun de l'article 1641 du Code civil⁴⁰. Dans le cas d'une vente après achèvement, le maintien de la garantie des vices cachés est capital pour offrir une action à l'acquéreur qui achèterait l'ouvrage plus de 10 ans après sa réception : si le vendeur après achèvement ne devait que la garantie décennale, l'acquéreur d'un ouvrage de plus de dix ans serait privé de toute garantie. À l'inverse, l'ouverture d'une garantie décennale contre ce vendeur qui pourtant ne contracte aucun engagement de construire – il vend après achèvement – est opportune pour éviter que les lots d'un même programme immobilier ne soient soumis à des garanties différentes selon qu'ils sont vendus en état futur d'achèvement (garanties spécifiques des constructeurs) ou après l'achèvement du programme (garantie du vendeur)⁴¹. À défaut, et dans ses rapports avec le vendeur, l'acquéreur en VEFA bénéficierait d'une garantie de 10 années couverte par une assurance obligatoire, alors que son voisin de palier ayant acheté clefs en main une queue de programme ne disposerait que de la garantie des vices cachés, sans assurance obligatoire ; en outre sa mise en œuvre suppose la preuve d'un vice contemporain de la vente, là où la garantie décennale repose sur la nature du dommage et n'exige pas la recherche de sa cause⁴².

24. Particularisme de la vente d'immeuble à construire. Pour le vendeur d'immeuble à construire, sa qualité de constructeur l'emporte sur celle de vendeur et exclut la garantie des vices cachés au profit de l'application des responsabilités spécifiques des constructeurs. La solution est commandée par le particularisme de la vente d'immeuble à construire dont la conclusion précède la construction, à tout le moins l'achèvement ; comment dans ces conditions garantir les vices antérieurs à la vente ? La mise en jeu de la garantie des vices cachés de l'article 1641 C. civ. serait impossible. L'obligation de construire dont se charge le vendeur doit donc s'accompagner de la garantie des travaux accomplis *depuis* la conclusion de la vente⁴³.

40 Cass. civ. 3^e, 17 juin 2009, *Bull. civ.* III, n° 143, pourvoi n° 08-15503 ; 2 mars 2005, n° 03-16.561, *Bull. civ.* III, n° 49 ; 11 mai 2010, pourvoi n° 09-13358. *Adde* Cass. civ. 3^e^{me}, 5 janvier 2017, pourvoi n° 15-12605, à paraître au bulletin.

41 Ce pourquoi l'article L. 261-9 CCH dispose : « Lorsque l'un quelconque des locaux composant un immeuble a été vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement, la vente, après achèvement, d'un local compris dans cet immeuble est assujettie aux dispositions de l'article 1646-1 du code civil, reproduit à l'article L. 261-6 du présent code. Toutefois, l'action éventuellement née en application dudit article ne peut être exercée par les acquéreurs successifs qu'à l'encontre du vendeur originaire. »

42 Cass. civ. 3^e^{me}, 1^{er} décembre 1999, *Bull. civ.* III n° 230, pourvoi n° 98-13.252.

43 En ce sens. G. DURAND-PASQUIER, « Le vendeur-constructeur dans la vente d'immeuble à construire », *Actes pratiques & Ingénierie immobilière*, juill.-août-sept. 2015, étude 24 : « au jour de la vente, ce que transmet notre vendeur-constructeur ce ne sont bien souvent que des fondations, des tantièmes de terrain et une construction simplement future, dont il serait bien délicat de savoir si à ce jour elle pouvait ou non être entachée du vice ensuite révélé ».

25. Responsabilité pour les dommages intermédiaires. Poursuivant l'œuvre législative qui a exporté dans la vente d'immeuble à construire la garantie décennale historiquement attachée au louage d'ouvrage, la Cour de cassation soumet également le vendeur-constructeur à la responsabilité contractuelle de droit commun relativement aux dommages intermédiaires⁴⁴. Ces solutions manifestent assez clairement la volonté de la troisième chambre civile de rattacher la vente d'immeuble à construire au droit de la construction plus qu'au droit de la vente. Tenu d'édifier l'immeuble promis au contrat, le vendeur d'immeuble à construire en garantit les défauts comme un constructeur, non comme un simple vendeur.

