

Covid-19 et VEFA¹(1)

Jean-Philippe Tricoire, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université, codirecteur de la mention droit immobilier, membre du GREDIAUC

Cyrille Charbonneau, Docteur en droit, Chargé de cours aux universités de Paris V et d'Aix-en-Provence, Professeur à l'ICH de Paris, membre du GREDIAUC, Avocat associé, Cabinet AEDES JURIS

L'essentiel

Les vendeurs-promoteurs se trouvent doublement affectés par la pandémie de Covid-19 ! En leur qualité de maître de l'ouvrage, ils se demandent si les chantiers vont pouvoir se poursuivre... Dans quelles conditions matérielles d'exécution ? Dans quels délais ? Et à quel prix ? En leur qualité de vendeur, c'est la transposition de toutes ces interrogations dans leurs rapports avec les acquéreurs qui les inquiètent. En d'autres termes, peut-on adapter le contenu du contrat de VEFA, le prix de vente et le délai de livraison de l'immeuble aux nouvelles réalités matérielles d'exécution des travaux d'édition, découlant de la pandémie et des mesures de sécurité sanitaire prises pour l'endiguer ?

Introduction

État d'urgence sanitaire, gestes barrières, encadrement des déplacements, interdiction des regroupements de personnes, prévention de la propagation du virus, guide des bonnes pratiques²(2), santé et sécurité des personnes, mise en arrêt des chantiers, modalités encadrées de reprise des travaux, majoration des délais, renégociation du prix, force majeure, difficultés d'acquisition du foncier, retard des autorisations d'urbanisme, mobilisation ralentie des financements, retards de paiement, prises de possession contrariées...

De la prospection foncière à la livraison des immeubles, c'est l'activité des promoteurs tout entière qui se trouve affectée par la pandémie de coronavirus et par ses conséquences directes comme indirectes.

Par exemple, à titre d'illustration et sans prétendre à l'exhaustivité, l'acquisition de terrains en vue de réaliser de futures opérations peut être fortement retardée du fait de l'épidémie de Covid-19. Si la parution du décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 « autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire »³(3) est particulièrement bienvenue et devrait faciliter la conclusion des actes définitifs de vente dans les prochaines semaines, il ne règle pas toutes les difficultés pratiques et le retard accumulé entre le 17 mars et le 4 avril 2020 doit encore être comblé.

Au stade des promesses de vente de terrains - ou de bâtis existants - situés dans une zone soumise à un droit de préemption urbain⁴(4), la suspension du délai imparti à l'administration, posée par l'article 12 *quater* de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020⁵(5) tel que créé et modifié par les ordonnances n° 2020-427 du 15 avril 2020⁶(6) et n° 2020-460 du 22 avril 2020⁷(7), va nécessairement peser sur le délai de traitement des déclarations d'intention d'aliéner par l'autorité compétente et, par là, suspendre ou au moins retarder le processus d'acquisition foncière. La situation est probablement plus tendue encore en présence d'un droit de préemption urbain (DPU) renforcé en communes carencées, avec compétence du préfet⁸(8)...

Il en va évidemment de même des délais d'instruction des demandes d'autorisation de construire avec

les articles 12 bis et 12 ter de l'ordonnance du 25 mars 2020, tels que créés et modifiés par les ordonnances précitées des 15 et 22 avril 2020 ! Ce qui a de quoi inquiéter non seulement les promoteurs immobiliers mais également les vendeurs de terrains, dès lors qu'une condition suspensive d'obtention du permis de construire a été insérée à l'acte de vente⁹(9)...

Dans un autre registre, les établissements bancaires et financiers sont aujourd'hui largement tournés vers la gestion des effets concrets de la crise sur la santé financière de leurs clients et l'accompagnement quotidien des opérateurs économiques fragilisés. Aussi, on peut fort légitimement craindre que les demandes formulées par les promoteurs à leur partenaire financier - qu'il s'agisse d'une demande de financement classique ou d'une demande ayant pour objet la fourniture d'une garantie financière d'achèvement ou de remboursement - ne puissent pas être traitées et instruites dans les mêmes délais et dans les mêmes conditions que d'ordinaire.

Plus concrètement, compte tenu de la prohibition des déplacements et des gestes et mesures « barrières » imposés tant par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020¹⁰(10) que par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020¹¹(11), l'organisation des visites de livraison des immeubles achevés semble impossible ou, au moins, largement compromise. Dès lors, depuis la date du 17 mars 2020, les vendeurs d'immeubles à construire ne semblent pas pouvoir valablement procéder à la livraison des immeubles qu'ils ont vendus, même s'ils sont achevés. Cette difficulté devrait probablement se prolonger jusqu'à l'expiration de la période d'urgence sanitaire instaurée par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020¹²(12). Une telle situation de blocage a une double conséquence sur les vendeurs promoteurs. D'abord, elle a pour effet de laisser les risques de l'immeuble à leur charge dans les rapports avec les acquéreurs. Ensuite, elle leur interdit de percevoir le solde du prix, ce qui n'est évidemment pas un détail, *a fortiori* dans la situation actuelle.

Au niveau contractuel, du fait de son rôle pivot dans les opérations de promotion immobilière, le vendeur d'immeuble à construire se trouve au moins doublement affecté par les problématiques découlant de la crise sanitaire majeure et inédite liée au Covid-19.

En effet, sa capacité à respecter ses engagements contractuels à l'égard des acquéreurs dépend largement de la bonne exécution des marchés privés qu'il a conclus en amont avec les constructeurs et autres intervenants à l'acte de construire¹³(13). Dès lors, c'est à la fois en qualité de créancier et de débiteur - dans le cadre d'une opération de construction unique - qu'il doit appréhender au mieux les effets de circonstances exceptionnelles nées d'une pandémie mondiale que nul ne pouvait prévoir.

Les problématiques sont multiples et interdépendantes pour la plupart d'entre elles¹⁴(14).

Par exemple et sans prétendre à l'exhaustivité, on peut s'interroger sur le fait de savoir si, dans les rapports nés du contrat de vente, la pandémie de Covid-19 peut légitimer un retard de livraison de l'immeuble. En sens inverse, pourrait-elle justifier qu'un acquéreur n'honore pas un appel de fonds dans les délais impartis ? Quelles seraient alors les conséquences d'un tel défaut de paiement ? Encore, la crise sanitaire est-elle de nature à ouvrir la porte à une renégociation du prix de vente entre les parties ?...

Dans les rapports du promoteur, pris en sa qualité de maître de l'ouvrage, avec les constructeurs, la question se pose de déterminer si les chantiers de construction des immeubles vendus à construire peuvent ou non se poursuivre en l'état de la situation sanitaire. Cette première interrogation présente évidemment une influence déterminante sur la situation non seulement du vendeur mais également des acquéreurs !

Si la réponse apportée à cette question devait être positive, il conviendrait de déterminer dans quelles conditions, tant matérielles que financières, la poursuite du chantier pourrait être envisagée... C'est ici qu'une solution négociée, concrétisée par un protocole d'accord formalisé entre les différentes parties concernées pourrait constituer la meilleure piste envisageable¹⁵(15).

Toutes ces questions n'illustrent que partiellement les difficultés présentes et à venir auxquelles seront

fort probablement confrontés les différents acteurs des opérations de promotion immobilière. Dans un souci d'anticipation et d'efficacité, des éléments de réponse et des pistes de réflexion doivent être rapidement proposés afin de tenter de désamorcer aussi précocement que possible les principales problématiques pratiques qui émergent.

La particularité de la situation des promoteurs immobiliers repose sur leur double qualité de vendeur et de maître de l'ouvrage. En effet, le vendeur d'immeuble à construire est l'acteur central d'un groupe de contrats économiquement et matériellement interdépendants. Quoique ces différents contrats puissent sembler juridiquement séparés et indépendants, ils ont en réalité un objet commun : l'édification de l'immeuble à construire.

