

MAÎTRISE D'OUVRAGE PRIVÉE NON PROFESSIONNELLE ET SECTEUR PROTÉGÉ

par **Delphine Pelet** Master 2 Droit immobilier, parcours Recherche,
Université Jean Moulin Lyon III

Le présent article est le synopsis du mémoire de recherche de l'auteure, qui a obtenu le Prix spécial du jury dans le cadre du Prix Junior de l'immobilier 2013 au Simi organisé par le groupe Moniteur et parrainé par la Fondation Palladio.

« Faire construire ne correspond plus à une volonté de créer l'élément majeur d'un patrimoine à transmettre. Il s'agit d'un bien destiné à abriter une famille. »¹ La construction entretient des liens étroits avec le logement, en ce qu'elle constitue une solution privilégiée pour satisfaire cette préoccupation majeure des Français. Il s'agit d'un enjeu électoral fondamental, qui transcende les couleurs politiques, sans que les réponses apportées par les gouvernements successifs n'aient jamais été suffisantes.

Ainsi, l'actuelle ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, Madame Duflot², projette la construction de 6 millions de logements à l'horizon 2025. Il peut s'agir de constructions prises en charge par les organismes HLM afin d'augmenter les capacités du parc locatif social. Du reste, il est également intéressant pour l'État de faire reposer une partie des objectifs de construction sur les capitaux privés, notamment au moyen d'une fiscalité incitative. Dès lors, la construction de logements peut être le fait d'un maître d'ouvrage non professionnel qui prévoit de mettre en location le bien construit, ou simplement de concrétiser son propre droit au logement en même temps qu'il accède à la propriété.

LA « PROTECTION » DU LOGEMENT

L'originalité de la division du droit de la construction en un secteur libre et en un secteur protégé interrompt. Elle pose d'emblée les questions de savoir de quoi ces règles spéciales protègent et au bénéfice de

qui. Le secteur protégé, que consacre l'article L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation, est une expression forgée par la doctrine visant à désigner l'application de règles impératives et dérogatoires lorsque deux conditions sont cumulativement réunies.

Il s'agit, en premier lieu, du versement de fonds avant l'achèvement et la livraison du bien, soit sous la forme de paiements définitifs, soit sous la forme de dépôts de garantie. En second lieu, le bien projeté doit être destiné à l'habitation ou avoir pour objet une destination mixte, c'est-à-dire servir à la fois d'habitation et de local professionnel.

Or, si l'on considère les deux critères retenus par le législateur, le premier se comprend aisément par les risques financiers qu'il peut faire courir à l'accédant. Le second est en revanche essentiel : celui de la destination d'habitation et, à travers lui, de la défense du logement. Ainsi, le critère d'intégration du secteur protégé retenu est un critère objectif matériel, de nature téléologique, qui intéresse la finalité de l'opération projetée : l'acquisition d'un bien servant en tout ou partie de logement.

Protection de l'habitant... La défense du logement se concrétise à travers une conception aussi bien quantitative que qualitative de l'habitat. Certes, la reconnaissance d'un droit au logement pour tous implique de satisfaire en premier lieu la demande, d'un point de vue numérique. Néanmoins, parler de « droit du logement » permet d'embrasser sa dimension qualitative. En effet, en considération du souci

1. C. Ponce, *Le contrat de construction de maison individuelle*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2006.

2. Mémoire rédigé avant le remaniement ministériel d'avril 2014.



de préservation de la dignité humaine, l'objectif n'est pas seulement de garantir à tous un logement mais, de surcroît, de faire en sorte que celui-ci présente diverses qualités et caractéristiques considérées comme primordiales. Le logement doit pouvoir être habitable, ce qui implique le respect d'exigences en termes de confort, de sécurité, d'hygiène auxquelles s'ajoute la mise en œuvre des nouvelles préoccupations environnementales. C'est tout l'objet de la notion de « logement décent », consacrée par la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite loi SRU n° 2000-1208 du 13 décembre 2000.

