

6 Les garanties financières immobilières

La construction de maison individuelle, le banquier et des garanties

Bénédicte BURY,
avocat associé, B. Moreau-Avocats

1 - Bientôt 20 ans déjà !... ensuite du dispositif légal imaginé en 1990 pour sécuriser les constructions de maisons individuelles dont quelques décisions ont tracé les contours, ou plus exactement les limites d'un rôle du banquier dont il était dit qu'il était beaucoup (trop ?) attendu pour sécuriser ces CCMI (contrats de construction de maisons individuelles) non obligatoirement conclus sous la forme authentique, c'est-à-dire avec l'intervention d'un notaire. Il était ainsi souhaité que ce professionnel, surtout et paradoxalement en sa qualité de prêteur de deniers et donc de professionnel du financement, assura pourtant la « police » de ce contrat de construction.¹

2 - Les trois objectifs, en réalité mêlés de quelques moyens, énumérés dans le projet de loi, qu'il n'est jamais totalement inutile de rappeler 20 ans plus tard, étaient les suivants :

- « assurer une meilleure protection des acquéreurs et des sous-traitants en améliorant la sécurité financière et juridique de l'opération de construction » ;

- « assainir et dynamiser le marché en responsabilisant davantage les sociétés de crédit qui délivrent les garanties financières et les prêts immobiliers »

- « mobiliser l'ensemble des professionnels et des organisations consoméristes concernées au moyen de la concertation préalable et de l'application différée de la loi pour réussir la réforme avec leur appui ».²

3 - L'intervention du banquier dans ce contrat de construction se situe d'abord au niveau de sa conclusion ou plus précisément de l'émission de l'offre de prêt destinée à le financer et ensuite au stade de l'exécution du contrat de construction, en sa qualité de prêteur de deniers, pour débloquer les fonds, en sa qualité de garant de livraison, garantie imposée par le dispositif légal, sous la forme d'un cautionnement solidaire, donné par un établissement de crédit ou une entreprise agréée, à tout constructeur pour assurer la sécurité du maître de l'ouvrage, emprunteur.

4 - Tous ont souligné à quel point l'intervention du banquier apparaissait, dans ces deux fonctions, de manière tout à fait dérogatoire au droit commun. L'application devait ainsi par essence en être stricte.

5 - Dans le contexte économique actuel qui se répercute sur la construction, les bilans sont « appelés », pour analyser le dispositif à l'épreuve de l'expérience dans un contexte de forte demande de construction de maisons individuelles, ralenti depuis plusieurs mois³, de moindre ampleur cependant que pour l'immobilier collectif neuf ou ancien, étant précisé que l'accession à la propriété et notamment à la maison individuelle est de ce fait fortement encouragée par les pouvoirs publics et l'accent mis par ailleurs sur le développement durable et la qualité du bâti.⁴ Il va sans dire que l'attitude des banquiers dans le financement comme dans l'octroi de garanties est nécessairement déterminante d'une relance effective.

1. La garantie du banquier au moment de l'émission de l'offre de prêt

6 - L'objectif est affirmé sans ambiguïté : protéger le maître de l'ouvrage (et le sous-traitant dans une certaine mesure) qui s'adresse à un constructeur de maison individuelle contre les dangers d'engagements irréguliers.

7 - Le moyen retenu en 1990 a été d'offrir une garantie du cadre juridique en faisant peser un contrôle préventif sur l'interlocuteur « professionnel » incontournable : le banquier sollicité pour financer l'opération à défaut d'une intervention obligatoire du notaire.

8 - En effet, la loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 a mis à la charge du prêteur une mission de contrôle de la régularité du contrat pour lequel son intervention est sollicitée.

9 - Aux termes de l'article L. 231-10 (alinéa 1^{er}) du Code de la construction et de l'habitation

« aucun prêteur ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat comporte celles des énonciations

1. Pour une présentation des objectifs comme du dispositif de la loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990, V. C. Saint-Alary Houin, B. Saint-Alary, *Le banquier face au contrat de construction de maison individuelle* : RD imm. 1992, p. 283 et s. - A. Gourio, *La nouvelle réglementation de la construction de maisons individuelles* : JCP N 1991, n° 12, p. 141, n° 65 à 69. - M.-C. Forgeard, *Les nouvelles règles applicables à la construction de maisons individuelles* : Defrenois 1992, art. 35156, p. 25. - H. Périnet-Marquet, *Chorégraphie pour un ballet infernal, rôles respectifs du garant, de l'assureur de dommages et du prêteur dans le contrat de construction d'une maison individuelle* : JCP G 1995, I, 3892. - Malinvaud et Jestaz, *Les nouveaux contrats de construction de maisons individuelles, nouveau régime* : RD imm. 1992, p. 1. - D. Sizaïre, *Contrats de construction de maisons individuelles* : JCl. Construction, Fasc. 215-3. - Hugot et Sizaïre, *Le contrat de construction de maison individuelle*, n° 247 et s.

2. Les trois objectifs énumérés dans le projet : *Rapp. présenté au Sénat*, M. Lacommet, n° 480, p. 34.

3. AFP, fin décembre 2008, « Le nombre de mises en chantier de logements a de nouveau reculé de 14,4 % entre septembre et novembre, comparé à la même période un an plus tôt, et celui des permis de construire a chuté de 14,7 %, selon les chiffres publiés mardi par le ministère de l'Écologie. Sur les douze derniers mois (novembre 2007 à novembre 2008), le nombre de mises en chantier s'établit à 379 374 (- 12,7 % par rapport à la même période de 2007) et celui des permis de construire à 461 372 (- 17,1 %). Pour répondre à la demande de logements non satisfaite en France, l'objectif affiché du gouvernement était de 500 000 nouveaux logements par an...

Les premiers effets du plan de relance de l'économie française, qui comporte notamment un programme de construction de 100 000 logements supplémentaires en 2009 et 2010, pour Michel Mouillart, professeur d'économie à l'université Paris X-Nanterre, ne se feront sentir qu'à l'été ou l'automne, également cité par Le point.fr, 30 décembre 2008, qui souligne aussi que pour se reconforter, les professionnels misent sur l'adoption prochaine du projet de loi de la ministre du Logement Christine Boutin, qui prévoit notamment l'extension aux logements collectifs des mesures permettant d'acheter une **maison individuelle « à 15 euros par jour »**, ou dit le dispositif du « pass foncier ». C'est dire que « *Malgré un moral des Français en berne, l'attitude des banques au sujet des crédits immobiliers devrait être déterminante pour tenter de freiner cette mauvaise spirale* ».

4. *Anil, le contrat de construction de maison individuelle, rapp. 2008, juill. 2008.*

mentionnées à l'article L. 231-2 qui doivent y figurer au moment où l'acte lui est transmis. »

De manière unanime, la doctrine s'est accordée à constater qu'il s'agit là d'un contrôle formel n'obligeant pas le prêteur à vérifier la réalité ou l'opportunité des clauses ainsi insérées.⁵ Cela étant l'étendue du contrôle par le prêteur de deniers est toujours aujourd'hui discutée s'agissant d'une part de la qualification du contrat comme du contenu du contrat.⁶

A. - Le banquier, prêteur de deniers et la qualification du contrat de construction

10 - Il n'apparaît pas contesté que le texte n'impose au banquier aucun contrôle de la qualification du contrat de construction. La loi ne le dit donc pas. Il n'est pas non plus discutable que le législateur a voulu faire peser sur le banquier, incontournable, le poids d'un contrôle préalable. Enfin il est également assez unanimement convenu de l'inadaptation du choix tant il est évident que dans la logique légitime et justifiée d'une protection du consommateur immobilier, le choix d'un professionnel à raison de sa présence incontournable mais non de sa spécialité apparaît sinon contraire à l'objectif en tous cas inadéquat.

11 - De cette inadéquation entre l'objectif et le moyen retenu a inmanquablement découlé l'insatisfaction de certaines solutions adoptées, générant divergences et insécurité à la mesure de cette oscillation entre la volonté de protéger et celle d'éviter le choix d'un moyen inadapté accompagné sûrement de ses effets économiques tout aussi incontournables.

12 - Ainsi, quelques juges du fond avaient décidé que par application des dispositions de l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, le prêteur avait l'obligation de vérifier la qualification du contrat de construction⁷ en estimant que l'obligation limitée à une vérification formelle de l'existence d'énonciations du contrat de CCMI avec fourniture de plan, implique une vérification préalable de la nature du contrat qui lui est soumis sans se satisfaire de la qualification donnée par les parties.

13 - La Cour de cassation en sa chambre commerciale a rendu le 9 juillet 2002⁸ un arrêt indiquant clairement qu'en vertu de ces dispositions le banquier prêteur n'avait aucune obligation de vérifier la qualification du contrat. Il y a lieu de souligner que cet arrêt de la chambre commerciale a été rendu après avis de la 3^e chambre civile, ce qui est de nature à éviter les divergences de jurisprudence entre formations de cette haute juridiction et renforce d'autant le poids de la décision du 9 juillet 2002. Cette même chambre a confirmé cette solution le 22 octobre 2002.⁹ Cependant la 3^e chambre civile devait rendre une décision le 17 novembre 2004¹⁰ par laquelle elle a refusé d'imposer au banquier de vérifier la nature du contrat remis pour éventuellement le requalifier de contrat de construction comportant la fourniture de plans, lequel seul entre dans le cadre de la protection visée par ces dispositions légales, mais indiqué que cette circonstance n'était pas exclusive d'une obligation de renseignement et de conseil lui imposant l'obligation de déterminer avec son client le cadre contractuel du projet financé.

14 - Ensuite de cet arrêt de la 3^e chambre, certains juges du fond¹¹ ont ainsi fait peser sur le banquier prêteur de deniers, au titre d'une obligation générale d'information et de conseil, une obligation dont le législateur lui-même avait refusé de l'investir relativement à la vérification de la qualification du contrat dont le financement était sollicité.

15 - Cependant, cette jurisprudence étendant l'obligation du banquier au-delà des textes, au-delà d'un contrôle formel sur le fondement d'une obligation de « renseignement et de conseil » a suscité la résistance de certains juges du fond qui refusent de céder à cette tentation d'extension.¹² Ceux-ci ont pu souligner notamment que la loi n'impose aucune obligation du prêteur de s'interroger sur la véritable nature du contrat de construction qui lui est soumis et d'en proposer une requalification tandis qu'aucun grief pertinent n'était allégué relativement à une obligation de conseil au titre du contrat de prêt¹³. Même certains, qui avaient pourtant soutenu qu'il pourrait exister une obligation d'information et de conseil envers le maître de l'ouvrage, ont jugé que cette obligation ne saurait aller jusqu'à imposer à la banque de conseiller un cadre contractuel de préférence à un autre.¹⁴

16 - Dans ces conditions, la cour de cassation, sollicitée pour se prononcer clairement sur cette question¹⁵ vient de préciser opportunément que la Cour d'appel avait pu exactement retenir que « l'obligation qui pèse sur les banques ne va pas jusqu'à leur imposer de conseiller aux accédants à la propriété tel cadre contractuel plutôt que tel autre pour réaliser leurs projets de construction »¹⁶.

17 - Une telle extension apparaît sans doute inappropriée non seulement en ce qu'elle apparaît méconnaître la lettre mais aussi l'esprit du texte. Une lettre du ministre de l'Équipement et des transports adressée à l'AFEC¹⁷ a confirmé qu'il n'avait pas été envisagé de confier au prêteur davantage qu'un contrôle purement formel et que la loi n'imposait ni d'analyser le contenu des énonciations visées, ni de se poser en juge du contrat.¹⁸

18 - Une telle extension peut également paraître contribuer à une inefficacité du dispositif. L'inefficacité pratique d'une solution contraire qui consisterait à confier le contrôle de la validité des clauses à un organisme non pourvu de la qualité pour le faire et de nature à générer un accroissement des délais liés à un tel contrôle incompatible avec les attentes du marché et du client lui-même, a souvent été soulignée¹⁹.

19 - La volonté du législateur d'assurer une protection du consommateur, laquelle n'a de légitimité réelle que l'efficacité qu'on peut lui reconnaître, serait ainsi contrariée. Toute autre solution n'apparaît donc pas avoir été voulue par le législateur que celle d'un contrôle strictement formel du banquier dispensateur de crédit.

20 - Une telle extension apparaît encore se heurter aux règles établies à l'occasion de l'activité de dispensateur de crédit dont

5. *Dalloz Action - Construction* n° 1555 et s. - V. aussi *RD imm.* 2005, p. 392, obs. J.-M. Lemasson.

6. V. notamment A. Chomel, *L'étendue du contrôle du prêteur de deniers* : *Dr. immobilier*, 10 févr. 2000, p. 116 et s.

7. *CA Versailles*, 16 mai 1999 : *Contr. - urb.* 1999, comm. 144, note D. Sizaire. - *CA Aix-en-Provence*, 17 mai 2001 : *Constr. - urb.* comm. 57.

8. *Cass. com.*, 9 juill. 2002 : *JCP E* 2002, 1382.

9. *Cass. com.*, 22 oct. 2002 : *Constr. - urb.* 2003, comm. 123, note D. Sizaire.

10. *Cass. 3^e civ.*, 17 nov. 2004 : *Constr. - urb.* 2005, comm. 1, note D. Sizaire.

11. *CA Nancy*, 12 févr. 2007. - *CA Pau*, 14 janv. 2008 : *Constr. - urb.* 2008, comm. 59, note C. Sizaire. - *CA Grenoble*, 28 janv. 2008 : *Contr. - urb.* 2008, comm. 138.

12. *CA Grenoble*, 28 janv. 2008 : *Contr. - urb.* 2008, comm. 138, note C. Sizaire.

13. *CA Grenoble*, *op. cit.*

14. *CA Amiens*, 15 mars 2007 : *Contr. - urb.* 2007, comm. 116.

15. Note sous *CA Grenoble*, 28 janv. 2008, *op. cit.*

16. *Cass. 3^e civ.*, 14 janv. 2009, n° 07-20.416.

17. Association française des établissements de crédit.

18. Lettre produite par F. Ribay, *contrats de construction de maisons individuelles : les obligations nouvelles des prêteurs* : Banque 1991, p. 1130. - J. Attard, note sous *Cass. 3^e civ.*, 9 nov. 2005 : *LPA 1^{er} févr.* 2007, n° 24, p. 8.

19. L'étendue du contrôle du prêteur de deniers, A. Chomel, *L'actualité Juridique* : *RD imm.* 2000, p. 119. - J. Attard, *op. cit.*, n° 11 et 12, une inefficacité du contrôle logique au regard du droit bancaire.

l'analyse à conduit la Cour de cassation à exclure en tout cas une obligation de conseil (hors la signature d'une convention spécifique de conseil, ce qui d'ailleurs en cette matière est parfois le cas) et limiter une obligation d'investigation, contrairement à l'obligation de non-immixtion ou devoir de non ingérence. L'un des fondements de cette dernière obligation consistant d'ailleurs en la nécessité d'assurer la rapidité des transactions.²⁰

21 - Tout au plus et par analogie il pourrait être imaginé que la responsabilité du banquier prêteur de deniers puisse éventuellement être retenue dans l'hypothèse où le contrat présenterait une anomalie manifeste qu'il aurait dû déceler, ce qui l'aurait ainsi obligé à attirer particulièrement l'attention du client sur ce point précis au titre d'une obligation de mise en garde provoquée non par la spécialité de la profession exercée mais par la circonstance d'une anomalie dont le caractère exceptionnel devrait être caractérisé.

B. - Le banquier prêteur, garant du contenu du contrat de construction : un contrôle formel des mentions

22 - La même logique a conduit la doctrine et la jurisprudence à préciser clairement que s'il pèse sur le banquier, au stade de l'émission de l'offre de prêt, l'obligation de vérifier le contenu du contrat de construction avec fourniture de plans au regard des dispositions légales, c'est à dire vérifier la présence de certaines clauses dont l'insertion est exigée par le législateur²¹, ce contrôle est strictement formel.

23 - Parmi les énonciations visées à l'article L. 231-2 figure notamment la référence de l'assurance de dommages souscrite par le maître de l'ouvrage, en application de l'article L. 231-4 du Code des assurances, laquelle a généré un contentieux lié à la circonstance que cette mention obligatoire fait fréquemment l'objet d'une condition suspensive comme la loi l'autorise (CCH, art. L. 231-4).

24 - Le professeur Périnet-Marquet, dans une étude intitulée « chorégraphie pour un ballet infernal : rôles respectifs du garant, de l'assureur de dommages et du prêteur dans le contrat de construction de maison individuelle »²² a relevé qu'« en pratique... le prêteur... devra s'assurer de l'existence des mentions relatives aux caractéristiques de la construction et à son prix... mais n'aura que rarement à contrôler la présence d'une assurance de dommages, laquelle fera souvent l'objet d'une condition suspensive, puisque n'étant obtenue qu'après la signature du contrat », et que « les mentions les plus sensibles, par exemple celles concernant le permis de construire ou l'assurance dommages-ouvrage échapperont, en effet, à l'obligation de vérification du banquier dans la mesure où la condition suspensive les concernant ne sera pas intervenue au moment où l'offre de prêt sera faite ».

25 - La Cour de cassation a pu préciser ainsi logiquement que le banquier est tenu de vérifier que les énonciations de l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation figurent bien au contrat au moment où il lui est transmis²³ et une abondante jurisprudence des juges du fond applique cette solution en retenant que la Cour de cassation a interprété l'obligation de vérification des énonciations faites au prêteur en un contrôle formel obligeant le prêteur à vérifier que les clauses obligatoires figurent bien dans l'acte, mais non à s'assurer de leur réalité et que s'il y a condition suspensive il ne saurait notamment y

avoir indication de la référence de l'assurance souscrite puisque par hypothèse elle reste à souscrire.²⁴

26 - La Cour de cassation a encore récemment confirmé cette interprétation stricte des obligations du banquier limitées à un contrôle formel des éléments qui lui sont fournis, notamment en précisant qu'il n'incombait pas à la banque de vérifier la réalisation des conditions suspensives auxquelles était subordonnée la garantie de livraison, et notamment de la réalisation de la condition suspensive tenant à l'existence d'une garantie dommages-ouvrages²⁵. Cette décision du 26 septembre 2007 est d'autant plus claire sur la volonté de limiter le contrôle du prêteur à une vérification formelle qu'il aurait pu ici être considéré que le banquier qui a l'obligation de vérifier l'existence d'une garantie dommages ouvrages sauf si elle est stipulée condition résolutoire était tenu de vérifier l'obtention effective de cette assurance, ici condition de prise d'effet de la garantie de livraison. La Cour a limité le contrôle à une vérification formelle lors de l'émission de l'offre sans en étendre les effets au jour du déblocage des fonds.²⁶

27 - La Cour complète ainsi la règle posée : « le prêteur n'était pas tenu d'une obligation excédant le contrôle formel de l'existence de l'attestation de garantie de livraison, ... ni de conseiller les maîtres de l'ouvrage sur la vérification de ces conditions ». Cette décision vient ainsi opportunément rejeter une obligation de conseil au développement de laquelle elle avait en son temps ouvert la voie.²⁷

28 - Ainsi s'affirme une interprétation stricte de l'obligation de contrôle mise à la charge du banquier prêteur de deniers. De fait, ce contrôle strictement formel a contribué dès l'origine à améliorer la protection du maître de l'ouvrage²⁸ tandis que pourront être mis en place d'autres moyens plus appropriés pour atteindre les objectifs poursuivis. La jurisprudence établit notamment une différence de traitement entre les professionnels appelés à intervenir même de manière facultative à raison de la nature de l'intervention. Ainsi, elle fait peser un contrôle d'une autre nature sur le notaire lorsqu'il intervient à l'acte, en énonçant dans certaines circonstances qu'« il lui incombait de vérifier personnellement l'efficacité de la police responsabilité décennale souscrite, dès lors que la date d'effet de cette police n'était antérieure que de deux jours à la date d'achèvement des travaux ».²⁹

2. La garantie du banquier dans le cadre de l'exécution du contrat de construction

A. - Le contrôle du banquier prêteur de deniers lors du déblocage des fonds

29 - Aux termes de l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, la seule obligation imposée au prêteur, lorsqu'il déblocage les fonds, consiste à s'assurer qu'il a reçu communication de l'attestation de garantie de livraison.

24. Notamment *TC Paris*, 5 avr. 2006. - *CA Toulouse*, 26 nov. 2007.

25. *Cass.* 3^e civ., 26 sept. 2007, n° 06-17.081 : *JurisData* n° 2007-040510 ; *Dalloz* 2007, *chron.* 2757, *F. Nési* ; *RTD com.* 2008, p. 166, *D. Legeais* ; *Dalloz actualités*, 8 oct. 2007, *obligations du prêteur et contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture de plan A. Vincent* : *JCP C* 2007, n° 47, *S. Piédelièvre* ; *Constr. - urb.* 2007, *comm.* 221, *note C. Sizaire*.

26. *C. Sizaire*, *op. cit.*

27. *Cass.* 3^e civ., 17 nov. 2004, *op. cit.*

28. *ANIL*, *rapp.* 2008, *op. cit.*

29. *Cass.* 1^{re} civ., 18 févr. 1997 : *RD imm.* 1997, p. 261, *obs. P. Dubois*. - *V. aussi P. Dessuet*, *note sous Cass.* 3^e civ., civ., 12 sept. 2007 : *RD imm.* 2008, p. 226.

20. *J. Attard*, *op. cit.*

21. Travaux préparatoires : notamment intervention de J. Besson au Sénat : débats au Sénat, 10 oct. 1990 : *JO* 11 oct. 1990, p. 2625.

22. *H. Périnet-Marquet* : *JCP E* 1995, I, 3892.

23. *Cass.* 3^e civ., 2 juill. 2003 : *Constr. - urb.* 2003, *comm.* 266.

30 - Les juges du fond rappellent régulièrement que ces dispositions ne créent aucune obligation ayant trait à l'assurance dommages-ouvrages au moment du déblocage des fonds mais seulement une obligation ayant trait à l'attestation de garantie de livraison. Ceci ne souffre pas de discussion sérieuse.

31 - Le banquier doit vérifier que le document qui lui est présenté constitue bien le cautionnement solidaire imposé par le législateur, c'est-à-dire plus concrètement qu'il identifie le garant et comporte la signature de son engagement. La question de savoir s'il devait en outre s'assurer de la régularité des documents présentés s'est posée.

32 - La Cour de cassation a jugé dans la logique précédemment précisée que le banquier n'avait pas l'obligation de vérifier l'authenticité de l'attestation de livraison qui lui était communiquée, qu'il ne lui incombait pas de se faire communiquer l'original dès lors que la copie transmise présentait une apparence régulière.³⁰ La Cour a également jugé que le banquier n'a pas un devoir d'investigation qui devrait le conduire à prendre contact avec le garant figurant sur l'attestation pour s'assurer de l'effectivité de son engagement pas plus qu'il ne doit vérifier si ce garant dispose de l'agrément nécessaire à cette activité.³¹

33 - Une divergence avait pu être décelée avec une jurisprudence de la chambre commerciale, laquelle avait pu indiquer que « le prêteur a l'obligation de ne débloquent les fonds qu'après avoir vérifié que les documents remis constituent l'attestation de garantie dont la communication est prévue par l'article L. 231-10 du CCH ».³²

34 - La 3^e chambre civile a pu récemment confirmer sa position de principe en limitant l'obligation du prêteur à un contrôle purement formel puisque que dans une première espèce elle énonce que le prêteur n'est pas tenu d'une obligation excédant le contrôle formel de l'existence de l'attestation de garantie de livraison et qu'il n'a donc pas commis de faute en ne vérifiant pas les conditions de la délivrance de l'attestation de garantie de livraison.³³ Dans une deuxième décision, la Cour approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que le banquier n'avait pas l'obligation d'exiger la communication d'une déclaration d'ouverture de chantier.³⁴

35 - Si la loi de 1990 a permis un certain assainissement du marché à raison notamment du fait que l'exigence de cette garantie financière a évincé un certain nombre d'entrepreneurs dont la solvabilité financière était insuffisante (la loi a interdit que ce cautionnement solidaire puisse être remplacé par une garantie dite « intrinsèque »), il n'en demeure pas moins que ce système n'empêche pas de fausses attestations, la délivrance de certificats périmés... Le législateur devrait encourager le consommateur à une vigilance particulière, ce que ne fait pas le système actuel.³⁵ En tout cas le contrôle formel pesant sur le banquier ne saurait être accru, une critique importante ayant été émise relative naturellement aux compétences limitées du banquier prêteur de deniers en cette matière en ce qu'il n'est pas un

professionnel de la construction.³⁶ Pour plus de sécurité, de simplicité et de rapidité, il pourrait être envisagé un modèle d'attestation dont les mentions pourraient être formellement vérifiées. Ceci suppose aussi que soit clarifiée la question importante de la nature juridique de la garantie de livraison, dite pièce centrale du dispositif.

B. - Le banquier, garant de livraison

36 - La loi de 1990 (CCH, art. L. 231-6) impose au constructeur et à l'entrepreneur principal de justifier de la délivrance d'une garantie de livraison à prix et délais convenus destinée à sécuriser comme il vient d'être indiqué ce secteur du marché de la construction et l'assainir en responsabilisant les garants. Elle est une pièce centrale du dispositif. Les établissements de crédit peuvent ainsi être amenés à se porter garants. L'objectif a été pour le législateur de protéger le client maître de l'ouvrage notamment contre le risque de liquidation judiciaire du constructeur.³⁷

37 - La question de la nature juridique de cette garantie suscite un débat³⁸ qui ne s'éteindra pas suite de la récente décision de la Cour de cassation rendue le 3 décembre 2008³⁹.

38 - Si l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation et l'article R. 231-6 précisent que cette garantie est constituée d'une caution solidaire donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance agréés à cet effet, les effets du cautionnement sont écartés par la Cour de cassation.

39 - La garantie de livraison, « caution solidaire » semblait devoir permettre aux garants qui prennent le risque de la voir mise en jeu et pallier à la défaillance du débiteur principal en disposant d'un recours contre ce débiteur par application des dispositions du droit du cautionnement. Cependant, la 3^e chambre de la Cour de cassation maintient sa position⁴⁰ consistant à affirmer que le « garant de livraison, qui remplit une obligation qui lui est personnelle est tenu, dans ses rapports avec le constructeur, de la charge définitive de la dette qu'il a acquittée à la suite de la défaillance de celui-ci ; que le garant ayant rempli une obligation qui lui était propre par application des dispositions de l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation, la cour d'appel en a exactement déduit que la société Covéa caution ne disposait pas contre la société RA du recours subrogatoire de l'article 1251-3^o du Code civil ».

40 - La même chambre les 1^{er} mars 2006 et 27 septembre 2006 avait déjà précisé que le garant de la livraison qui indemnise l'acquéreur ensuite de la défaillance du constructeur exécute une obligation qui lui est personnelle et ne peut rechercher la caution de la personne garantie, dont l'obligation n'a pas un caractère certain.⁴¹ Par deux arrêts du 27 septembre 2006 elle a jugé que les garants avaient rempli leur obligation personnelle, sans s'acquitter de la dette du constructeur, et que dès lors

30. Cass. 3^e civ., 12 févr. 2003 : *RD imm.* 2003, p. 263.

31. Cass. 3^e civ., 9 nov. 2005, n° 04-17.061 : *LPA*, 1^{er} févr. 2007, n° 24, p. 8, note J. Attard : « il ne saurait être reproché à un banquier d'avoir débloquent les fonds sans avoir vérifié les pouvoirs du prétendu mandataire d'un garant étranger, ni même l'agrément de ce dernier pour effectuer ce type d'opérations sur le territoire français ».

32. Cass. com., 29 oct. 2003 : *RD imm.* 2004, p. 185. - D. Tomasin : *Constr. - urb.* 2004, comm. 2, note D. Sizaïre. - V. aussi A. Vincent, sous Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007 : *Dalloz actualités*, 8 oct. 2008.

33. Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007, op. cit.

34. Cass. 3^e civ., 12 sept. 2007, n° 06-16.521 : *Dalloz actualités*, 2391, 24 sept. 2007, obs A. Vincent ; *Contr. - urb.* 2007, comm. 221, p. 18, obs. C. Sizaïre ; *Banque et droit* 2007, p. 30, obs. T. Bonneau ; *Dalloz, chron.* 2762, F. Nési.

35. J. Attard, op. cit.

36. M. Dréano et P.-J. Meyssan, *Bilan des difficultés pratiques liées à la formation du contrat de construction de maison individuelle* : *Defrénois* 1997, art. 36524, n° 12.

37. Souligné par le rapport de la cour de cassation 1995, p. 259.

38. *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires* : *Litec* 2008, 4^e éd., n° 989 et note *JCP G* 2006, II, 10021 ; *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 610, n° 86, Stoufflet ; *RD imm.* 2002, p. 73, J.-M. Berly ; *RD imm.* 2006, p. 493, J.-M. Berly. - G. Courtieu, *La caution dénatée par la troisième chambre de la cour de cassation* : *Resp. civ. et assur.* 2007, étude 2.

39. Cass. 3^e civ., 3 déc. 2008, n° 07-20.931 ; *Dalloz actualités*, 5 déc. 2008, A. Vincent.

40. Fondée depuis un arrêt du 4 octobre 1995 que le garant de livraison de l'article L. 231-6 du CCH paye sa propre dette et n'exécute pas l'obligation du constructeur, Cass. civ., 4 oct. 1995 : *RD imm.* 1996, p. 82, Groslière et C. Saint-Halary-Houin ; *Gaz. Pal.* 1996, p. 8, Roussel ; *JCP G* 1995, II, 22545, H. Périnet-Marquet.

41. Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2006 : *Constr. - urb.* 2006, comm. 81, note D. Sizaïre ; *comm.* 193, note H. Groutel.

ces garants n'étaient pas fondés à solliciter le remboursement des sommes réglées ensuite de la défaillance du constructeur.⁴²

41 - Jean-Michel Berly a pu opportunément rappeler, à l'occasion d'un commentaire de ces deux arrêts⁴³, que cette question du caractère autonome des garanties financières immobilières avait déjà suscité de nombreuses discussions notamment ensuite de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 4 juin 1999 s'agissant de la garantie financière de la loi *Hoguet*, dites « autonomes » afin de protéger le client, bénéficiaire de la garantie de l'extinction de la créance principale à raison d'un défaut de déclaration de créance après liquidation judiciaire de l'agent immobilier. Cette solution déjà discutée⁴⁴, avait aussi été retenue pour d'autres garanties financières immobilières.

42 - Cependant, son absence de fondement juridique comme son inopportunité économique manifeste ont été soulignées avec pertinence⁴⁵ et parfois également grande véhémence.⁴⁶

43 - La qualification d'« autonome » permettant à une garantie de ne pas être affectée par l'extinction de l'obligation principale est devenue contestable et sans objet depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 tandis que la qualification d'« obligation personnelle » retenue par la 3^e chambre civile afin d'interdire tout recours contre le garant apparaît aussi dénuée de fondement en ce que le caractère personnel d'une obligation n'implique pas que son débiteur soit privé de recours.⁴⁷ Enfin, il n'apparaît pas que cette solution, non-conforme au texte du Code de la construction et de l'habitation soit conforme à l'esprit du législateur qui a poursuivi comme objectif de protéger les cocontractants des professionnels mais en aucun cas ces professionnels eux-mêmes. Or, en refusant de considérer cette garantie comme une caution solidaire ainsi que le prévoit le texte, la Cour de cassation a donc

interdit aux garants subrogés dans les droits des maîtres de l'ouvrage de se retourner contre la caution du constructeur (arrêt du 1^{er} mars 2006) ou contre le constructeur lui-même (arrêts des 27 septembre 2006 et 3 décembre 2008) et les a donc privés du bénéfice de l'action prévue par l'article 2306 du Code civil.⁴⁸

44 - « Comme dans les décisions qualifiant les garanties financières immobilières de garanties « autonomes », il semble que la Cour de cassation s'éloigne de la règle de droit »⁴⁹ et rien aujourd'hui n'apparaît en effet justifier « en l'état du texte, l'invention de prétendues garanties autonomes, qui le sont sans l'être, tout en l'étant, ou de divinatoires « garanties spécifiques » imaginées pour les besoins de la cause »⁵⁰. Mais quelle cause ?

45 - L'ANIL souligne en conclusion de son rapport du mois de juillet 2008⁵¹ qu'il est nécessaire que les professionnels sérieux puissent accéder à la garantie de livraison à des tarifs non dissuasifs sauf à continuer de trouver un échappatoire dans le contrat de maîtrise d'œuvre. Il ne faudrait pas que les garants déjà peu nombreux à intervenir se désintéressent du marché, ainsi que certains le font craindre dans l'hypothèse où aucune inflexion ne serait donnée à l'orientation récente de la jurisprudence qui tend à modifier la qualification de la notion de caution en l'assimilant à une assurance.⁵²

46 - Il apparaît aujourd'hui qu'une intervention législative s'avérerait nécessaire « pour faire respecter la finalité de ses propres injonctions ». Les enjeux économiques de l'ensemble de ces solutions sont considérables et comme le Professeur Simler l'a souligné récemment à propos des garanties de livraison, « le trouble occasionné ne peut qu'être amplifié dans le contexte de la crise immobilière actuelle ».⁵³

Mots-Clés : Garanties financières immobilières - Construction d'une maison individuelle - Garanties du banquier

42. Cass. civ., 27 sept. 2006 : *RD imm.* 2007, p. 435, obs. Tomasin ; *RD imm.* 2007, p. 493, obs. J.-M. Berly.

43. *RD imm.* 2006, p. 493 et s. obs. J.-M. Berly.

44. *JCP G* 2001, I, n° 356, n° 10, obs. P. Simler ; mais aussi approuvée *JCP* 1995, *JCP* 1995, II, n° 22545, obs. H. Périnet-Marquet.

45. Notamment *RD imm.* 2006, p. 493 et s. obs. J.-M. Berly ; *Constr. - urb.* 2008, comm. 15, note P. Simler.

46. *RD imm.* 2008, p. 134, obs. R. Chaine et B. de Belval, *op.cit.* ; et aussi P. Simler : *contr. - urb* 2008., *op. cit.* et G. Courtieu, *La caution dénaturée par la troisième chambre de la cour de cassation : Resp. civ. et assur.* 2007, étude 2.

47. *RD imm.* 2006, p. 495, obs. J.-M. Berly.

48. *RD imm.* 2006, p. 496, obs. J.-M. Berly.

49. *RD imm.* 2006, p. 497, obs. J.-M. Berly.

50. *Constr. - urb.* 2008, comm. 15, note P. Simler.

51. *Rapp. ANIL*, juill. 2008, p. 22.

52. *RD imm.* 2008, p. 134, obs. R. Chaine et B. de Belval.

53. *Constr. - urb.* 2008, comm. 15, note P. Simler. - V. aussi sa proposition de retenir peut-être la solution d'un porte-fort d'exécution qui apparaît adapté pour ce qui concerne les obligations de faire : *JCP G* 2006, II, 10021, p. 315 et s.