Autrement dit, le vendeur réalise l'objet de son obligation « d'édifier l'immeuble » à l'égard des acquéreurs⁽¹⁶⁾, au travers des contrats de construction et de maîtrise d'oeuvre qu'il conclut avec les constructeurs. On peut même être tenté de dire que, du point de vue du vendeur-promoteur⁽¹⁷⁾, la cause des contrats de construction qu'il conclut avec les différents constructeurs tient intégralement aux contrats de vente d'un logement en l'état futur d'achèvement (VEFA) qu'il passe avec les acquéreurs, et à l'obligation d'édifier l'immeuble qu'il souscrit à leur égard.

Aussi, on ne peut occulter le fait que les difficultés d'exécution affectant les uns (les marchés privés) rejailliront nécessairement sur les autres (les contrats de VEFA). Dès lors, la situation ne peut être efficacement appréciée que dans une perspective globale, qui intègre les deux composantes de l'opération de promotion immobilière dans son ensemble : d'un côté, les ventes d'immeuble à construire et de l'autre les contrats de construction.

Qu'il s'agisse des aspects financiers ou des considérations de délais, les effets de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour son endiguement sur les ventes d'immeubles à construire seront essentiellement envisagés à l'aune de ce rapport particulier qui unit les contrats de VEFA et les marchés privés conclus pour l'édification de l'immeuble. C'est la raison pour laquelle la présente contribution, essentiellement centrée sur les rapports unissant le vendeur aux acquéreurs, traitera fréquemment aussi de questions propres aux marchés privés, sans pour autant développer ces aspects dans le détail. Simplement, dans un souci de cohérence et de complétude du propos, parallèlement au présent commentaire, est également proposé un article intégralement consacré aux effets du Covid-19 sur les marchés privés de construction. Pour une parfaite compréhension des enjeux et des problématiques, les deux articles, qui sont complémentaires, doivent être appréhendés de concert et sont à ce titre rédigés à quatre mains.

S'agissant des questions propres à la VEFA et aux rapports du promoteur avec ses acquéreurs, deux grandes catégories de questions se posent. Les premières sont d'ordre financier. Les secondes concernent les problématiques d'allongement des délais de livraison.

Les aspects financiers

Sur le plan financier, la crise sanitaire interroge sur deux points distincts dans la VEFA. D'abord, quelles seraient les conséquences de défauts de paiement répétés d'appels de fonds par l'acquéreur en cours d'exécution des travaux ? Ensuite, le prix de vente pourrait-il donner lieu à une renégociation entre les parties, notamment si les conditions de réalisation des travaux d'édification de l'immeuble devenaient « excessivement onéreuses » pour le vendeur maître de l'ouvrage ?

Défaut de paiement des appels de fonds par les acquéreurs

L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020⁽¹⁸⁾ est « relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ». Toutefois, contrairement à ce que certains opérateurs pouvaient espérer, cette ordonnance ne reporte pas les délais et échéances d'exécution des obligations nées des contrats et conventions. Cela ressort de la rédaction de l'article 2 de ce texte qui vise les délais et paiements « prescrits par la loi ou le règlement », à l'exclusion de ceux prévus par voie contractuelle. Le rapport remis au président de la

République sur cette ordonnance le confirme expressément¹⁹(19).

Dès lors, les paiements doivent normalement intervenir aux échéances contractuellement prévues. Si le débiteur ne s'exécute pas, un défaut de paiement est caractérisé. Un tel défaut est susceptible de conduire à la condamnation de l'acquéreur au versement de pénalités ou d'intérêts de retard et pourrait même aboutir à la résolution du contrat.

Le jeu des clauses résolutoires

Dans le secteur protégé du logement, les conséquences du défaut de paiement d'une fraction de prix appelée par le vendeur sur la base des attestations d'avancement établies par le maître d'oeuvre sont strictement encadrées. En effet, en application de l'article L. 261-13 du code de la construction et de l'habitation²⁰(20), les clauses résolutoires éventuellement stipulées au contrat ne produisent effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer. L'acquéreur doit alors réagir dans ce délai d'un mois qui lui est accordé par l'alinéa 1^{er} de ce texte et saisir le juge pour solliciter l'octroi d'un délai de paiement conformément au droit commun. À défaut, la clause résolatoire est acquise de plein droit²¹(21). Ainsi, en cas de persistance du défaut de paiement au-delà du délai d'un mois et en l'absence de réaction de l'acquéreur avant expiration de ce délai, le contrat est résolu²²(22) et même l'invocation du jeu de l'exception d'inexécution ne semble pas de nature à secourir l'acquéreur qui tenterait de s'opposer au principe de l'anéantissement du contrat²³(23).

Toutefois, l'article 4 de cette même ordonnance semble changer fondamentalement la donne²⁴(24) ; autant dans le secteur protégé que dans le secteur libre !

En effet, selon ce texte, les clauses résolutoires « lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré » postérieurement au 12 mars 2020²⁵(25) et antérieurement à l'expiration d'un délai d'un mois suite à la cessation de l'état d'urgence sanitaire²⁶(26). C'est ce que l'on appelle la « période juridiquement protégée »²⁷(27).

Ainsi, en cas de défaut de paiement d'un appel de fonds dont l'échéance d'exigibilité est postérieure au 12 mars 2020, les clauses résolutoires ne produisent pas leurs effets pendant la période d'urgence sanitaire.

Au moins provisoirement, le contrat ne peut donc pas être anéanti du fait d'un défaut de paiement imputable à l'acquéreur.

Dans la version initiale de l'ordonnance du 25 mars 2020, le deuxième alinéa de l'article 4 disposait que les clauses résolutoires « produisent leurs effets à compter de l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de [la période d'urgence sanitaire] si le débiteur n'a pas exécuté son obligation avant ce terme ».

Dans un souci d'efficacité, le gouvernement, au travers de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 a modifié cet alinéa 2, qui est aujourd'hui rédigé comme suit : « Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée ».

La résolution du contrat est paralysée pendant cette période. La clause résolatoire sanctionnant une échéance non honorée pendant la période d'urgence sanitaire ne pourra produire son effet qu'à l'expiration du délai normalement accordé au débiteur pour s'exécuter, commençant à courir à compter de la cessation de la période juridiquement protégée.

C'est ce qui ressort très clairement du rapport remis au président de la République sur l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020²⁸(28) qui précise : « Si une clause résolatoire, résultant d'une obligation née

le 1^{er} avril devait prendre effet, en cas d'inexécution, le 15 avril, ce délai de quinze jours sera reporté à la fin de la période juridiquement protégée pour que le débiteur puisse encore valablement s'acquitter de son obligation avant que la clause résolutoire ne prenne effet ».

Par exemple, en matière de VEFA du secteur protégé, la clause résolutoire produira effet après expiration d'un délai d'un mois à compter de la fin de la période juridiquement protégée - à la condition que le vendeur-promoteur ait pris la précaution d'adresser à l'acquéreur défaillant un commandement de payer ou une sommation pendant la période d'urgence sanitaire. Cela ressort d'une application combinée de l'article L. 261-13 du code de la construction et de l'habitation et de l'article 4, alinéa 2, de l'ordonnance.

Les pénalités de retard

Le raisonnement est identique s'agissant des éventuelles pénalités de retard prévues au contrat en cas de défaut ou de retard de paiement et que pourrait réclamer le vendeur.

En effet, nous avons vu que l'article 4 de l'ordonnance précitée vise non seulement les clauses résolutoires mais également les clauses pénales auxquelles peuvent être assimilées les clauses prévoyant des pénalités de retard ou les clauses d'indemnité forfaitaire (29).

Or en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 4, les clauses pénales ne prennent pas cours si la date d'exigibilité de la créance est postérieure au 12 mars 2020 et antérieure à l'expiration du délai d'un mois suivant la cessation de l'état d'urgence sanitaire (30). Les pénalités de retard ne courront donc pas pour des paiements dont l'échéance est comprise dans cette période.