26. Un modèle pour les contrats de construction. La vente d'immeuble à construire a inspiré tous les contrats de construction qui ont émergé après elle pour réglementer le secteur protégé du logement : le formalisme de ses mentions obligatoires permettant d'assurer le consentement éclairé de celui qui acquiert sur plans, l'exigence d'une garantie financière et d'un échelonnement réglementé du paiement du prix, se retrouvent dans le contrat de construction de maison individuelle, le contrat de promotion immobilière et la vente d'immeuble à rénover. La vente en état futur d'achèvement est le modèle historique des contrats de construction, modèle que l'époque invite néanmoins à interroger : les dates anniversaires⁴⁵, la réforme actée du droit des contrats⁴⁶, celle espérée des contrats spéciaux⁴⁷, les ajustements opérés par la loi ELAN⁴⁸ sont autant d'occasions de discuter des perspectives d'évolution de la vente d'immeuble à construire⁴⁹.

44 Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 08-22.062, *Bull. civ.* III, n° 148, *RDI* 2010. 559, obs. O. TOURNAFOND. Ces dommages sont appelés « intermédiaires » parce qu'ils n'ont pas une gravité suffisante pour relever de la garantie décennale et n'entrent pas non plus dans le champ de la garantie biennale réservée aux défauts de fonctionnement des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage immobilier.

45 *La vente d'immeuble à construire, questions actuelles*, actes du colloque organisé par l'Association française de droit de la construction, *RDI* 2012 à l'occasion des 45 ans de la loi du 3 janvier 1967 ; *Le droit de la promotion immobilière, 50 ans après la loi du 3 janvier 1967* (dir. J.-Ph. TRICOIRE), Dalloz Thèmes et commentaires, 2017.

46 Ch. GIJSBERG, « Les ventes d'immeuble à construire ou à rénover au prisme de la réforme du droit des obligations », in *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats* (dir. M. FAURE-ABBAD), Presses universitaires juridiques Poitiers/LGDJ, 2018, p. 49 ; G. DURAND-PASQUIER et O. HERRNBERGER, « Vente d'immeubles à construire et réforme du droit des contrats », *JCP N* 2017, 1243 ; M. FAURE-ABBAD, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* » (dir. L. ANDREU et M. MIGNOT), Institut Universitaire Varenne 2017, p. 147 et s.

47 M. POUMARÈDE, « La vente immobilière au prisme de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », in *Responsabilité civile, contrats spéciaux, sûretés : l'impact des réformes à venir sur le droit immobilier et de la construction*, actes du colloque organisé par l'AFDC, Paris 25 octobre 2017, *RDI* 2017, p. 560.

48 M. FAURE-ABBAD, « L'impact de la loi Elan sur les contrats spéciaux de construction immobilière », in *L'impact de la loi Elan sur le droit de la construction et de l'immobilier*, actes du colloque organisé par l'Association française pour le droit de la construction et de l'immobilier (AFDCI), Paris, 13 novembre 2018, *RDI* 2019, p. 4.

49 V. ZALEWSKI-SICARD, « Réflexions sur les aménagements à apporter aux dispositions relatives à la vente d'immeuble à construire », *JCP N* 2017, étude 1245, p. 55 et s.

II. LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DE LA VENTE D'IMMEUBLE À CONSTRUIRE

27. Des pistes d'évolution sont possibles tant pour le droit commun des ventes d'immeuble à construire, celui du Code civil (A), que pour le droit très spécial du Code de la construction et de l'habitation applicable aux ventes du secteur protégé (B).

A. Le droit commun des ventes d'immeuble à construire

28. Les réflexions porteront sur le modèle (1) et son régime (2).

1. Réflexion sur le modèle

29. **Un constructeur à part entière.** Il nous semble qu'une première réflexion devrait être menée à propos du modèle de la vente d'immeuble à construire, parce qu'il existe une dissonance entre ce que disent les textes et ce que décident les juges. Tel que la loi du 3 janvier 1967 a rédigé l'article 1601-1 du Code civil, le vendeur d'immeuble à construire est un constructeur d'ouvrage puisqu'il est débiteur d'une obligation de construire. Il serait donc déjà opportun de l'inclure dans la liste des constructeurs de l'article 1792-1, aux côtés du vendeur après achèvement d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire qui s'y trouve déjà, ~~voire même à sa place puisque ce dernier ne s'engage à aucune espèce d'obligation de construire.~~ Ensuite, la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs pour les dommages intermédiaires fait l'objet d'une bienveillance pour le vendeur d'immeuble à construire qui n'est pas conforme à sa qualité de constructeur.