...ou du maître d'ouvrage ? La protection du logement justifie *a priori* les règles du secteur protégé, c'est-à-dire que le contrat de construction qui s'inscrit dans ce cadre soit imposé et son contenu presque intégralement réglementé. Mais, finalement, ce n'est pas le logement en tant que tel que la loi cherche à préserver mais bien plutôt les droits de son occupant, ceux du logé. Or, à l'inverse de l'acquéreur immobilier qui fait pour sa part l'objet d'une attention

particulière de la part du législateur, dans le cadre de la vente immobilière (*a fortiori* lorsque celui-ci n'est pas un professionnel), le secteur protégé ne prend aucunement en compte la personne du maître d'ouvrage, ni même sa qualité. Une plus grande considération pour celui-ci serait pourtant nécessaire si l'on considère les deux risques fondamentaux que présente le contrat de construction. D'une part, la réalisation d'un ouvrage ne présentant pas la solidité et les caractéristiques attendues en raison des économies ou de l'incompétence du réalisateur ; d'autre part, l'inachèvement de la construction en raison de l'abandon ou de la déconfiture du constructeur.

Du reste, les maîtres d'ouvrage représentent une catégorie de contractants très hétérogène. Les différences de comportement pouvant exister entre eux, en termes de compétences mais aussi de ressources financières, expliquent que le secteur protégé puisse apparaître tantôt comme une garantie et tantôt comme un carcan juridique. Effectivement, lorsque le secteur protégé concerne un maître d'ouvrage personne physique, occasionnel, il est une tutelle dont ce dernier peut difficilement se dispenser. En revanche, lorsque le secteur protégé intéresse un maître d'ouvrage professionnel, voire un professionnel de l'immobilier, son application se révèle particulièrement contraignante.

Plan du mémoire

1 Les dispositions de ce que l'on peut désigner comme le droit commun de la construction (c'est-à-dire le contrat d'entreprise et les garanties légales des constructeurs) sont étudiées en premier lieu pour comprendre la genèse du secteur protégé et l'opportunité de telles règles.

2 Chacune des conditions présidant actuellement au secteur protégé (figurant à l'article L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation) sont, dans un second temps, examinées, selon une analyse téléologique et technique. Cet examen permet de traiter de la défense du logement dans ses aspects à la fois qualitatifs et quantitatifs. La deuxième partie du mémoire est dédiée à la définition de la qualité de non-professionnel et à celle de consommateur immobilier.

3 Puis ce sont les effets d'une telle qualité qui sont abordés. Plus précisément, les rapports contradictoires entre la qualité de profane et la complexité du contrat de construction d'une part, et ceux existants entre le patrimoine du maître d'ouvrage et l'onérosité de l'opération de construction, d'autre part.

LA DISTINCTION ENTRE PROFESSIONNEL ET PARTICULIER

À ce titre, le secteur protégé est fréquemment dénoncé par les praticiens de la construction, notamment par les promoteurs. Ceux-ci regrettent l'absence de prise en compte d'un critère supplémentaire, que l'on peut qualifier de *ratione personae*, qui aurait pour objet de ne rendre applicables les règles spéciales du secteur protégé qu'au profit de la catégorie des maîtres d'ouvrage en situation de faiblesse. Ladite catégorie est composée des particuliers qui ont besoin de l'assistance de la loi face à la complexité de l'opération de construction et aux risques induits par son caractère particulièrement onéreux.

Dans cette perspective, le prisme du maître d'ouvrage personne physique, non professionnel et occasionnel, apparaît comme le plus approprié pour comprendre l'idéologie du secteur protégé et justifier l'ajout d'un critère supplémentaire relatif à la qualité du commanditaire du bien à construire. Le maître d'ouvrage a été défini, par la Commission interministérielle sur l'assurance construction en 1975, comme « la personne physique ou morale qui, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, commande aux divers réalisateurs qu'elle a choisis, l'étude et l'exécution d'une opération de construction dont elle a défini le programme et dont elle assure le financement »¹.

1. F. Danemans, « Libre propos sur le maître d'ouvrage d'une opération de construction », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2007.

Il s'agit là d'une perception idéale de la maîtrise d'ouvrage, dans la mesure où cette dernière désigne également des non-compétents dont le rôle et la mission dépassent leurs capacités. Aussi existe-t-il une contradiction entre, d'une part, l'incompétence de ce type de maître d'ouvrage et, d'autre part, le montage contractuel sophistiqué dans lequel il s'engage, portant lui-même sur une opération matérielle complexe. De surcroît, l'accession à la propriété de son logement revêt une dimension affective et symbolique qui ajoute à la spécificité de l'acte de faire construire.