De plus, l'alinéa 2 de ce même texte, qui est reproduit en amont, précise que les pénalités de retard ne peuvent commencer à courir qu'à l'expiration d'un délai qui n'est plus d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire - comme le prévoyait la rédaction initiale de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 - mais à l'expiration d'un délai ayant pour point de départ la fin de la période juridiquement protégée et d'une durée correspondant à la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la date d'exigibilité de la créance.

Comme le dit expressément le rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 (31) qui a modifié l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 : « Le report n'est plus forfaitairement fixé à un mois, comme initialement prévu, mais il sera égal à la durée d'exécution du contrat qui a été impactée par les mesures résultant de l'état d'urgence sanitaire ».

Par exemple, pour un paiement qui aurait normalement dû intervenir le 29 mars 2020, donc dix-sept jours après le début de la période juridiquement protégée, les pénalités de retard ne pourront commencer à courir que dix-sept jours après la date de cessation de la période juridiquement protégée.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 4 de l'ordonnance dispose que « l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 [est] suspendu[e] pendant la période définie au I de l'article 1^{er} ». Dans cette hypothèse, il semble donc que les pénalités de retard soient suspendues et ne recommenceront à courir qu'à l'expiration d'un délai d'un mois suite à la cessation de la période juridiquement protégée...

La renégociation du prix

Le rappel du contexte théorique général permettra de confirmer que les ventes d'immeubles à construire ne sont pas exclues par essence du champ d'application de la théorie de l'imprévision. Si le mécanisme ne saurait jouer dans le secteur protégé du logement, il est susceptible de trouver une pleine application dans le contexte actuel pour les ventes du secteur libre.

Rappel du contexte théorique général : compatibilité de la VEFA et de la théorie de l'imprévision

Dans la vente, en application de l'article 1591 du code civil⁽³²⁾, le prix doit être déterminé - ou au moins déterminable - au jour de la vente pour que le contrat soit valablement formé. Une fois le prix fixé, le vendeur ne peut évidemment plus le modifier unilatéralement. Conformément aux dispositions de l'article 1193 du code civil, les parties peuvent toujours s'entendre pour modifier d'un commun accord le prix de vente après la conclusion du contrat. Toutefois, cette hypothèse est extrêmement rare en pratique. En principe, le prix ne sera susceptible d'évoluer qu'à la condition que le contrat l'ait prévu et que cette évolution ou cette variation s'effectue en application de critères extérieurs aux parties et sans nouvelle intervention de leur part. Ce sont les fameuses clauses de variation ou d'indexation du prix.

En dehors de ces hypothèses de variation du prix et de *mutuus consensus*, toute modification du prix initialement convenu semble prohibée dans la vente de droit commun. Or c'est bien ce caractère invariable qui est le défi le plus grand pour la reprise des marchés privés de construction s'agissant des opérations initiées par les promoteurs⁽³³⁾.

Dans le même sens, la question de l'application à la vente de la théorie de l'imprévision et d'un mécanisme correctif permettant une éventuelle variation du prix postérieurement à la formation du contrat a pu se poser. Toutefois, le terrain d'élection privilégié du mécanisme prévu à l'article 1195 du code civil est celui des contrats à exécution successive⁽³⁴⁾. Il ne semble donc pas pouvoir trouver à s'appliquer en matière de vente, qui est un contrat à exécution instantanée, translatif de propriété et dans lequel la contrepartie du prix payé est constituée par la chose objet de l'obligation du vendeur et non par l'exécution d'une prestation qui s'étalerait dans le temps. Les ventes semblent donc exclues du champ de l'article 1195 du code civil, même lorsque les parties diffèrent l'exécution de leur(s) obligation(s) dans le temps⁽³⁵⁾.

Cependant, la vente d'immeuble à construire n'est pas une vente ordinaire. En effet, selon les termes de l'article 1601-1 du code civil, « la vente d'immeuble à construire est le contrat par lequel le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ». Étrange formule contractuelle dans laquelle le vendeur se charge à titre principal d'une obligation qui pèse normalement sur les constructeurs : « édifier un immeuble ».

Certes, on sait que le vendeur d'immeuble à construire fait édifier l'immeuble et que, sauf exception, il ne l'édifie pas lui-même. Il n'en demeure pas moins que, comme a pu le noter la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 décembre 2015⁽³⁶⁾, « le contrat de vente en l'état futur d'achèvement présente une nature hybride puisqu'il porte sur la vente mais aussi sur la construction d'ouvrages, dont l'acquéreur devient propriétaire au fur et à mesure de leur exécution ».

Dès lors, compte tenu de cette nature hybride expressément reconnue, il semble que l'article 1195 du code civil, qui introduit la théorie de l'imprévision en droit privé des contrats, est parfaitement applicable à la vente d'un immeuble à construire.

On rappellera simplement que selon ce texte : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Inapplicabilité de la théorie de l'imprévision aux ventes d'immeubles à construire du secteur protégé du logement

Avant d'aller plus loin, on peut d'ores et déjà avancer que l'application de l'article 1195 et le jeu de la théorie de l'imprévision sont inenvisageables dans le secteur protégé du logement. Appliquer ce mécanisme irait directement à l'encontre de la majorité des textes du code de la construction et de l'habitation qui régissent de manière impérative le secteur protégé (37). En effet, le promoteur constructeur doit s'engager de manière irrévocable sur des prestations précises et décrites avec la plus grande minutie par des documents contractuels imposés (38), le tout en contrepartie d'un prix ferme et définitif (39)... Pour rebondir sur le texte de l'article 1195 du code civil, on peut dire que dans le secteur protégé du logement, le vendeur-promoteur accepte nécessairement « d'assumer le risque » d'imprévision.

À ce titre, on notera d'ailleurs que, dans les ventes d'immeubles à construire du secteur protégé du logement, toute évolution du prix est strictement encadrée par les articles L. 261-11-1 (40) et R. 261-15 du code de la construction et de l'habitation (41) qui limitent la liberté des parties en matière de clauses de variation et d'indexation du prix et interdisent implicitement toute autre possibilité d'évolution ou de modification du prix de vente initialement convenu.

Pour confirmer cette position de bon sens, on rappellera simplement que depuis la loi du 3 janvier 1967, qui est le texte fondateur du droit de la promotion immobilière, toutes les grandes lois du secteur protégé ont toujours reposé sur l'idée que « le promoteur immobilier étant un professionnel chevronné, maîtrisant les techniques et les risques de la construction, il devait être capable pendant la durée du programme de prévoir et d'anticiper les aléas de la construction » (42). Dès lors, on peut penser qu'il y a une espèce d'incompatibilité de principe entre le mécanisme de l'imprévision et l'esprit général qui anime le secteur protégé. Celui-ci fait naturellement peser le risque d'imprévision sur les épaules du promoteur, qui l'accepte par principe. Comme a pu le relever un auteur, considérer que la théorie de l'imprévision a vocation à jouer dans le secteur protégé du logement reviendrait à démanteler la protection de l'accédant patiemment construite depuis un demi-siècle (43). Nous pouvons ajouter que cela conduirait aussi à méconnaître le principe *specialia generalibus derogant...*

Il en va probablement de même lorsque l'acquéreur est un consommateur, que l'on se situe dans le secteur protégé comme dans le secteur libre !

Néanmoins, nous pouvons souligner le déséquilibre évident de l'arbitrage fait par le gouvernement dans l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020. En paralysant les effets de la sanction du retard dans le paiement, là où il laisse sans effet la crise sanitaire sur la détermination du prix, il crée une distorsion économique évidente en faveur de l'acquéreur, renforçant le risque économique pour le promoteur.