30. **Une responsabilité anormalement allégée pour les dommages intermédiaires.** Tenu de l'obligation d'édifier l'immeuble promis (art. 1601-1), le vendeur d'immeuble à construire devrait répondre des dommages intermédiaires à l'égard de son acquéreur de la même manière que les entrepreneurs constructeurs à l'égard de leur maître d'ouvrage. L'obligation de construire inhérente à la vente d'immeuble à construire n'est pas différente de celle comprise dans le louage d'ouvrage immobilier : il s'agit toujours de construire un immeuble conforme au contrat et aux règles de l'art ; le mode d'exécution de l'obligation de construire est indifférent : par le biais de louages d'ouvrage conclus par le vendeur ou bien directement par le vendeur s'il est lui-même entrepreneur de construction. La vente d'immeuble à construire n'étant pas réservée aux sociétés de promotion immobilière, la construction peut bien être réalisée, en tout ou en partie, par un architecte ou un entrepreneur proposant de vendre un immeuble à construire sur un terrain lui appartenant. Pourtant, la troisième chambre civile de la Cour de cassation subordonne la responsabilité du vendeur d'immeuble à construire pour les dommages intermédiaires à la preuve d'une faute qui lui soit *personnellement* imputable⁵⁰, comme par exemple le souci de réaliser des économies au détriment

50 Cass. civ. 3^e, 15 févr. 1989, n° 87-17.603, *Bull. civ.* III, n° 38; Cass. civ. 3^e, 4 juin 2009, n° 08-13.239, *Bull. civ.* III, n° 130, *D.* 2009. 1611, *RDI* 2009. 474, obs. O. TOURNAFOND - V. pour un arrêt de cassation, Cass. civ. 3^e, 25 janv. 2011, n° 10-10.977, inédit - *Adde Civ.* 3^e, 13 févr. 2013, n° 11-28.376, *Bull. civ.* III n° 21, *RDI* 2013. 329, obs. O. TOURNAFOND et J.-P. TRICOIRE.

de la qualité des travaux ou des matériaux⁵¹ ; il peut ainsi invoquer le fait des entrepreneurs pour se décharger de sa responsabilité à l'égard de l'acquéreur. Étrange solution que celle qui autorise ainsi le débiteur d'une obligation à invoquer le fait des personnes qu'il a volontairement introduites dans l'exécution du contrat pour s'exonérer⁵². La solution est singulière dans la mesure où le vendeur d'immeuble à construire n'est pas un mandataire qui ne répondrait que de sa faute et non de la mauvaise exécution des obligations des tiers avec lesquels il a contracté. Le vendeur sur plans est bien le débiteur, et le seul, de l'obligation de construire l'immeuble dont est créancier l'acquéreur ; au regard de cette obligation de construire, sa responsabilité contractuelle devrait être alignée sur celle des entrepreneurs à l'égard du maître de l'ouvrage – c'est d'ailleurs bien ainsi que fonctionne la garantie décennale, à charge pour lui d'exercer sa propre action contractuelle contre les entrepreneurs de travaux.

31. Inspiration du contrat de promotion immobilière. Il conviendrait de réfléchir au modèle que façonne la Cour de cassation d'une vente d'immeuble à construire versant, pour les désordres décennaux et biennaux, du côté du contrat d'entreprise de construction mais s'en éloignant pour les désordres intermédiaires régis par une responsabilité contractuelle allégée, supposant la preuve d'une faute qui soit personnellement commise par le vendeur constructeur. Doit-on encore affirmer avec Michel Dagot que « *pour tout ce qui concerne l'obligation d'édifier, le vendeur est un locateur, un entrepreneur ?* »⁵³, ou bien la Cour de cassation a-t-elle raison de faire prévaloir une logique de métier (le vendeur d'immeuble à construire est généralement un promoteur immobilier qui commercialise des programmes qu'il fait construire par d'autres), sur une logique de contrat (ce vendeur est légalement tenu d'une obligation contractuelle de construire à l'égard de l'acquéreur) ? Mais il faudrait alors réviser l'article 1601-1 du Code civil pour substituer à l'obligation d'édifier celle de « faire édifier » l'immeuble promis ; il conviendrait alors d'ajouter, sur le modèle du contrat de promotion immobilière⁵⁴, que le vendeur d'immeuble à construire sera tenu des obligations d'un locateur d'ouvrage s'il s'engage à construire lui-même tout ou partie de l'immeuble.