Un engagement lourd. Enfin, à ces deux premiers postulats relatifs aux risques du contrat de construction et à l'incompétence du maître d'ouvrage profane s'ajoute celui selon lequel un particulier est d'autant plus fragilisé par ce type de contrat lorsque ses ressources patrimoniales sont limitées. Pour une très large majorité d'individus, la construction de leur résidence principale représente l'acte le plus onéreux et le plus engageant de leur vie juridique. Il en résulte la nécessité de prendre en compte, en complément de l'étude du montage contractuel, les mesures financières visant à soutenir le maître d'ouvrage dans sa démarche d'accession ou bien de rénovation, conformément aux qualités attendues du logement. Le contrat et son financement sont par ailleurs intrinsèquement liés.

Ainsi, la considération pour la qualité du maître d'ouvrage ne doit pas être négligée, car l'absence d'un critère de cette nature peut entraîner des conséquences pernicieuses sur le contrat de construction. Un maître d'ouvrage professionnel, rompu aux techniques de l'immobilier, peut se voir appliquer les règles contraignantes du secteur protégé, ce qui peut constituer autant de limites à l'expansion de son activité économique. Surtout, *a contrario*, un maître d'ouvrage non professionnel peut être amené à contracter dans le cadre du secteur libre, et la liberté contractuelle laissée aux parties peut lui être dommageable.

Cette situation est permise dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage ne paie qu'à la fin du contrat, pour un bien achevé dont il peut vérifier la consistance, ce qui est supposé suffire à le protéger. En outre, l'absence totale de prise en compte de la qualité du maître d'ouvrage dans les critères présidant au secteur protégé est source d'insécurité juridique car cela implique la superposition des règles spéciales du droit de la construction et des règles du droit de la consommation, indépendamment les unes des autres. La synthèse qui en résulte peut être hermétique pour les futurs contractants.

UNE EXTENSION DU DROIT DE LA CONSOMMATION ?

L'intérêt d'apprécier la qualité du maître d'ouvrage, principalement celle du particulier profane dont les ressources sont limitées, n'est pas seulement fondé sur des considérations techniques relatives au seul contrat de construction. En parallèle de l'apparition du secteur protégé, le constat qui s'impose depuis les années 1970 est celui d'une substitution progressive des outils de protection consumériste à la liberté contractuelle et au consensualisme. Le droit de la construction connaît lui aussi un phénomène de « consumérisation ». Cela justifie que, en sus des règles du secteur protégé, soient analysées les règles issues du droit de la consommation, importées afin de protéger ce contractant vulnérable qu'est l'accédant immobilier.

La consommation est l'action d'utiliser ou de détruire, instantanément ou progressivement, des biens ou des services, ce qui va de pair avec l'existence de biens dont l'obsolescence est programmée afin d'inciter à renouveler l'acte d'acquisition. Certains auteurs, à l'instar de M. Raymond, ont estimé que le contrat de consommation ne pouvait donc porter, par nature, que sur des biens meubles, ce qui, d'emblée, met en exergue le paradoxe de l'intégration du logement dans les biens de consommation.

Toutefois, pour d'autres auteurs, tels que J. Calais-Auloy et H. Temple, les biens de consommation ne se réduisent pas aux choses consommables. Les biens de consommation comprennent également les biens meubles durables et surtout, de manière plus surprenante, les immeubles. Selon le professeur Zénati-Castaing, la législation de la construction remplit précisément des objectifs d'ordre économique qui contribuent à faire de l'immeuble à construire un bien de consommation, « une opération stéréotypée, banalisée et réalisable dans un laps de temps réduit, par souci de rentabilité »¹. Le terrain, autrefois assiette par excellence de la richesse d'un patrimoine, est réduit à être seulement l'accessoire de la construction.

Protection de l'accédant... En outre, la réglementation du secteur protégé contribue à faire du maître d'ouvrage une partie extérieure à l'opération de construction, puisque le législateur fait précisément en sorte qu'il ne maîtrise plus à proprement parler le chantier, en confiant par exemple cette fonction au vendeur du programme de construction. Ainsi, le maître d'ouvrage est réduit à n'être que le créancier d'un résultat, un accédant immobilier passif. Dans cette perspective, la logique consumériste « protège

1. F. Zénati-Castaing, « La dimension fondatrice de l'accession à la propriété », in *La protection de l'accédant immobilier*, de S. Becque-Ickowicz, S. Cabrillac, J.-F. Montredon, collection Colloques et débats, Lexis Nexis, Paris, 2010.



moins le propriétaire en puissance qu'est l'accédant que le contractant »¹ et consacre avec elle une nouvelle vision du propriétaire, à rebours de celle du bon père de famille.

Ainsi, le maître d'ouvrage a tendance à être dépossédé du rôle qui était le sien jusqu'en 1967 (date de création du premier contrat spécial de construction), comme si la mission était devenue aujourd'hui trop complexe pour lui. Le maître d'ouvrage privé occasionnel fait l'objet d'une présomption d'incompétence dans la loi. En cela, il prend les traits du consommateur, « un être faible qui s'engage de manière irréfléchie »² : c'est l'avènement du concept de consommation immobilière. Celle-ci s'explique moins par la consommation à proprement parler de l'immeuble, difficilement compréhensible, bien que défendue par certains auteurs, que par la qualité de consommateur du maître d'ouvrage.

...en qualité de consommateur immobilier. Cette nouvelle qualité de consommateur immobilier, qui complète la dichotomie traditionnelle qui oppose le professionnel au non-professionnel, en franchis-

sant un pas supplémentaire, peut se définir de plusieurs façons. La première, académique, voit dans la notion la simple application des règles consuméristes à l'accédant immobilier qui, en quelque sorte par contraction, devient un consommateur immobilier. La seconde, plus audacieuse, peut inclure également les visions économique et sociologique de la consommation. Or, dans ce cas de figure, la consommation immobilière est d'autant plus intéressante à identifier et à comprendre que l'immeuble n'intègre pas, par principe, la catégorie des biens de consommation.

Ainsi, le sujet « Maîtrise d'ouvrage privée non professionnelle et secteur protégé » cherche à répondre à la problématique suivante : dans quelle mesure la complexité et l'onérosité du contrat de construction d'une part, et l'objectif de protection du logement d'autre part, justifient-ils l'existence d'un secteur protégé dérogatoire, fondé sur le critère *ratione materiae* de la destination du bien ? Précisément, dans quelle mesure apparaît-il nécessaire que le secteur protégé intègre en sus un critère *ratione personae* relatif à la qualité du maître d'ouvrage ?

Composition du jury du Prix Junior de l'immobilier 2013

Président : Stéphane Bureau, Directeur général gestion d'actifs de Cushman & Wakefield

Membres :

- ▶ Jérôme Arnaud, Global Head of Real Estate Transactions de Sanofi
- ▶ Cyril Aulagnon, Directeur général adjoint du groupe Affine
- ▶ Alain Boyer-Chammard, Conseiller d'Immovalor Gestion
- ▶ Éric Costa, Président de Citynove et Directeur immobilier du groupe Galeries Lafayette
- ▶ Éric Cosserat, Président du directoire de Perial
- ▶ Christian Delaire, CEO de Generali Real Estate
- ▶ Jérôme Durand, Directeur délégué de Sogelym Dixence
- ▶ Gilbert Emont, Directeur de l'Institut Palladio
- ▶ Véronique Guillemin, Présidente du CDIF (Club des développeurs immobiliers et fonciers) et Directrice du développement Logement IDF de Sogeprom
- ▶ Dorian Kelberg, Délégué général de la FSIF (Fédération des sociétés immobilières et foncières)
- ▶ Anne Keusch, Directeur du développement de Péricle Développement
- ▶ Barbara Koreniouguine, Directeur général délégué et Président exécutif Promotion immobilier d'entreprise et résidentiel de BNP Paribas Real Estate
- ▶ Jean-Pierre Lourdin, Secrétaire général de l'ADI (Association des directeurs immobiliers)
- ▶ Claude Samson, Président d'Afilog
- ▶ Nicolas Simon, Directeur général d'Amundi Immobilier

1. F. Zénati-Castaing, « La dimension fondatrice de l'accession à la propriété », in *La protection de l'accédant immobilier*, de S. Becque-Ickowicz, S. Cabrillac, J.-F. Montredon, collection Colloques et débats, Lexis Nexis, Paris, 2010.