Pandémie et théorie de l'imprévision dans les VEFA du secteur libre

En revanche, dans le secteur libre, lorsque l'acquéreur n'est pas un consommateur, rien ne semble interdire de faire jouer la théorie de l'imprévision en matière de VEFA. En effet, la rédaction de l'article 1195 ne semble exclure *a priori* aucun contrat de son champ d'application. Or, comme nous l'avons rappelé, la vente d'immeuble à construire est un contrat à exécution successive présentant une nature hybride, à la fois vente et construction. La théorie de l'imprévision peut donc parfaitement s'y appliquer (44)... à la condition toutefois que les parties ne l'aient pas conventionnellement écartée.

Ainsi, lorsqu'aucune prévision du contrat de VEFA n'écarte le jeu de l'article 1195 du code civil pour mettre le risque d'imprévision à la charge exclusive de l'une des parties, la révision du contrat pourra être envisagée chaque fois qu'un changement de circonstances, qui était imprévisible à l'instant de sa conclusion, en rend l'exécution « excessivement onéreuse ».

Pour revenir à la situation qui nous intéresse, le caractère imprévisible de la pandémie de Covid-19 ne saurait être contesté. En effet, l'ampleur, la contagiosité et le taux de léthalité du virus, combinés au caractère mondial de l'épidémie, suffisent à affirmer que cette situation totalement inédite était imprévisible pour les contrats conclus avant la propagation de la maladie (45).

En revanche, la crise sanitaire rend-elle pour autant l'exécution des contrats de VEFA « excessivement onéreuse » ? Il est impossible d'apporter une réponse unique et générale à une telle question. Tout dépend des circonstances de fait de chaque espèce.

C'est ici que l'on retrouve toute la particularité du rôle pivot du vendeur-promoteur. En effet, étant l'acteur central d'un groupe de contrats qui ont pour objet unique l'immeuble à construire, les conditions d'exécution de l'obligation d'édifier qu'il a souscrite dans la VEFA ne peuvent être appréciées qu'à l'aune des conditions d'exécution des obligations dont il est créancier dans le cadre des marchés privés conclus avec les constructeurs.

Dans cette optique, si l'on considère que les intervenants au chantier doivent tous respecter les mesures de distanciation sociale réglementairement imposées pour limiter la propagation du virus et qu'ils doivent mettre en oeuvre les recommandations de l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) (46), on se doute que la poursuite des chantiers ne pourra pas s'envisager dans les mêmes conditions que d'ordinaire (47).

En effet, le respect des gestes « barrières », la prohibition des regroupements de personnes, l'interdiction des partages de matériels, la réorganisation générale du chantier qu'appellent toutes ces exigences ; éventuellement l'élaboration de nouveaux plans particuliers de sécurité et de protection de la santé (PPSPS), d'un nouveau plan général de coordination (PGC), les nouvelles missions confiées aux différents acteurs de la coordination sur le chantier, le respect de leurs recommandations et de celles du référent Covid-19... sont autant de contraintes nécessaires qui diminueront drastiquement la productivité sur le chantier, tout en augmentant fort probablement de manière importante les coûts de construction pour le maître de l'ouvrage. Si l'on ajoute à tout cela les difficultés fréquentes d'approvisionnement en matériaux, le retrait de certains sous-traitants et la complication de la tenue des réunions de chantier et des échanges d'informations entre les différents acteurs, qui augmenteront encore un peu plus les délais et les coûts globaux d'exécution des travaux, on mesure que la période d'urgence sanitaire va nécessairement peser lourdement sur les conditions d'édification des immeubles (48).

Sur ce point, il convient de noter que dans les rapports nés des marchés privés de construction, il est fort probable que les entrepreneurs n'envisageront de reprendre leurs activités de chantier qu'à la condition que les prix des marchés qu'ils ont conclus avec le maître de l'ouvrage soient renégociés et adaptés aux nouvelles réalités qui s'imposent à eux - au moins pour la période d'urgence sanitaire. C'est en cela que l'exécution de son obligation d'édifier l'immeuble sera nécessairement plus onéreuse pour le vendeur-promoteur (49).

Dès lors, pour les VEFA du secteur libre n'impliquant pas un consommateur, la révision pour imprévision est largement envisageable. Simplement, il faudra d'abord que le contrat n'ait pas expressément exclu le jeu de la théorie de l'imprévision (50). Ensuite, le vendeur-promoteur devra, au cas par cas, démontrer que l'exécution de son obligation d'édifier l'immeuble objet du contrat est devenue « excessivement onéreuse » du fait de la pandémie de Covid-19 et des mesures prises pour l'endiguer.

Après les questions d'adaptation du prix aux réalités issues de la pandémie de Covid-19, ce sont les problématiques de mise en cohérence des délais qui se posent.

La majoration des délais

Nous avons vu que la pandémie de Covid-19, comme les mesures prises pour l'endiguer, affectent incontestablement l'activité concrète des constructeurs. Au-delà de la majoration des coûts de réalisation des travaux, les calendriers initialement convenus ne pourront évidemment plus être respectés du fait des contraintes imposées pour la sécurité sanitaire sur les chantiers. Cela pose un certain nombre de difficultés tant au stade des marchés privés que dans le cadre des contrats de VEFA. Plus simplement dit, la question se pose de savoir si la pandémie de Covid-19 légitime une majoration des délais d'exécution des travaux et de livraison des immeubles vendus à construire.

Un premier élément de réponse peut être recherché dans le contenu de chaque contrat et notamment dans le détail des clauses de majoration de délai qui y sont contenues. Des pistes plus globales peuvent également être explorées dans les différents textes d'exception pris pour lutter contre le coronavirus et ses effets tant sanitaires qu'économiques. Enfin, la situation pousse à s'interroger sur le fait de savoir si les circonstances sont susceptibles de caractériser un cas de force majeure au sens de l'article 1218 du code civil.

Les clauses de majoration de délai

Depuis un premier arrêt fondateur du 24 octobre 2012 (51), la question de la validité des clauses de majoration de délai dans les VEFA du secteur protégé a donné lieu à une série d'arrêts remarqués de la troisième chambre civile de la Cour de cassation (52). Le dernier opus, rendu en date du 23 mai 2019 (53), fait suite à un avis de la Commission des clauses abusives du 29 septembre 2016 (54). Il valide le principe d'un nombre de jours de retard légitimés double de celui des jours d'intempérie retenus par le maître d'oeuvre sur la base de relevés météorologiques publics. Cet arrêt confirme le caractère très compréhensif de la jurisprudence pour la légitimation des retards liés à des phénomènes naturels.

Dès lors, on peut déduire de ce mouvement jurisprudentiel qu'une clause de majoration de délai qui viserait l'épidémie ou la pandémie comme causes légitimant un retard de livraison serait non seulement fort probablement validée sans réserve par les tribunaux mais également que son application serait largement admise et pleinement justifiée dans la situation actuelle.

Toutefois, le salut que les promoteurs pourraient trouver dans cette voie est aléatoire puisqu'il dépend de la rédaction effective des clauses insérées dans leurs contrats et donc de la faculté d'anticipation dont ont pu faire preuve les rédacteurs qu'ils ont missionnés.

Si des formules contractuelles viseront à n'en pas douter la pandémie comme cause légitime de prorogation du délai de livraison, il est également fort probable qu'en pratique, un nombre non négligeable de contrats (55) ne visent pas nécessairement la pandémie comme cause légitimant le retard de livraison. Cette première piste n'est donc pas absolue et dépend du contenu effectif du contrat de VEFA que le vendeur-promoteur a conclu avec les acquéreurs.

Évidemment, la situation la plus inconfortable pour le vendeur-promoteur serait celle dans laquelle, d'une part, le contrat de VEFA ne retiendrait pas la pandémie comme cause légitime de retard alors que, d'autre part, dans les marchés privés de construction qu'il a conclus avec les constructeurs, elle serait effectivement visée comme cause légitime de prorogation du délai d'exécution des travaux.