2. Réflexions sur le régime

32. Exit la garantie de contenance. L'application de la garantie de contenance à la vente d'immeuble à construire résulte de sa nature juridique de vente ; elle

51 Cass. civ. 3^e, 4 juin 2009 préc.

52 Pour un approfondissement : M. FAURE-ABBAD, « Responsabilité des constructeurs et des vendeurs pour les dommages intermédiaires : unité ou diversité ? », *RDI* 2013, p. 456.

53 M. DAGOT, *La vente d'immeuble à construire*, préc. n° 97.

54 Le « contrat de promotion immobilière » est un mandat par lequel « le promoteur s'oblige envers le maître de l'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet » article 1831-1 ; le dernier alinéa dispose : « Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage ».

lui est pourtant peu adaptée. Déjà, il a fallu que la Cour de cassation lui ajuste le délai de l'article 1622 du Code civil pour ne pas que la garantie cesse avant même d'avoir pu commencer⁵⁵. Surtout, si le défaut de contenance peut apparaître comme une simple erreur de mesurage dans les ventes de droit commun, il constitue un défaut de conformité particulièrement grave dans la vente d'immeuble à construire⁵⁶.

33. Exit la tolérance d'un vingtième. En 1804, les rédacteurs du Code civil ont cru bon d'introduire dans la garantie de contenance une tolérance d'un vingtième, en-deçà de laquelle les parties n'ont pas l'action pour l'excès ou le défaut de contenance : « *On ne peut pas mesurer les immeubles avec la précision mathématique que présente le mesurage des meubles, écrit Laurent. De là suit que l'on ne peut pas attacher à l'expression de la contenance des immeubles la même importance que dans les ventes mobilières ; c'est un à-peu-près, une indication approximative, dont les parties ne tiennent pas compte dans la fixation du prix* »⁵⁷. Mais une telle marge, compréhensible en 1804 compte tenu des techniques de mesurage de l'époque, paraît excessive aujourd'hui⁵⁸, même si une tolérance est indispensable pour tenir compte d'une marge d'erreur ou d'adaptation aux aléas du chantier.

34. Garantie des défauts apparents. Une solution serait d'intégrer le défaut de contenance à la garantie des vices et défauts de conformité apparents, à laquelle il se rattache naturellement dans les ventes d'immeuble à construire ; et pour tenir compte des inévitables différences entre les plans et la réalité, la garantie de la surface livrée devrait être limitée à une différence de surface raisonnable qui, au 21^{ème} siècle ne peut être identique à ce qui était toléré au 19^{ème}.

35. Décharge de garantie. Enfin il serait utile de clarifier le régime de la garantie des vices et défauts de conformité apparents, dont on ne sait comment le vendeur peut se décharger efficacement en application de l'article 1642-1 du Code civil. La Cour de cassation a jugé il y a plus de dix ans qu'une clause de décharge ne pouvait être insérée dans l'acte de vente ; une telle clause, valant renonciation anticipée à se prévaloir de la garantie, est réputée non écrite⁵⁹. La vente d'immeuble à construire devrait ici emprunter la solution si simple de la vente d'immeuble à rénover⁶⁰ : la garantie pourrait être mise en œuvre durant une année à compter de la livraison, pour les vices et défauts de conformité que l'acquéreur aurait dénoncés dans le procès-verbal de livraison ou dans le mois suivant.

55 Jugeant que le point de départ du délai préfix d'un an était la date de livraison du bien et non la date de conclusion de la vente comme l'indique l'article 1622 : Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2012, *Bull. civ.* III, n° 5, pourvoi n° 10-22924, *RDI* 2012, p. 224 et les observations critiques d'O. TOURNAFOND et J.-PH. TRICOIRE.

