

COMMISSION OUVERTE **IMMOBILIER**

Co-responsables :
JEHAN-DENIS BARBIER ET JEAN-MARIE MOYSE,
AVOCATS À LA COUR



Sous-commission marchés de travaux

Co-responsables :
Juliette Mel et Nathalie Peyron
Avocats à la Cour

Jeudi 3 avril 2014

Décennale et performance énergétique

Intervenant :
Pascal Dessuet
Chargé d'enseignement à l'Université
de Paris Est Créteil (UPEC)
Président de la Commission construction
de l'AMRAE

*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase
vous proposent de retrouver un compte-rendu de
cette réunion.*



Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°573 du 5 juin 2014

[Construction] Evénement

Décennale et performance énergétique — Compte-rendu de la réunion du 3 avril 2014 de la Commission de droit immobilier du barreau de Paris

N° Lexbase : N2460BUN



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo
— édition privée

La sous-commission "Marchés de travaux" de la commission de droit immobilier tenait, le 3 avril 2014, sous la responsabilité de Juliette Mel, une réunion sur le thème "décennale et performance énergétique", animée par Pascal Dessuet, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris Est Créteil (UPEC), Président de la Commission construction de l'AMRAE. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Comme l'écrivait le Professeur Périnet-Marquet, en juin 2012, "*la performance énergétique attend son régime de responsabilité*" (1). La performance énergétique a, en effet, fait l'objet d'une réglementation d'une rare complexité, dénoncée à plusieurs reprises, car très technique (cf. lois n° 2010-788 du 12 juillet 2010 N° Lexbase : L7066IMN et n° 2009-967 du 3 août 2009 N° Lexbase : L6063IEB, dites lois "Grenelle" suivies de décrets et arrêtés, notamment le décret n° 2010-1269 du 26 octobre 2010, relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des constructions N° Lexbase : L2109ING et l'arrêté du 26 octobre 2010, relatif aux caractéristiques thermiques et aux exigences de performance énergétique des bâtiments nouveaux et des parties nouvelles de bâtiments N° Lexbase : L2697IN9). Se pose alors la question de savoir comment cette réglementation peut s'articuler avec les régimes de responsabilité existant. Si l'ensemble des acteurs s'accorde à penser qu'il est nécessaire de modifier le régime de responsabilité, rien ne semble acquis.

I — L'état des lieux du droit positif en matière de performance énergétique

A — Les principes structurant de la réglementation thermique et des normes applicables sous forme de label

Lorsque l'on évoque la performance, il faut distinguer deux notions qui s'opposent : la performance énergétique calculée, et la performance énergétique mesurée. La première désigne la performance entendue comme la qualité "intrinsèque" d'un bâtiment. Il s'agit d'une performance résultant de la prise en compte d'un certain nombre de caractéristiques constatées dans le bâtiment qui, par le biais d'un calcul, permettent de définir la "performance théorique", autrement dit "calculée". Cette notion s'oppose à la performance constatée, mesurée directement sur place.

La réglementation actuelle est fondée sur la notion de performance calculée. Elle repose donc sur un système qui donne l'illusion du réel, mais sans y prétendre vraiment.

En effet, tout d'abord, le choix des mots est de nature à induire en erreur, sachant que le système utilise la notion de "performance conventionnelle", laquelle ne correspond absolument pas au sens qu'un juriste pourrait lui donner, qui serait le fruit d'une convention, d'un contrat. En effet, au sens de la réglementation thermique, la performance "conventionnelle" ne correspond pas au fruit d'un accord de volonté, mais à la performance qui s'impose par l'application de textes d'ordre public ; autrement dit, la performance "conventionnelle" est celle qui résulte d'un référentiel théorique.

Ce choix étant donc malheureux, les professionnels ont estimé utile d'apporter une définition. C'est ainsi qu'un arrêté du 11 octobre 2011 est venue définir la performance conventionnelle : *"la consommation conventionnelle d'un bâtiment, au sens de la réglementation thermique, est un indicateur exprimé en kilowattheure d'énergie primaire par mètre carré et par an [kWh_{ep}/(m².an)]*.

Elle prend en compte uniquement les consommations de chauffage, de refroidissement, de production d'eau chaude sanitaire, d'éclairage, des auxiliaires de chauffage, de refroidissement, d'eau chaude sanitaire et de ventilation, déduction faite de la production d'électricité à demeure.

Elle est calculée selon les modalités définies par la méthode de calcul Th-BCE 2012, en utilisant des données climatiques conventionnelles pour chaque zone climatique, et pour des conditions d'utilisation du bâtiment fixées, représentant des comportements moyens et s'appuyant sur des études statistiques. Les valeurs réelles de ces paramètres étant inconnues au moment de la réalisation du calcul réglementaire, il peut apparaître des écarts entre les consommations réelles qui seront observées pendant l'utilisation du bâtiment et la consommation conventionnelle calculée" (nous soulignons).

S'agissant, ensuite, du contenu même de ces textes normatifs, que l'on analyse les dispositions sur le fond (qui concernent le bâtiment dans son ensemble et non les appartements ou les bureaux en tant que tels ; qui ne prennent pas en compte tous les postes de consommation d'énergie ; qui retiennent comme référence une énergie primaire et non finale, etc.), ou les procédures mises en place pour attester du respect de ces normes (cf. CCH, art. L. 111-9-1 [N° Lexbase : L9518IMH](#), dont il en ressort que les architectes et les maîtres d'œuvre du chantier peuvent attester eux-mêmes du respect des qualités intrinsèques du bâtiment), tout conduit à considérer que l'on ne se situe jamais dans la mesure concrète et effective.

Il faut savoir également qu'un décret du 18 mai 2011 réglemente la mission de ces attestants (décret n° 2011-544 [N° Lexbase : L3015IQQ](#)) ; force est de constater qu'ils ne doivent procéder à aucun sondage destructif, ou réaliser aucun test *in situ* destiné à vérifier le fonctionnement des installations ; de même, un arrêté du 11 octobre 2011 ([N° Lexbase : L6374ISU](#)), sur le formalisme de l'attestation, se limite à des rubriques concernant des contrôles visuels.

Tous ces éléments amènent à considérer que la performance doit être entendue comme théorique, et non mesurée sur le terrain.

L'ambiguïté du système est accentuée par la pratique des acteurs qui ont tendance à entendre cette réglementation comme faisant état d'une performance mesurée et vérifiée sur le terrain.

Si les consommateurs eux-mêmes, dans leur expression collective (2), sont bien conscients de cette ambiguïté et ont édité une brochure sur les bâtiments basse consommation (BBC), dans laquelle il est mentionné que *"les résultats affichés, calculés selon la réglementation, sont généralement différents de ceux mesurés par les compteurs"*, les débiteurs de l'obligation de construire, et les pouvoirs publics auteurs de ces textes, semblent afficher une réelle détermination à dépasser la norme pour aboutir à la signature de véritables "contrats de performance énergétique". C'est ainsi qu'un rapport, déposé en mars 2012, évoque les engagements contractuels pouvant aller au-delà de ce que prévoit la loi, sous la forme de garantie de performance énergétique intrinsèque (GPEI), et même de garantie

de résultat énergétique (GRE) fondée sur l'usage (http://www.planbatimentdurable.fr/IMG/pdf/rapport_GPE.pdf).

B — La traduction au plan de la responsabilité de la réglementation thermique telle que décrite

La question se pose de savoir comment cette réglementation s'articule avec les régimes de responsabilité.

1. La responsabilité de droit commun

S'agissant de la responsabilité de droit commun, l'engagement de la responsabilité peut être obtenu à deux titres, à savoir, en premier lieu, au titre de la non-conformité pure par rapport à la norme légale : il s'agit alors de l'absence de conformité aux qualités intrinsèques de l'immeuble. En second lieu, la responsabilité de droit commun peut être engagée au titre des dommages intermédiaires ; elle repose alors sur la preuve d'une faute. Il faut alors pouvoir prouver le non-respect d'une performance théorique, donc de la réglementation. Mais il ne semble pas possible de retenir la responsabilité au titre des dommages intermédiaires à propos d'un seul problème de dépassement de surconsommation réelle, mesurée sur le terrain.

2. La responsabilité décennale

S'agissant de la responsabilité décennale, on peut se demander si le non-respect de cette réglementation pourrait déboucher sur l'engagement des garanties obligatoires en matière d'assurance.

La responsabilité décennale est souvent envisagée dans une hypothèse de surconsommation ; mais il ne faut pas oublier les effets collatéraux qui peuvent résulter de cette réglementation. Par exemple, l'un des effets de la réglementation thermique consiste à rendre les immeubles parfaitement étanches, ce qui peut entraîner le risque d'une mauvaise qualité de l'air dans les logements (condensation, moisissure), et donc un risque d'insalubrité, constitutif d'une atteinte à la destination susceptible d'engager la responsabilité décennale. De même, un certain nombre de dispositifs d'installations utilisées pour permettre de respecter ces normes en matière de performance, telles que les installations d'électricité photovoltaïque, génèrent des risques d'incendie et donc de sécurité, là encore constitutifs d'une atteinte à la destination susceptible d'engager la responsabilité décennale.

Mais plus délicate est donc la question de savoir si la responsabilité décennale peut être engagée au titre d'un problème de défaut de performance énergétique. S'agissant de la performance "conventionnelle", autrement dit découlant de la réglementation, l'on pourrait considérer que le non-respect de la réglementation, laquelle est d'ordre public et sanctionnée pénalement, serait susceptible d'entraîner la responsabilité décennale ; mais cette question divise la doctrine, sachant qu'il n'existe pas de lien direct et systématique entre le non-respect d'une disposition d'ordre public et l'atteinte à la destination ou à la solidité. L'on peut toutefois citer un arrêt du 8 juin 1977 (Cass. civ. 3, 8 juin 1977, n° 75-13.014 N° Lexbase : A6118CGP), se référant au risque de "perte juridique de l'ouvrage", constitutif d'une atteinte à la destination (le défaut en cause étant susceptible d'entraîner une atteinte à la destination) ; l'on pourrait alors considérer que le non-respect des dispositions d'ordre public concernant la réglementation thermique entraîne des problèmes de droit à exploiter ou à louer le bien, et donc d'atteinte à la destination.

L'on pourrait encore considérer que le non-respect de la réglementation thermique entraîne une atteinte à la destination à raison des valeurs écologiques protégées par cette réglementation. Autrement dit, la réglementation ferait naître un principe écologique qui s'impose à l'acte de construire, et dont le non-respect entraînerait l'engagement de la responsabilité décennale.

S'agissant du non-respect de la convention des parties, on peut de même imaginer que le non-respect de la performance énergétique définie contractuellement entre les parties pourrait permettre d'engager la responsabilité décennale, la jurisprudence admettant le principe d'une définition contractuelle de la destination (cf. Cass. civ. 3, 27 septembre 2000, n° 98-11.986 N° Lexbase : A9562KIY). Un arrêt rendu par la cour d'appel de Grenoble se prononce en ce sens (CA Grenoble, 25 mars 2008, n° 05/01 449 N° Lexbase : A6758MPY).

Sur le simple terrain de la performance "conventionnelle", calculée, théorique, on voit que la jurisprudence, par différentes voies, pourrait être amenée à estimer que le non-respect de la performance théorique engagerait la responsabilité décennale. Mais au-delà, peut-on considérer qu'une atteinte à la destination intègrerait une non-atteinte de la performance réelle, autrement dit une surconsommation mesurée. Il semble qu'une telle évolution soit probable, notamment au regard de la jurisprudence rendue en matière d'isolation phonique (Ass. plén., 27 octobre 2006, n° 05-19.408, P+B+R+I N° Lexbase : A0473DSC considérant que les désordres d'isolation phonique peuvent relever de la garantie décennale alors même que les exigences légales minimales légales ou réglementaires auraient été respectées). La performance énergétique pourrait ainsi tout à fait être considérée comme une valeur sociétale, au même titre que la sécurité. Quelques arrêts commencent à se prononcer sur la question. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 2013 (Cass. civ. 3, 8 octobre 2013, n° 12-25.370, F-D N° Lexbase : A6843KME), la Cour de

cassation a censuré un arrêt qui avait retenu un peu trop radicalement que les problèmes de surconsommation d'énergie n'étaient pas de nature à engendrer une responsabilité décennale, reprochant aux juges d'appel de ne pas avoir recherché si les désordres engendrés par les défauts d'isolation thermique ne rendaient pas la maison impropre à sa destination.

II — Cet état des lieux permet-il de justifier une réforme et quelle réforme ?

A — Une réforme qui affecte les régimes de responsabilité et par ricochet celui de l'assurance construction

S'il était admis par la jurisprudence que la performance énergétique, en tant que telle, abstraite de toute norme, était une valeur intégrant la destination, il suffirait de démontrer une surconsommation pour pouvoir mettre en œuvre le régime de la responsabilité décennale, laquelle est une responsabilité présumée dont on ne peut s'exonérer que par la preuve positive d'une cause étrangère ; or, en l'occurrence, la cause étrangère évidemment invocable serait le fait de la victime, le comportement des utilisateurs. L'on voit alors immédiatement toute la difficulté de la preuve, qui peut difficilement être rapportée sans porter atteinte à la vie privée, dans la mesure où c'est leur mode de vie, au quotidien qui serait en cause. Par conséquent, faute de pouvoir rapporter la preuve d'une cause étrangère liée au comportement de l'utilisateur, le système aboutirait à une condamnation quasiment systématique des constructeurs et de leurs assureurs, sans possibilité d'exonération, ce qui constitue la problématique du sujet.

C'est ainsi que, dans un premier temps, les assureurs ont affiché une position très stricte en refusant d'assurer au titre de la responsabilité décennale tout défaut de performance, qu'elle soit "conventionnelle" (théorique) ou réelle. Dans un second temps, ils ont fini par admettre une position de compromis, en admettant que le non-respect de la réglementation (entraînant un défaut de performance "conventionnelle", mais en aucun cas réelle) pouvait être considéré comme constituant une atteinte à la destination entrant dans le régime de responsabilité décennale.

C'est dans ce contexte qu'a été présenté, en juin 2013, un projet de réforme constituant un compromis entre tous les acteurs à l'acte de construire et les assureurs. Les propositions qui en découlent (création d'un nouvel article L. 110-5-1 dans le CCH) reposent sur deux grandes idées :

— *ouvrir dans la clarté l'application du régime de la responsabilité civile décennale et de l'assurance obligatoire à la réparation des sinistres liés à la performance énergétique des bâtiments ;*

— *encadrer cette ouverture avec précision pour éviter de fragiliser la pérennité du système.*

S'agissant de l'ouverture du régime de la responsabilité décennale à la réparation des dommages liés à la performance énergétique, il a été proposé de définir expressément ce qui n'entre pas dans la destination (CCH, nouv. art. L. 110-5-1, alinéa 1) :

"Nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, la destination mentionnée à l'article 1792 du Code civil, reproduit à l'article L. 111-13 du présent code, est définie, en matière de performance énergétique, au regard de la seule consommation "conventionnelle" maximale de l'ouvrage, telle que celle-ci résulte des textes d'application des articles L. 111-9 et L. 111-10 du présent code. La production énergétique à usage externe est prise en compte, uniquement si elle entre dans son calcul" (nous soulignons).

La contrepartie de cette ouverture consiste en un encadrement très strict de l'office du juge et de son pouvoir d'appréciation quant à l'impropriété à la destination ainsi définie (CCH, nouv. art. L. 110-5-1, alinéas 2, 3 et 4), tout en prévoyant un seuil de tolérance, et en la limitant aux seuls dommages affectant matériellement l'ouvrage :

"l'impropriété à la destination ne peut être retenue que dans le cas d'une différence de consommation conventionnelle supérieure à un seuil, en présence de dommages affectant matériellement l'ouvrage ou ses éléments d'équipement. Elle est appréciée globalement pour l'ensemble de l'ouvrage construit ou modifié, y compris ses éléments d'équipement, en tenant compte des conditions de son entretien après la réception, et sur la base des éléments techniques, du référentiel et du mode calcul réglementaire ayant permis la délivrance de l'attestation de la prise en compte de la réglementation thermique.

Un décret en Conseil d'état détermine le seuil mentionné à l'alinéa précédent ainsi que les modalités d'appréciation de la consommation conventionnelle dans le cadre des expertises".

La présentation de ce texte dans les ministères depuis juillet 2013 a toutefois suscité de nombreuses critiques et il n'est pas certain que cette réforme aboutisse, ce qui serait fort regrettable pour tout le système, qui se retrouverait alors fragilisé.

B — Une réforme qui affecte le marché de l'assurance : le marché doit-il proposer de nouveaux produits ?

Un état des lieux de l'offre actuelle met en évidence l'existence de deux types de couverture : en premier lieu, la couverture du risque constitué par le fait de ne pas obtenir l'attestation de conformité à la réglementation BBC et/ou le label BBC ; en second lieu la couverture des dommages de nature décennale liés au fait que la performance énergétique "conventionnelle" ne se maintient pas durant les dix années suivant la réception ou que la sobriété énergétique soit considérée comme faisant partie de la destination d'un ouvrage.

Une évolution de l'offre pourrait se traduire par la proposition de nouveaux produits tels que :

— *la couverture de la non-atteinte de la performance énergétique réelle, résultant cette fois d'un engagement contractuel (totalement utopique...)* ;

— *l'adaptation des produits actuels couvrant la responsabilité civile de droit commun ("RC travaux" et "RC promoteur")* ;

— *la création d'un produit spécifique pour prendre en charge les frais d'expertise liés à des réclamations sur la performance réelle, une garantie dite "de recherche des causes"*.