Une telle situation - qui ne relève pas d'une hypothèse d'école ! - rappelle avec force l'impérieuse nécessité qu'il y a à vérifier scrupuleusement la correspondance des contenus respectifs des marchés privés et des contrats de VEFA, dès lors que ceux-ci ont pour objet commun l'édification de l'immeuble. Autrement dit, le vendeur ne peut promettre aux acquéreurs ce qu'il n'exige pas des constructeurs, y compris en termes de délais de livraison.

Une dernière difficulté mérite d'être très brièvement évoquée sans toutefois être développée. Il s'agit de la situation dans laquelle un contrat préliminaire de réservation a été conclu et où le contrat définitif est à conclure postérieurement à la date du 12 mars 2020. Le promoteur pourrait-il légitimement, au regard de la pandémie de Covid-19, imposer dans le contrat définitif une modification du délai de livraison par rapport aux prévisions du contrat préliminaire si ce dernier précisait le délai de livraison de l'immeuble ? Rien ne s'y oppose ! De la même manière, pourrait-il modifier la clause de majoration de délai dans le contrat définitif par rapport à celle qui pouvait éventuellement figurer dans le contrat préliminaire ? Là encore, rien ne s'y oppose, y compris dans le secteur protégé du logement ! Les seules questions qui demeurent concernent d'une part la nécessité de « repurger » le délai de dix jours de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation (56), lorsque celui-ci est applicable et, d'autre part, le fait de savoir si ces modifications entre le contenu du contrat préliminaire et celui du contrat définitif sont susceptibles de correspondre à l'un des justes motifs de retrait du réservataire prévus à l'article L. 261-

31 du code de la construction et de l'habitation...

Le secours des textes d'exception ?

Nous avons vu au fil de nos développements précédents que, pour faire face à l'épidémie de Covid-19, le gouvernement et le Parlement ont rapidement adopté une série de textes spécifiques et énergiques (57). Certains ont pour objet exclusif de lutter contre la propagation du virus (58), alors que d'autres contiennent également des dispositions économiques, administratives et judiciaires et visent à limiter les conséquences sociétales de la crise sanitaire (59). Seule la lecture attentive de ces différents textes permet d'apprécier s'ils sont susceptibles de légitimer un retard de livraison.

L'ordonnance du 25 mars 2020, prise suite à la loi du 23 mars 2020, et modifiée par les ordonnances des 15 et 22 avril 2020

Nous avons déjà envisagé l'ordonnance n° 2020-306 prise en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Pour rappel, son article 2 prévoit le report, au-delà de la période d'urgence sanitaire, d'un certain nombre de délais. Toutefois, comme nous l'avons vu en amont et comme le précise expressément le rapport remis au président de la République, ne sont pas visés dans cet article 2 de l'ordonnance, les délais d'exécution des obligations contractuelles. Ces dernières doivent donc être exécutées dans les délais initialement convenus au contrat. Le vendeur promoteur ne trouve donc pas dans cet article un fondement opérant susceptible de justifier un report du délai de livraison, à l'égard de ses acquéreurs.

En revanche, l'article 4 de l'ordonnance, que nous avons également déjà évoqué dispose, dans sa version modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 : « Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1^{er}.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée.

La date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses prennent effet, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation, autre que de sommes d'argent, dans un délai déterminé expirant après la période définie au I de l'article 1^{er}, est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1^{er} ».

En application de l'alinéa 1^{er} de ce texte, les pénalités de retard - assimilées à des « clauses pénales » en cas de retard - ne courront pas pour des obligations dont l'échéance est postérieure au 12 mars 2020 et antérieure à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire (60).

Ainsi, lorsque le délai de livraison est compris dans cette période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance, les pénalités de retard ne peuvent commencer à courir pendant la période juridiquement protégée.

Plus exactement, en application de l'alinéa 2 de l'article 4 de l'ordonnance, elles ne courront qu'à compter de l'expiration d'un délai ayant pour point de départ la date de cessation de la période d'urgence sanitaire et d'une durée égale à la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la date prévue de

livraison.

Par exemple, si la livraison devait intervenir le 27 mars 2020, donc quinze jours après le début de la période juridiquement protégée, les pénalités de retard ne commenceront à courir que quinze jours après la date de cessation de la période juridiquement protégée.

On retrouve l'idée exprimée dans le rapport au président de la République selon laquelle le report est « égal à la durée d'exécution du contrat qui a été impactée par les mesures résultant de l'état d'urgence sanitaire ».

Enfin, la version initiale de cet article 4 ne visait pas les délais qui expireront postérieurement à l'expiration d'un délai d'un mois suite à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Cette incohérence a été réparée par l'ordonnance du 15 avril 2020.

En effet, le nouvel alinéa 3, qui est reproduit en amont, dispose que pour un délai de livraison qui expirera postérieurement à la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance⁽⁶¹⁾, la date à laquelle les pénalités de retard pourront commencer à courir est reportée d'une durée égale à celle de la période juridiquement protégée.

Cela est parfaitement cohérent dans la mesure où même si l'obligation n'arrivera à échéance qu'après la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance, certains débiteurs d'une obligation de faire se trouveront, du fait des difficultés imposées par le confinement, dans l'impossibilité de respecter les échéances auxquelles ils sont engagés⁽⁶²⁾.

À ce titre, comme le relève le rapport remis au président de la République sur l'ordonnance du 15 avril 2020, la clause pénale sanctionnant le non-respect d'un délai expirant postérieurement à la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance « ne prendra effet qu'à une date reportée d'une durée égale à la durée de la période juridiquement protégée ».

Autrement dit, du point de vue des pénalités de retard, le temps est suspendu pendant la période juridiquement protégée. Plus exactement, cette période est une période blanche qui ne peut être retenue pour la détermination du quantum des pénalités de retard. En pratique, cela aboutit à ce que la durée de la période juridiquement protégée ne peut être retenue comme un temps de retard réparable - sauf si les parties décident d'écartier l'application des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance dans leurs rapports réciproques !

Les décrets des 16 mars 2020 et 23 mars 2020 et le guide des bonnes pratiques publié par l'OPPBTP le 3 avril 2020

Les décrets des 16⁽⁶³⁾ et 23⁽⁶⁴⁾ mars 2020, déjà présentés en amont, prohibent les déplacements de personnes et imposent le respect des mesures de prévention de la propagation du virus. Pour rappel, le premier de ces textes dispose en son article 1^{er} : « Afin de prévenir la propagation du virus Covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes :

1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés. [...] ».

La principale exception au principe d'interdiction des déplacements concerne les trajets liés à l'exercice de l'activité professionnelle lorsque le télétravail n'est pas envisageable et que les déplacements professionnels sont insusceptibles d'être différés.

Tel semble être précisément le cas des chantiers de construction pour lesquels des délais ont été contractuellement prévus et doivent être respectés⁽⁶⁵⁾. En principe, ces premiers textes ne semblent

donc pas susceptibles de permettre de justifier l'arrêt des travaux de construction. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est ouvertement positionné le gouvernement, affirmant que l'activité devait se poursuivre, s'agissant d'une activité d'extérieur (66) !

Toutefois, en application de ces mêmes textes, la poursuite de l'exercice de l'activité professionnelle doit alors respecter les mesures générales de prévention de la propagation du virus et ne pas impliquer de regroupement de personnes. C'est uniquement à cette double condition que l'activité de chantier peut justifier que les intervenants au chantier puissent se déplacer.

Les mesures générales de prévention de la propagation du virus et les gestes « barrières » ont été visés par le gouvernement au fil de textes épars depuis l'arrêté du 14 mars 2020. Ils ont également été précisés par des publications et préconisations de Santé publique France.

Si on peut citer sans exhaustivité le respect d'une distance minimale d'un mètre entre les personnes, l'exclusion de toute co-activité, la prohibition de tout partage de matériels..., la principale mesure tient à l'interdiction formelle de tout regroupement de personnes dont devront s'assurer les acteurs chargés de la coordination sur le chantier (67).