56 En ce sens : O. TOURNAFOND et J.-PH. TRICOIRE, « Défaut de contenance et défaut de conformité dans la vente d'immeubles à construire », *RDI* 2012, p. 224.

57 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 24, 1877, n° 188, p. 185.

58 Pour un plaidoyer contre cette jurisprudence, O. TOURNAFOND, V° Vente d'immeuble à construire : exécution, dossier 532, *Dalloz Action Droit de la construction* (dir. Ph. MALINVAUD), spéc. n° 532.43.

59 Cass. civ. 3^e, 15 février 2006, *Bull. civ.* III, n° 36, pourvoi n° 05-15197.

60 Art. L. 262-3 CCH.

B. Le droit spécial des ventes d'immeuble à construire du secteur protégé

36. Depuis l'acte de naissance de la vente d'immeuble à construire en 1967, les occasions furent nombreuses d'identifier les failles ou faiblesses de son régime. Certaines ont été corrigées par la loi⁶¹, et tout récemment encore par la loi ELAN⁶², tandis que d'autres « sont demeurées 'sous observation' de la pratique et de la doctrine »⁶³. Plutôt qu'un inventaire à la Prévert, deux points seront développés, choisis pour leurs enjeux politique et technique : d'une part la redéfinition du secteur protégé (1) et, d'autre part, l'articulation du contrat préliminaire de réservation avec le droit du crédit immobilier au consommateur (2).

1. La redéfinition des frontières du secteur protégé

37. **L'expression « secteur protégé »** désigne les constructions à usage principal d'habitation ou à usage mixte, professionnel et d'habitation. Les contrats de construction qui relèvent du secteur du logement doivent respecter un ensemble de règles impératives qui figurent dans le Code de la construction et de l'habitation. Plusieurs pistes d'amélioration peuvent être discutées. Les premières tiennent aux critères du secteur protégé et vont au-delà de la VEFA (a), une autre intéresse le dispositif de lutte contre les fraudes au régime des ventes d'immeuble à construire du secteur protégé (b).

a. Les critères du secteur protégé

38. **L'adjonction d'un critère subjectif**, lié à la qualité de l'acquéreur, pourrait permettre de limiter le champ d'application de ce régime impératif à l'accédant consommateur. Aujourd'hui les articles L. 261-10 et suivants du CCH protègent tout acquéreur d'un logement en VEFA, qu'il soit un particulier accédant au logement ou un investisseur institutionnel, ce qui suscite une réflexion critique⁶⁴ parce qu'il n'est pas certain qu'il soit utile d'étendre le secteur protégé au-delà du consommateur immobilier.

39. **La tentative avortée de la ELAN**. L'article 22 bis A du projet de loi Elan⁶⁵ proposait précisément de limiter le régime renforcé des VEFA aux ventes passées avec des consommateurs ou non professionnels au sens de l'article liminaire du Code de la consommation. C'était une fausse bonne idée et l'amendement a été retiré. Car si l'on doit redessiner les frontières du secteur protégé de la construction

61 Suppression de la garantie intrinsèque d'achèvement, définition de l'achèvement libérant le garant financier. V. M. POUMARÈDE, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP N* 2017. 1242.

62 Mise en œuvre de la garantie financière, possibilité pour l'acquéreur de se réserver des travaux. V. M. FAURE-ABBAD, « L'impact de la loi Elan sur les contrats spéciaux de construction immobilière », in *L'impact de la loi Elan sur le droit de la construction et de l'immobilier*, actes du colloque organisé par l'Association française pour le droit de la construction et de l'immobilier (AFDCI), Paris, 13 novembre 2018, *RDI* 2019, p. 4, spéc.

63 M. POUMARÈDE, « L'évolution de la loi de 1967... » préc., spéc. n° 6.

64 M. POUMARÈDE, « Les contrats de construction et le droit de la consommation », *RDI* 2017. 8.

65 Amendement n° 676, 16 juillet 2018.

immobilière pour les resserrer aux contrats de consommation, comme le fait le droit belge depuis la loi Breyne de 1971⁶⁶, alors il faut le décider pour tous les contrats concernés ; la question ne peut être pensée autrement que globalement⁶⁷. Il faudrait cependant réfléchir à la fonction du secteur protégé du droit de la construction immobilière. S'agit-il uniquement de protéger le consommateur de logement ou bien les garanties du secteur protégé servent-elles également la politique du logement en contribuant à la livraison effective des programmes ? La loi du 3 janvier 1967 n'a pas eu comme seul objectif de protéger le consommateur et la réglementation des ventes du secteur protégé a aussi contribué à satisfaire le besoin de logement⁶⁸. Cette question de l'autonomie ou de l'indépendance du secteur protégé de la construction à l'égard du droit de la consommation est finalement plus politique que juridique.

40. Usage mixte, professionnel et d'habitation. Comment doit-on définir l'usage professionnel qui, mixé à un usage d'habitation, fait entrer la vente d'immeuble à construire dans le secteur protégé ? La lecture des travaux préparatoires de la loi de 1967 permet de comprendre l'usage professionnel dans le sens étroit de profession libérale⁶⁹ par opposition à un usage commercial⁷⁰. Le commerçant destinant le futur immeuble pour partie à l'exercice de sa profession et pour partie à son habitation ne bénéficie donc pas du secteur protégé alors que le médecin dont le projet est comparable aura droit à la protection du Code de la construction et de l'habitation. Aucune bonne raison ne justifie de définir le secteur protégé par la distinction des activités commerciales et non commerciales. En outre, pour l'interprétation de l'article L. 631-7 du CCH réglementant le changement d'usage, la Cour de cassation a défini l'usage professionnel comme celui permettant l'exercice d'une profession qu'elle soit ou non commerciale⁷¹. La Cour de cassation pourrait considérer pareillement que l'usage mixte du secteur protégé, s'entend d'un immeuble destiné à un usage d'habitation en même temps qu'à l'exercice d'une activité professionnelle au sens large⁷². Le

66 L. 9 juill. 1971, réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, art. 2.

67 V. ZALEWSKI-SICARD, « Secteur protégé : un secteur à adapter ? », *Constr.-Urb.* 2018. Repère 8 ; du même auteur : « Réflexions sur les aménagements à apporter aux dispositions relatives à la vente d'immeuble à construire », *JCP N* 2017. 1245.

68 Selon I. DE LAMBERTERIE et C. WALLAERT, la loi de 1967 « a également pris en compte l'intérêt du constructeur car le gouvernement désirait résoudre la crise du logement en permettant la souscription d'un vaste programme immobilier » : « Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE », « Rapport français », *Rev. int. dr. comp. juillet-sept.* 1982, vol. 34 n° 3, p. 673 et s., spéc. n° 133.

69 JOAN Q 14 déc. 1966, p. 5544.

70 J.-Ph. TRICOIRE, Fasc. 83-10, « Ventes d'immeubles à construire – Secteur protégé – Champ d'application », *Jurisclasseur Construction-Urbanisme*, n° 10.

71 Cass. 3^e civ., 20 décembre 1995, *Bull. civ.* III n° 266, 94-12897 ; Cass. 3^e civ., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-20805.

72 Dans la limite peut-être de la théorie de l'accessoire : la Cour de cassation a jugé que le contrat portant sur l'acquisition de lots correspondant à une station-service et à un appartement pour loger le gérant, échappait au secteur protégé de la loi de 1967 dès lors que ces deux éléments formaient un tout destiné à l'exploitation du commerce et que l'appartement devait permettre au pompiste d'être constamment présent sur les lieux,

droit de la construction y gagnerait en clarté et son articulation avec le Code la consommation aussi puisque le professionnel y est défini sans égard pour la nature de la profession exercée⁷³.

b. La lutte contre les fraudes à la VEFA

41. Disposition anti-fraude. Le second alinéa de l'article L. 261-10 du CCH étend le statut impératif de la vente d'immeuble à construire du secteur protégé au contrat par lequel celui qui s'engage à construire ou à faire construire procure directement ou indirectement le terrain, à celui qui contracte l'obligation d'effectuer des versements de fonds avant l'achèvement de la construction. L'objectif du texte est de neutraliser les pratiques imaginées pour contourner le statut impératif des ventes d'immeuble à construire. Mais les notions de fourniture directe et indirecte, non juridiques, sont difficiles à cerner ; leur distinction est pourtant capitale puisque, depuis la loi du 19 décembre 1990 qui a réformé le contrat de construction de maison individuelle (CCMI), la vente d'immeuble à construire ne s'impose plus lorsque le terrain est procuré *indirectement* par le constructeur qui conclut un CCMI avec fourniture des plans (art. L. 231-5 CCH). Que décider lorsque les constructeur et vendeur entretiennent d'étroits liens juridiques ou financiers ? À partir de quelle proximité la procuration indirecte du terrain devient-elle directe ? L'enjeu est la nullité du contrat. Le texte pourrait être revu pour autoriser la conclusion d'un CCMI, que le terrain soit procuré directement ou non par le constructeur de maison individuelle, avec ou sans fourniture des plans, dans la seule limite de la vente du terrain par le constructeur.

2. L'articulation du contrat préliminaire de réservation avec la condition suspensive d'obtention du prêt immobilier

42. Données du problème. Le contrat préliminaire de réservation est le seul avant-contrat que les parties à une vente d'immeuble à construire peuvent utiliser dans le secteur protégé ; est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente dispose l'article L. 261-15 *in fine* du CCH. Ce contrat n'emporte aucune obligation d'acheter à la charge du réservataire⁷⁴, seulement tenu de verser un dépôt de garantie d'un montant pouvant aller jusqu'à 5 % du prix prévisionnel de vente⁷⁵. La restitution de ce dépôt lorsque le réservataire renonce à la vente faute d'avoir obtenu un prêt immobilier, a longtemps posé difficulté. Lorsque la loi Scrivener a introduit à la fin des années 1970 la condition suspensive d'obtention du prêt au bénéfice des consommateurs de crédits immobiliers⁷⁶, il fut indiqué au dernier alinéa de l'article L. 261-11 du CCH que seule la vente d'immeuble à construire

ce dont il résultait qu'il n'était que l'accessoire de l'usage commercial (Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, *Bull. civ.* III n° 84, pourvoi n° 76-11889).

73 Article liminaire du Code de la consommation.

74 Ni même de vendre pour le réservant.

75 Art. R. 261-28.

76 Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, article 17.

y était soumise, à l'exclusion du contrat préliminaire. La précision était nécessaire : la condition suspensive a pour effet de suspendre la naissance de l'obligation qu'elle affecte – elle est une modalité de l'obligation. Or l'obtention du prêt destiné à financer le prix de la vente sur plans ne peut pas « suspendre » les effets d'un contrat préliminaire qui n'emporte aucune obligation d'acquiescer ; du reste, il fallait non pas suspendre le contrat préliminaire mais au contraire lui donner son plein effet pour que la réservation soit effective et que le dépôt de garantie puisse être versé en contrepartie. Mais dans ces conditions, comment permettre au réservataire d'obtenir la restitution du dépôt de garantie en cas de non obtention de son prêt ? L'article L. 261-15 qui dispose que le dépôt de garantie est restitué au réservataire si la condition suspensive d'obtention du prêt n'est pas réalisée n'était d'aucun secours, puisque cette condition ne pouvait figurer qu'au contrat de vente ; or les contrats préliminaires stipulent généralement que le prêt doit être obtenu *avant* la signature de la vente⁷⁷.

43. La réponse de la Cour de cassation. Dans le régime du contrat préliminaire de réservation, un texte aurait pu venir au secours des réservataires : l'article R. 261-31 prévoit que le dépôt de garantie doit être restitué au réservataire lorsque les « *prêts prévus au contrat préliminaire* » ne sont pas obtenus. Mais la Cour de cassation a toujours interprété ce texte d'une manière stricte, comme visant les prêts faisant l'objet d'une mention obligatoire (c'est-à-dire les prêts que le réservant s'est engagé à obtenir ou à transmettre au réservataire, art. R. 261-26), à l'exclusion de ceux dont le réservataire déclarait faire son affaire personnelle⁷⁸ ; toutefois la Cour de cassation demandait en même temps l'abrogation du dernier alinéa de l'article L. 261-11, précisément pour permettre au réservataire d'obtenir le remboursement de son dépôt de garantie en cas de non obtention du prêt empêchant la signature de la vente⁷⁹.

44. La réponse légale. La loi n° 2011-525 de simplification du droit du 17 mai 2011 paraît avoir résolu le problème en deux temps : en abrogeant l'alinéa final de l'article L. 261-11 conformément au vœu de la Cour de cassation et en visant le contrat préliminaire de réservation dans le champ d'application des dispositions relatives à la protection de l'emprunteur immobilier. Aux termes des articles L. 313-40 et L. 313-41 du Code de la consommation, le contrat préliminaire peut désormais être conclu sous la condition suspensive d'obtention du prêt immobilier. Le résultat voulu est atteint : le droit de la consommation permet au réservataire qui ne peut conclure la vente faute d'avoir obtenu son prêt, d'obtenir la restitution de son dépôt de garantie. Mais le chemin pour y parvenir échappe à tout raisonnement logique.

45. Simplification en trompe l'œil. Car que disent les textes ? Selon l'article L. 313-40 : « *L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée*

77 Pour éviter qu'un acte authentique de vente ne soit affecté d'une condition suspensive.

78 Cass. 3^e civ., 16 décembre 1987, *Bull. civ.* III, n° 205, pourvoi n° 86-14377 ; 20 décembre 1994, *Bull. civ.* III, n° 223, pourvoi n° 92-18794 ; 6 février 2002, *Bull. civ.* III, n° 28, pourvoi n° 00-12675 ; 21 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 155, pourvoi n° 04-18239.

79 Rapports annuels de 2002 et 2006 ; *adde* D. SIZAIRE « Vente d'immeubles à construire et contrat préliminaire. Rapport annuel de la Cour de cassation », *Constr.-Urb.* 2007, repère 5.

et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, [...] doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts [...]. » ; il faut donc indiquer au contrat préliminaire que le prix de vente sera réglé à l'aide d'un prêt. Ensuite l'article L. 313-41 dispose que « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts [...] cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement »⁸⁰. Mais si le contrat préliminaire est affecté d'une condition suspensive, la logique commande que la naissance de l'obligation modalisée – le dépôt de garantie – est suspendue jusqu'à la réalisation de la condition... ce qui tue dans l'œuf le problème de la restitution des sommes déposées lorsque le prêt n'est pas obtenu. Le cas de la promesse synallagmatique de vente et de la promesse unilatérale de vente acceptée est différent, car la condition suspensive d'obtention du prêt y suspend bien l'obligation au paiement du prix pour lequel le prêt est demandé. Le législateur a importé dans le contrat préliminaire cette modalité bien connue des avant-contrats de vente immobilière comme si le contrat préliminaire fonctionnait sur le modèle des promesses de vente. Or le mécanisme de la condition suspensive d'obtention du prêt immobilier finançant le paiement du prix de vente ne peut être utilisé dans le contrat préliminaire de réservation ; la technique ne peut pas fonctionner puisque le réservataire ne contracte pas, dans le contrat préliminaire, l'obligation de payer le prix pour lequel le prêt est recherché... C'est le mécanisme de la condition résolutoire qu'il eut fallu imposer pour le contrat préliminaire : le contrat aurait ainsi pu déployer tous ses effets (réservation, dépôt de garantie) tout en étant résolu en cas de réalisation de la condition de non obtention du prêt, entraînant la restitution du dépôt de garantie au réservataire dans le respect du mécanisme de l'obligation conditionnelle.

46. Conclusion. Au terme de notre étude, on pourra être convaincu au minimum de la très grande originalité du régime de la vente d'immeuble à construire au regard de ce qui fait le droit commun de la vente. Plus qu'une vente, plus qu'un contrat d'entreprise, elle est une vente immobilière qui contient une prestation d'entreprise d'importance équivalente au transfert des droits sur le sol qu'elle réalise. L'attraction du sol est si forte en droit français que la qualification moniste de vente s'est imposée ; mais la part cruciale et considérable d'entreprise que contient ce contrat en fait un contrat bien singulier, une « ventreprise ».

Janvier 2020

80 La rédaction est déjà maladroite car on lit que le contrat préliminaire est conclu sous la condition suspensive d'obtention du prêt qui « en » assume le financement ; littéralement cela voudrait dire que pour ce contrat, la condition suspensive vise l'obtention du prêt destiné à financer le dépôt de garantie que s'engage à verser le réservataire, ce qui n'est pas le problème que l'on cherche à résoudre.