De plus, en matière de construction, l'OPPBTP a été sollicité pour élaborer, en concertation avec les différents acteurs du secteur, un « guide des bonnes pratiques » devant permettre la reprise des chantiers dans des conditions de sécurité sanitaire satisfaisantes (68). Ce guide est paru le 3 avril 2020. S'il ne fait pas l'unanimité auprès des acteurs du secteur, sa seule publication suffit à confirmer que pour le gouvernement la reprise des chantiers, même au ralenti, reste le principe. Donc, au moins en théorie, l'arrêt d'un chantier est envisagé comme l'exception et suppose une motivation fondée sur une impossibilité véritable de poursuivre l'exécution des travaux dans le respect des conditions sanitaires réglementairement imposées.

En revanche, nul ne saurait contester que le rythme et la productivité des chantiers se trouvent nécessairement affectés par ces mesures et contraintes (69). C'est ici que la question se pose de savoir si ces mesures sont susceptibles de légitimer, à l'égard des acquéreurs d'immeubles à construire, un non-respect du délai de livraison initialement promis par le vendeur.

Pour esquisser un premier élément de réponse, rappelons ce que nous avons déjà indiqué. Les opérations de promotion immobilière reposent le plus souvent sur un ensemble de contrats interdépendants (marchés privés d'un côté et VEFA de l'autre), dont le vendeur-promoteur est l'acteur central. Ces contrats présentent un objet unique : l'édition de l'immeuble. La bonne exécution de l'un (le contrat de VEFA) dépend de la bonne exécution des autres (les marchés privés). Dès lors, il est parfaitement cohérent de considérer que les difficultés qui affectent les contrats de construction rejouissent nécessairement sur le contrat de VEFA et ne peuvent être ignorées dans les rapports avec les acquéreurs.

Or des difficultés ou des impossibilités d'exécution générées par des contraintes sanitaires imposées par l'autorité administrative auxquelles on ne peut résister rappellent fortement le concept de « fait du prince ». Ce qui fait naturellement basculer le débat dans le champ de la force majeure (70).

Le recours (circonscrit) à la force majeure

Précisions déterminantes

Selon l'article 1218 du code civil, « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en

résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

Ce texte, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, consacre les trois conditions classiques d'imprévisibilité, d'extériorité et d'irrésistibilité de l'événement. S'agissant de la pandémie de Covid-19, les caractères d'imprévisibilité et d'extériorité ne font pas débat. En revanche, le caractère irrésistible peut, par certains aspects, être plus discutable.

Avant d'analyser plus en détail ces questions, il convient de rappeler une nouvelle fois que dans la situation du vendeur-promoteur, la problématique ne peut être envisagée qu'à l'aune de son rôle pivot dans l'opération de promotion immobilière. Dans la mesure où il fait exécuter par d'autres les travaux d'édification de l'immeuble objet du contrat, ce sont les conséquences de l'épidémie de Covid-19 sur les constructeurs et sur la poursuite effective du chantier qui, par rebond, seront déterminantes dans la caractérisation d'un cas de force majeure dans ses rapports contractuels avec les acquéreurs - à l'égard desquels il s'est engagé à édifier l'immeuble.

Autrement dit, c'est parce qu'un événement présentant les attributs de la force majeure interdit ou ralentit l'exécution des travaux d'édification de l'immeuble dans le cadre des marchés privés qu'il a conclus avec les constructeurs que le vendeur-promoteur peut, en cascade, se prévaloir éventuellement de la force majeure dans ses rapports avec les acquéreurs.

Hypothèses

Deux hypothèses fort différentes d'invocation de la force majeure méritent d'être distinguées (71). La première concerne l'infection de l'un des intervenants au chantier par le Covid-19 ou sa mise en quarantaine en qualité de « cas contact ». La seconde, déjà évoquée, tient au fait du prince et repose sur les corpus parallèles de mesures réglementaires qui, d'une part, interdisent les déplacements de personnes sauf exceptions et, d'autre part, imposent des mesures de distanciation sociale effective dans le cadre de la poursuite des travaux.

La maladie ou la quarantaine du débiteur

S'agissant de la première hypothèse évoquée, la maladie est incontestablement retenue comme cas de force majeure par la jurisprudence, dès lors qu'elle est suffisamment grave et qu'elle est véritablement imprévisible (72). Au regard tant du taux de contagiosité et de létalité du virus que du caractère mondial de la pandémie, aucun doute que les exigences de gravité et d'imprévisibilité sont satisfaites. Ceci d'autant plus qu'au regard du niveau particulièrement élevé de contagiosité du Covid-19, lorsqu'un intervenant au chantier est infecté, tous les cas contacts qui ont travaillé avec lui doivent être placés en quarantaine... Ce qui est de nature à désorganiser encore davantage le chantier.

Toutefois, l'absence de caractère *intuitu personae* des contrats de construction semble de prime abord susceptible de compromettre la caractérisation d'un cas de force majeure en cas de maladie ou de mise en quarantaine de l'un des intervenants au chantier.

En effet, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a pu rappeler à l'occasion d'un arrêt du 14 avril 2006 que la maladie d'un artisan était un cas de force majeure car « lui seul était en mesure de réaliser » l'objet du contrat (73). *A contrario*, si un autre artisan avait pu exécuter l'objet du contrat, la force majeure ne pourrait de prime abord être caractérisée.

Dès lors, le fait qu'un autre professionnel puisse se substituer à celui infecté ou placé en quarantaine (74) semble limiter l'irrésistibilité de l'événement. On soulignera cependant qu'au regard du caractère absolument généralisé de l'arrêt de l'activité économique lié au confinement, la substitution par un subdélégué désigné en raison de la défaillance née de la maladie sera particulièrement complexe ou nettement plus onéreuse. Il pourrait y avoir là une autre cause d'irrésistibilité.

Autrement dit, pour qu'un cas de force majeure soit caractérisé du fait de l'infection ou du placement en quarantaine d'un intervenant au chantier, il faudra justifier que tous les intervenants de substitution qui pouvaient être sollicités l'ont bien été et qu'ils ne pouvaient pas intervenir effectivement sur le chantier. Il conviendra de se préconstituer des moyens de preuve non seulement de la sollicitation des remplaçants potentiels mais également de leurs réponses négatives. C'est uniquement à cette double condition qu'un cas de force majeure pourra être caractérisé à la fois dans le cadre des marchés privés et, par rebond, dans les contrats de VEFA.

Les mesures de sécurité sanitaire imposées sur les chantiers (et leurs effets)

La seconde hypothèse est plus subtile encore. Elle suppose une appréciation circonstanciée dans chaque cas d'espèce. On distinguera la situation dans laquelle la poursuite du chantier est impossible compte tenu des règles sanitaires imposées et celle dans laquelle le chantier peut se poursuivre mais dans des conditions d'exécution dégradées.

Impossibilité de poursuivre le chantier

Dès lors que la nature des travaux à réaliser ou les circonstances concrètes de leur exécution (exiguïté des locaux, co-activité inévitable...) rendent impossible le respect des gestes barrières ou impliquent nécessairement un regroupement de personnes, la poursuite du chantier devient juridiquement impossible du fait de la contravention aux règles de sécurité sanitaire imposées par l'autorité publique. Le chantier est donc nécessairement arrêté jusqu'à la levée de l'état d'urgence sanitaire ou au moins jusqu'à ce que les mesures de sécurité sanitaire imposées soient assouplies.

On est alors exactement dans l'hypothèse d'un « empêchement temporaire » qui justifie la suspension de l'obligation au sens de l'alinéa 2 de l'article 1218 du code civil.

Un cas de force majeure est donc pleinement caractérisé ! En effet, en pareille hypothèse, les règles sanitaires impératives correspondent au concept de « fait du prince », fréquemment mobilisé dans la caractérisation d'un cas de force majeure dès lors que la décision des pouvoirs publics était imprévisible et a rendu impossible l'exécution du contrat⁷⁵. Dans ce cas, le retard de livraison sera alors légitimé par un cas avéré et reconnu de force majeure.

Possibilité de poursuivre le chantier dans des conditions dégradées

Si la poursuite du chantier est possible, la force majeure n'est pas automatiquement écartée pour autant. En effet, il n'est pas contestable que la mise en place et le respect des mesures de sécurité sanitaire auront des conséquences inévitables sur les délais d'exécution des travaux. Il n'y a alors pas à proprement d'impossibilité totale d'exécution mais une impossibilité d'exécution du contrat aux conditions initialement prévues et arrêtées entre les parties, notamment s'agissant du délai de livraison.

Dès lors, c'est encore la réglementation prise pour lutter contre la propagation du coronavirus qui est la cause principale de l'impossibilité avérée de respecter les engagements contractuels souscrits en matière de délais. La question se pose alors pour chaque chantier de savoir si les circonstances sont telles qu'un véritable cas de force majeure peut être caractérisé.

Dans cette dernière situation, tout est donc question d'espèce et implique une casuistique délicate. Selon les réalités concrètes du chantier, la force majeure pourra être valablement invoquée ou non, tant au stade des marchés privés dans les rapports entre les constructeurs et le promoteur, pris en sa qualité de maître de l'ouvrage, qu'au stade des contrats de VEFA dans les relations avec les acquéreurs.

Toutefois, on notera avec intérêt qu'une nouvelle fois c'est la réalité concrète du chantier et les conditions matérielles d'exécution des travaux d'édition de l'immeuble qui seront susceptibles de déterminer si le non-respect des engagements de délai souscrits par le vendeur dans le cadre de VEFA lui est imputable ou non.

Définitivement, le contrat de vente d'immeuble à construire est un contrat à part ! Du fait de la particularité de son objet, il transcende les catégories contractuelles traditionnelles. Contrat de vente ayant pour socle intangible des marchés privés de travaux, il s'inscrit dans un ensemble de contrats interdépendants - au moins matériellement - qui sont tous tendus vers la réalisation d'un objet unique : l'édition de l'immeuble à construire. Dès lors les événements et aléas imprévisibles et irrésistibles qui affectent les uns se répercutent nécessairement sur les autres. La gestion de ces aléas et la modulation de la force obligatoire du contenu du contrat de VEFA qui peut en découler impliquent donc d'apprécier la situation du vendeur-promoteur sous le prisme de sa position de maître de l'ouvrage dans les marchés privés de travaux et de maîtrise d'oeuvre. Une appréhension efficace des effets de la crise du Covid-19 sur les contrats de VEFA suppose nécessairement d'apprécier les difficultés générées par la pandémie et par les mesures prises pour l'endiguer, à l'aune de cette spécificité !

Mots clés :

PROMOTION IMMOBILIÈRE * Vente en l'état futur d'achèvement * Covid-19

(1) Cette contribution, rédigée à 4 mains, est jumelée avec un article consacré aux effets de la crise sur les marchés privés.

(2) La présentation détaillée des différents textes et préconisations publiés pour lutter contre le Covid-19, sa propagation et ses effets, y compris économiques intervient dans l'article consacré aux marchés privés.

(3) JO 4 avr. 2020, texte n° 1.

(4) C. urb., art. L. 210-1 et L. 211-1 s.

(5) JO 26 mars 2020, texte n° 9.

(6) JO 16 avr. 2020, texte n° 2.

(7) JO 23 avr. 2020, texte n° 15.

(8) Dans la limite des biens concernés par ce DPU renforcé évidemment...

(9) Situation extrêmement fréquente pour ne pas dire quasi systématique.

(10) JO 17 mars 2020, texte n° 2.

(11) JO 24 mars 2020, texte n° 7.

(12) JO 24 mars 2020, texte n° 2.

(13) V. sur ce sujet notre article : Les marchés privés de construction à l'épreuve du Covid-19, dans ce numéro.

(14) Les difficultés générées par la crise sanitaire, susceptibles d'affecter un programme au niveau du contrat préliminaire de réservation, ne seront pas envisagées. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut penser à un retard de la date à laquelle la vente définitive pourra être conclue par rapport à la date initialement prévue au contrat préliminaire, à une modification substantielle du projet, à une augmentation du prix prévisionnel initialement prévu, au défaut ou au retard de notification du contrat préliminaire dans les conditions et délais prévus à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, pour faire courir le délai de rétractation de dix jours, à une modification du délai de livraison dans le projet de contrat définitif qui sera notifié au réservataire, à une modification de la clause de majoration de délai dans l'acte définitif par rapport à celle qui était prévue au contrat préliminaire de réservation, etc.

(15) Les marchés privés de construction à l'épreuve du Covid-19.

(16) C. civ., art. 1601-1, al. 1^{er} : « 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 ».

(17) Dans les contrats de construction, le vendeur-promoteur, pris en sa qualité de maître de l'ouvrage, est le créancier de l'obligation principale.

(18) Ordonnance prise en application de la loi d'habilitation n° 2020-290 du 23 mars 2020, JO 26 mars 2020, texte n° 9.

(19) Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020.

(20) CCH, art. L. 261-13 : « Nonobstant toutes stipulations contraires, les clauses de résolution de plein droit concernant les obligations de versement ou de dépôt prévues aux articles L. 261-10 à L. 261-12 ne produisent effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux. Un délai peut être demandé pendant le mois ainsi imparti, conformément à l'article 1343-5 du code civil. Les effets des clauses de résolution de plein droit sont suspendus pendant le cours des délais octroyés dans les conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil. Ces clauses sont réputées n'avoir jamais joué si le débiteur se libère dans les conditions déterminées par le juge ».

(21) Civ. 3^e, 18 janv. 2006, n° 05-14.971, Bull. civ. III, n° 18, RDI 2006. 302, obs. O. Tournafond.

(22) Civ. 3^e, 13 juill. 2016, n° 14-26.958, Bull. civ. III, n° 99, D. 2016. 1647 ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2016. 856, obs. H. Barbier - Civ. 3^e, 9 mars 1994, n° 91-17.705, RDI 1995. 118, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

(23) Civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.963, Bull. civ. III, n° 7, D. 2015. 321 ; RDI 2015. 415, obs. J.-P. Tricoire.

(24) Il convient de noter que cet article 4 de l'ordonnance n'est pas d'ordre public. Le rapport remis au président de la République sur l'ordonnance du 15 avril 2020 qui a modifié l'ordonnance du 25 mars 2020 précise expressément que « les parties au contrat restent libres d'écartier l'application de cet article par des clauses expresses notamment si elles décident de prendre en compte différemment l'impact de la crise sanitaire sur les conditions d'exécution du contrat. Elles peuvent également décider de renoncer à se prévaloir des dispositions de cet article ».

(25) La date du 12 mars 2020 semble correspondre au lendemain du jour où le caractère de pandémie a été reconnu pour la première fois par le directeur général de l'OMS à l'occasion de son allocution liminaire lors du point presse du 11 mars 2020 sur le Covid-19.

(26) Période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance.

(27) Circulaire du 17 avr. 2020 dite de présentation des dispositions du Titre I de l'ordonnance du 15 avr. 2020.

(28) JO 16 avr. 2020, texte n° 1.

(29) Civ. 3^e, 16 avr. 2013, n° 12-15.190 - Civ. 3^e, 10 nov. 1992, n° 91-12.605, RDI 1993. 389, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

(30) Période définie au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 25 mars 2020.

(31) JO 16 avr. 2020, texte n° 1.

(32) C. civ., art. 1591 : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

(33) V. sur ce sujet notre article : Les marchés privés de construction à l'épreuve du Covid-19.

(34) J. Moury et B. François, D. 2016. 2225.

(35) *Ibid.*

(36) Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, n° 14-29.960.

(37) O. Tournafond et J.-P. Tricoire, Les contrats de construction face aux nouvelles orientations du droit des contrats, RDI 2016. 391.

(38) CCH, art. L. 261-11 et R. 261-13.

(39) *Ibid.*

(40) CCH, art. L. 261-11-1 : « Au cas où le contrat défini à l'article L. 261-11 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par l'autorité administrative. La révision ne peut être faite sur chaque paiement ou dépôt que dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de cet indice. L'indice et la limite prévus ci-dessus sont définis par décret en Conseil d'État. Cette limite, destinée à tenir compte des frais fixes, de la valeur du terrain et des améliorations de productivité, doit être comprise entre 60 p. 100 et 80 p. 100 de la variation de l'indice. L'indice servant de base pour le calcul de la révision est le dernier indice publié au jour de la signature du contrat. La variation prise en compte résulte de la comparaison de cet indice avec le dernier indice publié avant la date de chaque paiement ou dépôt ».

(41) CCH, art. R. 261-15 : « L'indice mentionné à l'article L. 261-11-1 est l'index national du bâtiment tous corps d'état dénommé BT 01, créé par le ministre chargé de l'Économie et des Finances et utilisé pour la révision du prix des marchés de construction de bâtiment. Il traduit la variation des coûts salariaux, y compris les charges annexes, des coûts des matériaux et de leur transport, des coûts d'utilisation, amortissements compris, des matériels mis en oeuvre ainsi que des coûts des produits et services divers nécessaires à la gestion des entreprises définis par décision du ministre chargé de l'économie et des finances et publiés au Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation. L'index BT 01 est publié mensuellement au Journal officiel par le ministre chargé de l'Économie et des Finances. La limite mentionnée à l'article L. 261-11-1 est fixée à 70 % ».

(42) O. Tournafond et J.-P. Tricoire, préc.

(43) C. Coutant-Lapalus, RDI 2016. 348 

(44) O. Tournafond et J.-P. Tricoire, préc.

(45) Il pourrait s'agir de la date du 12 mars 2020 retenue comme point de départ de la période d'urgence sanitaire par la loi du 23 mars 2020.

(46) Guide des bonnes pratiques élaboré et publié par l'OPPBTP le 3 avr. 2020.

(47) V. notre article consacré aux marchés privés face à la pandémie de Covid-19.

(48) *Ibid.*, pour une étude détaillée.

(49) Attention ! S'il n'est pas contestable que l'exécution de son obligation sera nécessairement plus onéreuse du fait de la pandémie, le vendeur-promoteur doit rapporter la preuve qu'elle est devenue « excessivement onéreuse » pour justifier l'application de l'art. 1195 du code civil et fonder la mise en oeuvre de la théorie de l'imprévision.

(50) Comme nous l'avons exposé dans l'article connexe, ces clauses pourraient néanmoins être contestées.

(51) Civ. 3^e, 24 oct. 2012, n° 11-17.800, Bull. civ. III, n° 152, D. 2012. 2590 ; *ibid.* 2013. 945, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RDI 2013. 93, obs. O. Tournafond.

(52) Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 12-19.285, RDI 2013. 597, obs. O. Tournafond et J.-P. Tricoire - Civ. 3^e, 11 mars 2015, n° 14-15.425.

(53) Civ. 3^e, 23 mai 2019, n° 18-14.212, publié au Bulletin, D. 2019. 1164 ; *ibid.* 2020. 353, obs. M. Mekki ; *ibid.* 624, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RDI 2019. 464, obs. O. Tournafond et J.-P. Tricoire.

(54) Commission des clauses abusives, avis n° 16-01, 29 sept. 2016 sur la demande d'avis du tribunal d'instance de Boulogne-Billancourt.

(55) Si la pandémie est fréquemment envisagée comme cause de prorogation de délai, cela n'est pas systématique. Une évaluation statistique est délicate dans le cadre de la présente contribution.

(56) Il conviendrait alors de purger le délai de réflexion de l'art. L. 271-1, al. 5, du code de la construction et de l'habitation, en adressant au futur acquéreur le projet d'acte définitif.

(57) Pour une présentation détaillée de ces textes, v. l'introduction de l'article consacré aux marchés privés.

(58) Décr. n° 2020-260, 16 mars 2020 ; Décr. n° 2020-293, 23 mars 2020.

(59) Ord. n° 2020-304, 2020-305 et 2020-306, 25 mars 2020 ; Ord. n° 2020-427, 15 avr. 2020 ; Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020 ; L. n° 2020-290, 23 mars 2020, dite « d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ».

(60) Il s'agit du délai visé à l'art. 1^{er}, I, de l'ordonnance !

(61) C'est-à-dire après expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

(62) Rapport au président de la République sur l'ordonnance du 15 avr. 2020, JO 16 avr. 2020, texte n° 1.

(63) JO 17 mars 2020, texte n° 2.

(64) JO 24 mars 2020, texte n° 7.

(65) *V. supra.*

(66) Télégramme signé de Monsieur Christophe Castaner du 17 mars 2020.

(67) Pour un détail de ces mesures à respecter, v. l'article consacré aux marchés privés.

(68) V. l'article consacré aux marchés privés.

(69) *Ibid.*

(70) V. le point suivant consacré à la force majeure.

(71) Pour une étude détaillée de la force majeure dans les marchés privés du fait de la pandémie de Covid-19, v. l'article consacré aux marchés privés.

(72) Civ., 20 déc. 1926 (maladie du salarié), Gaz. Pal. 1927. 1. 457 - Com., 4 janv. 1967, Bull. civ. III, n° 6 (*a contrario*) - Civ. 3^e, 19 févr. 1975, n° 74-11.119, Bull. civ. III, n° 72 - Civ. 1^{re}, 10 févr. 1998, n° 96-13.316, Bull. civ. I, n° 53 D. 1998. 539¹, note D. Mazeaud² ; RTD civ. 1998. 674, obs. J. Mestre³ ; *ibid.* 689, obs. P. Jourdain⁴ ; JCP 1998. I. 185, n° 16, obs. G. Viney ; JCP 1998. II. 10124, note G. Paisant ; CCC 1998, n° 70, note L. Levener - V. égal. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, Bull. civ. I, n° 258 (qui s'appuie uniquement sur l'irrésistibilité), RTD civ. 2003. 301, obs. P. Jourdain⁵ ; JCP 2003. I. 152, n° 32, obs. G. Viney ; RDC 2003. 59, obs. P. Stoffel-Munck ; CCC 2003, n° 53, note L. Levener.

(73) Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, Bull. ass. plén., n° 5, D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister⁶, note P. Jourdain⁷ ; *ibid.* 1566, chron. D. Noguéro⁸ ; *ibid.* 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain⁹ ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson¹⁰ ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain¹¹ ; RTD com. 2006. 904, obs. B. Bouloc¹².

(74) Le principe est identique qu'il s'agisse d'un entrepreneur individuel lui-même ou du salarié d'une entreprise.

(75) Pour des exemples de « faits du prince » caractéristiques de cas de force majeure : - Dans le cas d'une modification du plan d'occupation des sols imprévisible pour un bailleur : Civ. 3^e, 9 juill. 2013, n° 12-17.012 - D'un retrait du permis de construire : Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, n° 09-70.502, Bull. civ. III, n° 89, D. 2011. 1620¹³ ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic¹⁴ ; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin¹⁵ ; AJDI 2011. 622¹⁶ ; RDI 2011. 447, obs. M. Poumarède¹⁷ ; AJCT 2011. 530, obs. J.-H. Driard¹⁸ - De l'intervention d'un arrêté municipal réglementant la publicité : Civ. 1^{re}, 29 nov. 1965, Bull. civ. I, n° 655 - De l'abrogation d'un arrêté ministériel réglementant le taux de commissionnement des intermédiaires d'assurance : Versailles, 13 nov. 1998, Gaz. Pal. 2000. 1. Somm. 260.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés