

Master I Droit de l'Immobilier  
IDIAB

Année 2010-2011

**PLATTARD EDOUARD**  
N° 3060914

## **PERFORMANCES ENERGETIQUES ET GARANTIES LEGALES**



*Sous la direction de Béatrice Kan-Balivet  
Et Jean-Louis Wach*





Je tiens en premier lieu à remercier l'ensemble de l'équipe d'UTIADE à savoir Mme Moretto-Ranty, M. Legrand, M. Liogier, et plus particulièrement mon maître de stage, Jean Louis Wach, qui, en plus de me faire partager ses connaissances, a su m'accompagner dans mon travail.

Je tiens également à remercier l'ensemble des professionnels m'ayant apporté leur aide dans mes recherches, à savoir : M. Lentillon (ADEME), M. Peillex (CERQUAL (Association Qualitel)), Mme. Mazur (juriste environnement et développement durable) (NEXITY), M. Delpeuch (conseiller du DG au DGEC : ministère du développement durable), l'ensemble des Sections, Sous-Sections, Bureaux, et reste des personnels, du ministère du développement durable, Mme. Ghalem-Tan (Assistante de direction et relation partenariale) (IFPEB), M. Gatier (Directeur de la mission plan bâtiment) (DGALN/STRUCT/MPB : ministère du développement durable), M. Teil (ThermiConseil France), M. Gai Oren (Administrateur Committee on Industry, Research and Energy European Parliament, Brussels), Bérengère JOLY (Responsable du service juridique Fédération des promoteurs immobiliers de France – FPI), Florian Rollin (Chargé de mission Mission Plan Bâtiment Grenelle / Comité stratégique DGALN – MEDDTL), le conseil régional de Bourgogne, Me Ortega (Avocat, associé HEC Paris - Sciences Po Paris, Lefèvre Pelletier & associés , Avocats), Cedric Borel (IFPEB (Institut Français Pour le Performance Energétique)), M. Gilbert Leguay (ASCCO groupe CEA), Aude Catoire (ARCAD PQE (Agence Régionale de la Construction et de l'Aménagement en Champagne-Ardenne)).

# **PERFORMANCES ENERGETIQUES ET GARANTIES LEGALES**

TITRE I : Performances énergétiques et labellisation

Chapitre I : La labellisation.

Chapitre II : La responsabilité des constructeurs

TITRE II : Une obligation de performance

Chapitre I : La RT 2012

Chapitre II : Des impacts sur les acteurs de la construction

*« Chauffage entièrement géothermique, éclairage à partir de combustibles renouvelables, recours très économe à l'eau chaude sanitaire, l'homme des cavernes était un modèle de sobriété énergétique. À l'inverse, un homo sapiens d'aujourd'hui qui entretiendrait une température intérieure de 25° C, et prendrait trois bains par jour, dévoierait la performance énergétique de tout bâtiment construit à la norme basse consommation »*

*(Extrait du rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques)*

Il ne fait aucun doute que la préservation de la planète est une nécessité.

Au delà des initiatives françaises, telles que la création d'un ministère de l'écologie, ou la mise en place des Grenelles I et II, la réelle impulsion a bien été planétaire.

Les directives européennes de décembre 2002, fixant des objectifs de limitation des consommations des bâtiments dans le cadre de l'application du protocole de Kyoto, sont très ambitieuses.

Fixant plus spécifiquement le secteur de la construction, ces normes européennes donnent des directions de politiques nationales précises à suivre pour atteindre les objectifs de performance souhaités.

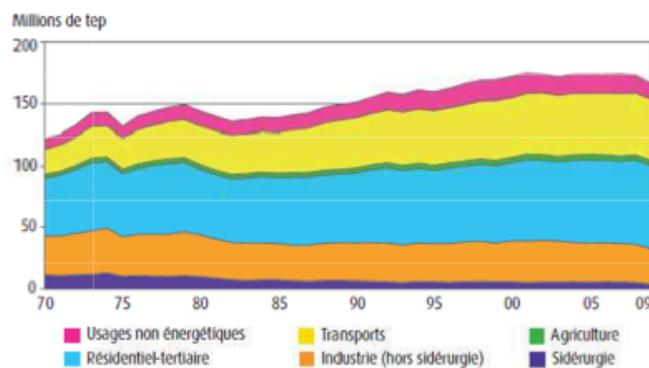
Les bâtiments représentent en Europe plus de 40% de la consommation énergétique totale de l'union, ce qui explique en partie la mobilisation des institutions supranationales, comme le démontre cet extrait de la directive 2010/31/UE du parlement :

*« Associées à l'utilisation accrue d'énergie produite à partir de sources renouvelables, les mesures prises pour réduire la consommation d'énergie dans l'Union permettraient à l'Union de se conformer au protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), et de tenir à la fois son engagement à long terme de maintenir l'augmentation de la température mondiale en dessous de 2°C et son engagement de réduire, d'ici à 2020, les émissions globales de gaz à effet de serre d'au moins 20% par rapport aux niveaux de 1990, et de 30% en cas de conclusion d'un accord international. »*

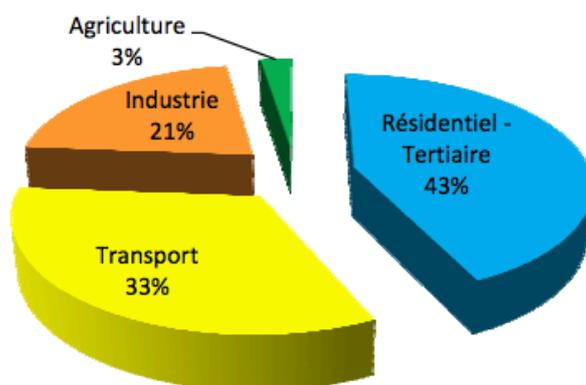
La politique européenne vise aussi bien la réhabilitation du parc immobilier existant que la mise en place d'actions contraintes avec les acteurs de l'énergie tels que les producteurs, ou encore la mise en place à venir de mesures à caractère obligatoire de non dépassement de seuils de consommation.

Les programmes tel que « European Energy Service Initiative » ou « Europe 2020 » montrent bien cet engagement.

Concernant la situation française, il faut souligner que « le secteur du bâtiment consomme 43% de l'énergie finale totale et génère 23% des émissions de gaz à effet de serre » (extrait du rapport sur les contrats de performance énergétique de Me Olivier Ortega), laissant ce secteur comme le plus gros consommateur d'énergie, devant les transports notamment.



**Figure 1 : Evolutions des consommations énergétiques finales par secteur d'activité**  
*Source : CGDD - SoeS*



**Figure 2 : Répartition des consommations 2009 en France par secteur d'activité (énergie finale)**  
*Source : CGDD - SOeS*

*(Image extraite du rapport sur les contrats de performance énergétique par Me Olivier Ortega).*

La France ne cesse de mettre en place des mesures favorisant le respect de l'environnement dans le secteur du bâtiment, telle que la création de l'éco prêt à taux zéro, mais mène également une véritable politique d'ensemble, avec la création de la réglementation thermique pour 2012, fixant la consommation maximale des bâtiments à hauteur de 50 kWh/m<sup>2</sup>/an, ou encore celle pour 2020, rendant obligatoire les bâtiments à énergie positive pour les constructions neuves.

Nous sommes actuellement sous le règne de la Réglementation Thermique de 2005, relativement peu contraignante en termes de consommations d'énergie des bâtiments, le secteur privé a, par conséquent, trouvé lui-même des solutions.

Depuis le début des années 2000, les labels de performance énergétique fleurissent, garantissant tous un peu plus le respect de l'environnement en limitant les consommations d'énergie des bâtiments.

Les organismes de labellisation, en relation avec les professionnels de la construction, développent de nombreux certificats, gages de qualité des constructions.

Cependant le problème arrive quand la performance annoncée vient à être inexistante ou du moins, peu performante.

Tous les labels proposés ne garantissent en rien la performance avancée. En effet, ces systèmes ont été lancés sans que le législateur n'intervienne pour fixer un cadre juridique assurant une certaine sécurité à l'acquéreur.

Chaque acteur aura tendance à renvoyer la question d'une possible garantie de performance promise, à un cocontractant ou un autre acteur de la construction (de constructeurs à labellisateurs, en passant par les maîtres d'œuvre).

Voyant les conflits juridiques se profiler à l'horizon, les assurances facultatives ont apporté une garantie aux constructeurs pouvant être condamnés sur ce fondement, car malgré de nombreuses interrogations, les systèmes de droit commun et de droit spécial pourront à certains égards répondre à cette nécessité de sécurité.

La liberté d'appréciation sera laissée aux juges, qui d'ores et déjà, pour ceux du fond, commencent à engager la responsabilité des constructeurs sans oser rendre de décision de principe marquant un tournant juridique.

A la vue de cette situation de flou juridique, le législateur est finalement intervenu avec la « RT 2012 » fixant un niveau de consommation maximum pour les bâtiments, instituant des contrôles et créant des obligations de moyens et de résultat pour les constructeurs.

Si cette initiative apparaît comme efficace textuellement, elle en est en réalité toute autre.

Le législateur a lancé un système de performance obligatoire calqué sur des éléments émanant d'organismes de labellisations privés. Les décrets d'application, dont les publications se succèdent, montrent bien l'écart entre la volonté d'action affichée lors des annonces de cette nouvelle réglementation et les obligations pesant sur les professionnels, au détriment de la garantie pour l'acheteur le plus souvent.

Le ministère de l'écologie, poussé par l'Union Européenne, lance de nombreux « chantiers de réformes » dans le secteur du bâtiment envisageant dès à présent la future « RT 2020 » avant même que celle de 2012 ne soit applicable, mais démontrant déjà ses faiblesses.

Par conséquent, la situation actuelle et à venir nous amène à nous demander si la performance énergétique peut être garantie à des acquéreurs.

La réponse à cette interrogation, nous le verrons, est très complexe.

Nous étudierons, dans un premier temps, les garanties offertes par le droit commun au regard de la performance conventionnelle où le législateur n'est pas intervenu, laissant une totale liberté d'action aux professionnels de la construction (Titre I), et aux mécanismes juridiques déjà en vigueur pour régler ces problèmes.

L'étude du système mis en place par le législateur, avec la création de la RT 2012 mettant en place des contrôles de respect de la performance énergétique, ainsi que des obligations de moyens et de résultat à la charge des constructeurs, devra être réalisée dans un second temps (Titre II).

Nous verrons que la réponse à cette interrogation trouvera des inspirations européennes pour des applications nationales, et touchera le domaine du bâtiment comme celui du juridique, et emportera d'importantes conséquences financières.

# **TITRE I :** **PERFORMANCES ENERGETIQUES** **ET** **LABELLISATION**

La prise de conscience collective de préservation de la planète, s'est traduit par des changements de savoir-faire, de savoir-vivre, qui deviennent des habitudes, dans tous les secteurs économiques, y compris dans le bâtiment.

N'attendant pas l'intervention du législateur, les professionnels du secteur ont voulu aller plus loin dans ce domaine de leur propre chef. En effet, depuis plus de 25 ans (1984 date création de l'association « QUALITEL »), ces derniers s'investissent humainement et économiquement dans l'écologie au niveau de la conception des bâtiments.

Ce travail se traduit essentiellement par l'attribution de label ou de certification de biens immobiliers attestant de leur qualité énergétique (Chapitre I). Les chiffres parlent d'eux-mêmes, pour le « leader » Français de la labellisation (et certification) (l'association « Qualitel »), ce sont déjà plus de 1 417 000 logements certifiés (1) depuis 1984.

Ces efforts louables des acteurs de la construction ne sont pas sans conséquence. Basés sur des labels d'application volontaire, certes reconnus par arrêtés ministériels, leurs cahiers des charges sont fixés par ces dits professionnels sans intervention du législateur.

Cette inaction législative aura des conséquences, quant à l'hypothèse d'une performance qui se révélerait uniquement théorique pour l'utilisateur du bien, sur les possibles responsabilités des acteurs de cette labellisation, et essentiellement pour les constructeurs (Chapitre II).

## **CHAPITRE I :** **LA LABELLISATION**

Une réglementation thermique pour les bâtiments est en vigueur pour les permis de construire déposés depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006, il s'agit de la Réglementation Thermique de 2005 dite « RT 2005 », qui est issue de la loi N° 96-1236 du 30 décembre 1996 et du décret N° 2000-1153 du 29 novembre 2000. Cette disposition a pour but de fixer une limite maximale à la consommation d'énergie des bâtiments neufs pour le chauffage, la ventilation, la climatisation, la production d'eau chaude sanitaire et l'éclairage. Ce dispositif est d'ordre public, et doit par conséquent être respecté par les constructeurs, maître d'ouvrage, et maître d'œuvre d'une certaine mesure.

En l'espèce nous ne traiterons pas ici de cette obligation, relativement peu contraignante pour les professionnels de la construction, et dont ils sont soumis à une obligation de respect. En effet, nous analyserons le rôle des organismes de certifications facultatives beaucoup plus difficiles à respecter (section 1) ainsi que les conséquences de ces « performances conventionnelles » sur les outils juridiques présents actuellement (Section 2).

### **Section 1 : Rôles et statuts des organismes d'approbation de la performance énergétique.**

Les labels et certificats de performance énergétique facultatifs sont attribués par des organismes privés réunis en association (I).

L'absence d'intervention spécifique du législateur dans les relations qu'entretiennent ces organisations avec leurs « clients » pose la question de la responsabilité juridique de ces derniers quant à une possible erreur de leur part marquée par une performance énergétique promise mais non atteinte (du moins à la réception du bien) (II).

## **D) Les normes des bâtiments.**

Les labels qui permettent d'attester de la performance énergétique des bâtiments sont inspirés d'expériences internationales ayant très bien fonctionné, c'est pour cela que des organismes français en ont repris les principes. Ces labellisateurs apparaissent comme essentiels à la construction du XXIème siècle, mais leur statut pose problème.

### **A) Labels et certificats.**

#### **a) La conception française de la performance énergétique.**

La France n'est pas pionnière en matière de certification et de labellisation des bâtiments. En effet cette pratique de reconnaissance des bâtiments faisant preuve d'une consommation d'énergie modérée, est développée en Europe. La Suisse a son label « minergie » similaire au « Bâtiment Basse Consommation » français (dit « BBC »), l'Allemagne a entre autres « Passivhaus » depuis 1980 qui s'est développé en dehors de ses frontières, l'Angleterre compte « BREEAM » depuis 1990 et encore, de l'Union Européenne, on notera le « LEED » américain depuis 1998 (2).

Le « BREEAM » (BRE Environmental Assessment Method) est le référentiel le plus ancien et le plus utilisé à travers le monde. Ce référentiel sert à déterminer la performance environnementale des bâtiments. Il s'est désormais institué comme un modèle dans la construction durable de bâtiments et leur évaluation de performance environnementale.

Le LEED est quant à lui basé sur le même principe d'évaluation des bâtiments à haute qualité environnementale.

Tous ces labels sont basés sur des indicateurs similaires (certains ont également des critères supplémentaires) ; on notera par exemple : la consommation énergétique exprimée en kilowattheures par mètre carré par an, la consommation d'eau en mètres cube par an, etc...

Le système français connaît à la fois des labels et des certificats de performance énergétique. En effet ces deux dénominations ne désignent pas la même chose. Deux arrêtés, du 3 mai 2007 et du 29 septembre 2009, encadrent de la sorte des labels de performance énergétique. On en distingue ainsi cinq concernant les constructions neuves : HPE 2005 (Haute Performance Énergétique), HPE ENR 2005 (identique au label HPE avec l'obligation d'avoir des équipements de chauffage à énergies renouvelables), THPE 2005 (Très HPE), THPE ENR 2005 et BBC 2005. Deux labels concernent la rénovation des bâtiments : HPE rénovation 2009 et BBC rénovation 2009 (3).

Les labels sont la propriété du labellisé, il possède un cahier des charges interne et peut être contrôlé par un organisme interne ou externe. L'attribution du label dépend de règles définies en interne par l'organisme propriétaire.

La certification dépend d'un règlement qui appartient à l'organisme certificateur, qui (le règlement) doit être publié au journal officiel. C'est l'organisme certificateur qui attribue le certificat.

Le certificat sera surtout présent dans le bâtiment pour les matériaux (Norme CE, ou NF).

Bien que reconnu par décret, les règles d'attribution mais également de contrôle de respect appartiennent donc à des entités privées (ex : l'association Effinergie (filiale de Qualitel) pour le label BBC). Cette absence de la personne publique s'explique par le caractère facultatif de

ces distinctions reconnaissant la performance énergétique, régies et contrôlées par des règles uniquement conventionnelles, ce qui pourra dans certains cas être dangereux pour le consommateur (l'acquéreur du bien) final ; par conséquent il est important de regarder plus précisément quel statut légal ont ces labels.

#### b) Le statut légal des labels.

Nous l'avons vu, la plus grande partie des « labellisateurs » est réunie au sein d'une association à but non lucratif (loi de 1901) : « Qualitel » ayant elle même des filiales qui sont également des associations, divisées selon leurs domaines d'activité (neuf, ancien, norme uniquement BBC, etc...), et la plupart de ces labels sont définis aux arrêtés des 3 mai 2007 et 29 septembre 2009.

Concernant les maisons dites « passives », les « bâtiments passifs » ou encore « positifs », ces derniers ne sont que des appellations, marques ou chartes, et aucunement des labels reconnus officiellement par la personne publique (reconnaître les valeurs d'obtention d'un label privé n'équivaut bien évidemment pas à vérifier son application, sa conformité, ou encore à mettre en place une réglementation thermique).

En l'espèce nous focaliserons notre étude sur le plus connu : le label BBC. Ce dernier est en effet le plus utilisé à l'heure actuelle dans la « labellisation » de maison individuelle, et à servi de base pour la future réglementation thermique dite RT 2012 (les coefficients de rigueur climatique, la consommation énergétique maximale, etc... étant similaires) (pour le label BBC concernant les constructions neuves).

Il est par conséquent très intéressant de voir quelles seront les garanties apportées à l'acquéreur final en cas de non atteignabilité de la performance énergétique prévue, que cette dernière soit imposée légalement ou simplement contractuellement.

Le label dit « BBC » a été créé par un arrêté du 3 mai 2007 ; il concerne les bâtiments neufs, et connaît une version pour la rénovation, issue d'un décret du 29 septembre 2009. L'application de ce dernier est volontaire, chaque constructeur, promoteur, ou maître d'ouvrage pouvant décider de demander une labellisation BBC ou de ne pas le faire, et est attribué et contrôlé par l'association « Effnergie », filiale du groupe Qualitel (nous étudierons quasiment exclusivement le label BBC pour les constructions neuves).

Ce label fixe une exigence de consommation de 50 Kwh/m<sup>2</sup>/an incluant le chauffage, le refroidissement, la ventilation, la production d'eau chaude sanitaire et l'éclairage. Cette valeur est pondérée par un coefficient de rigueur climatique tenant compte des spécificités géographiques du territoire et le faisant, par conséquent, varier de 40 à 65 Kwh/m<sup>2</sup>/an.

Une mesure de perméabilité à l'air ne devant pas dépasser 0,6 m<sup>3</sup>/H.M est également réalisée. Cette reconnaissance de performance n'est pas choisie par les maîtres d'ouvrage, maître d'œuvre et constructeurs uniquement par soucis d'éthique écologique. En effet l'obtention du label donne également droit d'être éligible à l'éco prêt à taux zéro (et maintenant à l'éco prêt à taux zéro plus), à une réduction de la taxe foncière, et à une extension du coefficient d'occupation des sols (aucune incitation fiscale n'étant prévue pour l'obtention du label BBC rénovation).

Ces mesures fiscales et d'urbanisme, couplées à l'arrivée future de cette performance

devenant obligatoire, ont fait exploser le nombre de demandes de labellisation, et ce, malgré le fait que certaines interrogations concernant les acteurs de la filières ne soient pas résolues.

## **B) Les acteurs de la labellisation.**

### **a) Un lien contractuel unique avec le constructeur.**

L'organisme chargé de la labellisation connaîtra des liens contractuels avec son client uniquement, à savoir, le constructeur, le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre. En effet, ces derniers (le maître d'ouvrage dans la plupart des cas) devront, dans un premier temps, avant de démarrer la construction, faire une demande du label BBC.

Cette dernière devra indiquer les matériaux et techniques utilisés, et (entre autres) des calculs des futures consommations calculées par un bureau d'étude pour le bâtiment.

Dans le cas le plus connu, ce sera un constructeur professionnel qui fera la demande de labellisation auprès de l'organisme spécialisé ; le label servant notamment comme argument commercial majeur. L'acquéreur du bien, que l'on peut imaginer satisfait d'acheter un bien énergétiquement performant (moins polluant, permettant d'obtenir des incitations fiscales, etc), n'aura quant à lui aucun lien avec l'organisme qui a pourtant délivré le label sur ses propres critères et avec ses observations et calculs personnels, seul le constructeur à qui il a acheté le bien en aura.

L'interrogation sur la responsabilité de ce dernier reste alors entière si l'utilisateur du bien, qui doit être le bénéficiaire des économies d'énergie et qui a payé le surcoût lié à l'obtention du label, n'a pas de liens contractuels avec le labellisateur qui est responsable de reconnaître le bâtiment comme conforme à la norme. En effet, ce dernier ne pourra se retourner que contre le constructeur qui lui a vendu le bien, avec qui il a un lien contractuel et qui, pourtant, n'a pas pu décider d'octroyer « la distinction » et qui ne pourra pas non plus vérifier si l'utilisation est bien conforme aux exigences du cahier des charges de l'organisme ou encore si les calculs effectués sont exacts.

Le doute lié à une possible responsabilité de ces organismes les laisse perplexes voire craintifs, c'est pourquoi apparaissant comme les seuls à pouvoir reconnaître la performance énergétique sans pour autant être mis en cause par l'utilisateur final du bien, il m'a paru important de leur laisser la parole et de leur permettre d'apprécier eux-mêmes leur possible responsabilité.

### **b) La vision de leur responsabilité.**

La totalité, ou quasi totalité des organismes de labellisation, ne pense pas pouvoir être tenue pour responsable en cas de défaillance de la performance énergétique promise.

En effet, la plupart énonce le fait que n'étant pas signataire de marché ou ne participant pas à l'acte de construction, ils ne peuvent être vus comme responsables de la non effectivité des économies d'énergies promises.

En effet, ces derniers ne sont pas signataires de marché avec le constructeur comme pourrait l'être l'artisan responsable de la pose des fenêtres laissant passer l'air et obligeant la maison à une surconsommation pour maintenir une température intérieure convenable ; il ne s'engage qu'à réaliser une étude qui donnera lieu à une acceptation ou a un refus d'agrément. Ces

derniers estimant par conséquent ne pas être soumis à la responsabilité décennale, ils ne doivent pas s'assurer. On peut aisément se poser la question d'éventuelles conséquences si le juge en décidait autrement.

Il est vrai que leur obligation ne tenant qu'à l'étude, seule sa non réalisation, ou une erreur manifeste dans le calcul, pourrait être sanctionnée.

Cette possible responsabilité vue comme impossible par les labellisateurs est complexe et doit par conséquent être étudiée plus en détail.

## **II) Sanctions et exonérations.**

Nous l'avons vu, la performance énergétique est essentielle pour l'acquéreur, aussi bien en raison des avantages fiscaux qui en résultent, que des économies directes liés au coût de la consommation d'énergie. Cependant, l'affectation des labels est imparfaite et la responsabilité des techniciens qui l'attribuent paraît difficilement engageable.

### **A) Des performances calculées.**

#### **a) Des économies « théoriquement » possibles.**

Les labellisateurs utilisent ce que l'on appelle « le calcul règlementaire » pour vérifier si la performance énergétique devant être respectée pour l'obtention du label sera ou non présente. Ce calcul tiendra compte des matériaux utilisés, de la situation géographique du terrain, de l'orientation du bâtiment, etc... Cependant si l'ordinateur réalisant ces calculs part d'une donnée fixée pour chaque type de matériaux utilisés, il ne pourra jamais prendre en compte la possible défaillance d'un des matériaux dans la masse, les conditions climatiques pouvant être très mauvaises pour une période ; en réalité, que ce soit l'outil informatique ou l'homme certificateur, ils ne pourront ni l'un ni l'autre prendre en compte l'aléa.

Si ce dernier est envisageable mais rare, il pourra éventuellement être vu comme le risque à prendre pour l'acquéreur.

Cependant, des cas de bâtiments ayant obtenu un label de performance énergétique mais ne répondant pas à cette obligations, apparaissent au fil du temps, laissant penser qu'au delà de l'aléa, une erreur du labellisateur, voire de sa façon de travailler est possible.

En effet, on notera l'exemple cité par Jean Carassus dans son étude « les immeubles de bureaux verts tiennent-ils leurs promesses » commandée par le CSTB (Centre Scientifique et Technique du Bâtiment). Dans cette illustration, il fait part du cas du « bâtiment 270 » réalisé en 2005 à Aubervilliers dont l'objectif était de 120 Kwh/m<sup>2</sup>/an, pour atteindre finalement 170 Kwh/m<sup>2</sup>/an (4). On pourra également citer les problèmes des ponts thermiques de l'immeuble du Pallium dans la ZAC de Bonne à Grenoble, du « patio lumière » dans la même localité consommant 32% (5) de plus que ce qui était initialement convenu, et les exemples se multiplient.

Les labellisateurs et constructeurs tentent de se dédouaner de toute responsabilité en expliquant notamment que certaines conditions de vie doivent être respectées pour arriver aux niveaux de consommation promis, tel qu'une température de 19°C dans les pièces la journée, etc...

En fait, l'erreur résulte du manque de réalité des calculs effectués, basés sur des données fixes tenant compte de moyennes, pondérations, etc... Tous ces chiffres ne tiennent pas compte du plus important : l'utilisation du bien. Vous pouvez certifier qu'une maison ne consommera jamais plus de 50 Kwh/m2/an ; si vous vivez les fenêtres ouvertes été comme hiver, obstruez les systèmes de ventilations, prenez trois bains par jours, la consommation sera bien évidemment non respectée.

Sans partir dans des conditions d'utilisation extrêmes, nous allons voir que sa non prise en compte totale est préjudiciable pour les organismes gestionnaires des labels.

#### b) L'absence d'approche de l'utilisation du bien.

La plus grosse lacune des calculs des certificateurs tient dans l'absence de prise en compte de l'utilisation du bien.

En effet, les calculs sont réalisés en fonction des qualités intrinsèques des bâtiments sans considération des activités pratiquées (pour les immeubles de bureaux), des habitudes des occupants, etc...

Dans l'exemple cité par Jean Carassus du « bâtiment 270 », le défaut de performance énergétique vient du fait qu'une partie de l'immeuble était occupée par un journal, ce qui impliquait une occupation continue (7 jours sur 7 et 24H/24H) et non pas cinq jours par semaine et dix heures par jour.

Deux solutions s'offrent alors aux organismes délivrant les labels :

- tenir compte de l'utilisation future dans les calculs, tels que les périodes d'occupation du bien, le nombre d'occupants, etc. pour ensuite accepter ou refuser de délivrer le label, sans tenir compte exclusivement de qualités intrinsèques débouchant sur des calculs purement théoriques.
- adopter un système semblable à celui que connaît le programme HOMES piloté par Schneider, permettant un « contrôle actif » de la consommation d'énergie par le maître d'ouvrage. Ce dispositif peut aller jusqu'à la création d'un poste d'« Energy Manager » surveillant le respect des consommations énergétiques pour garantir le niveau de performance. Dans cette hypothèse, il serait envisageable de faire une demande à l'organisme chargé du label, qui attribuerait ce dernier après contrôle, sorte d'étoiles du guide Michelin adaptée au bâtiment.

Au delà de la nécessité de test d'étanchéité à l'air comme cela est le cas pour l'obtention du label BBC par Effinergie, il faudrait prévoir d'autres tests pour vérifier que les matériaux utilisés remplissent bien leur rôle et que la performance énergétique peut être respectée, tel que l'efficacité des systèmes de chauffage et de refroidissement, le débit de la ventilation, etc...

Enfin, de nombreux professionnels militent pour la distribution d'une notice d'utilisation, ou charte de bon usage du bien, par les organismes labellisateurs. En effet, ces derniers étant des professionnels de la performance énergétique, et étant détenteurs des labels, ils connaissent les conditions d'usage normales du bien permettant le respect des consommations promises. Cette hypothèse (en dehors de présence de clause pouvant être jugée comme illicite) permettrait très sûrement à ces organismes d'être assurés de ne pouvoir voir leur responsabilité engagée en cas d'irrespect des performances promises (en dehors de

l'hypothèse d'une erreur de calcul).

Ces points n'étant que des idées, des hypothèses, il faut vérifier si cette différence de consommation entre celles promises et celles atteintes pourrait engager la responsabilité de ces organismes.

## **B) L'imputabilité de la non atteignabilité aux « labellisateurs ».**

### a) Une responsabilité difficile à démontrer.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la cour de cassation le 2 octobre 2007 marque une position intéressante des juges. En effet, même si l'argumentation du défendeur était assez mal choisie, la cour n'écarte pas une possible responsabilité délictuelle des organismes de certification (ou labellisation). Cassée au visa des articles 12 du Nouveau Code de Procédure Civile et 1134 du Code Civil, le défendeur arguait qu'il existait un contrat d'assurance entre un acquéreur et un organisme de certification. Notant l'absence de lien contractuel entre ces parties la cour a bien logiquement écarté cette possibilité. Cependant, la cour n'écarte pas la possibilité d'une éventuelle responsabilité délictuelle de l'organisme (la question ne lui a certes pas été posée mais elle ne cherche pas directement à l'exclure pour éviter des cas similaires dans le futur). Cette hypothèse pourrait éventuellement être acceptée si le juge reconnaissait une obligation de vérification des biens certifiés, ce qui n'est pas à exclure quand on sait qu'en terme de labellisation BBC des tests, notamment d'étanchéité à l'air, sont prévus par Effinergie.

Sur une possible responsabilité des certificateurs au titre de la responsabilité décennale :  
Basons nous sur l'hypothèse d'un acquéreur d'un bien immobilier labellisé BBC qui se rendrait compte après plusieurs années d'utilisation que son bien est en surconsommation par rapport aux performances promises. Ce dernier se retournerait contre son seul interlocuteur avec qui il entretient de surcroît des relations contractuelles : le constructeur.

Envisageons alors l'hypothèse où toutes les techniques de la construction ont été respectées et où, en réalité, la maison est en impossibilité technique, au regard des matériaux utilisés, de son implantation sur le terrain, etc, de répondre aux exigences de performances énergétiques.

La responsabilité reposerait par conséquent sur les calculs et l'étude réalisés par l'organisme certificateur qui aurait commis une erreur. Par conséquent, si le juge accepte de reconnaître ce dernier comme « un technicien » lié au constructeur par « un contrat de louage d'ouvrage », prévu à l'article 1792-2 du Code Civil, il pourrait examiner ensuite si les deux critères nécessaires pour engager la responsabilité du labellisateur sont ou non présents.

En effet, les conditions de la responsabilité décennale sont bien remplies, il y a un dommage : la non performance énergétique qui rend l'ouvrage impropre à sa destination (même si ce point fera l'objet d'une plus longue analyse, car beaucoup plus technique à déterminer) : « l'habitation normale du bien » (la maison ne pouvant pas respecter des températures de vie acceptables ou la surconsommation entraînant un coût trop important pour ses utilisateurs).

## b) D'éventuelles sanctions.

Nous l'avons vu, la responsabilité décennale des organismes de labellisation pourrait théoriquement être engagée mais il semble difficile à croire que le juge acceptera cette solution.

La responsabilité de ces derniers pourrait alors être envisageable sur une mauvaise exécution du contrat ou sur une carence à l'obligation d'information.

En effet, ces organismes sont des professionnels et sont soumis à une obligation d'information : de non prise en considération des conditions d'utilisation, d'une possible différence entre les consommations promises et celles finalement mesurées, etc... Le problème réside dans le fait que le cocontractant du labellisateur sera très régulièrement un professionnel, en général un constructeur, qui est censé connaître cette éventualité. Dans ce cas-là, la responsabilité de l'organisme sera très compliquée à prouver, et, par conséquent, les sanctions inexistantes. Si ces derniers ont pour cocontractant un particulier, assurant lui-même la maîtrise d'ouvrage de sa construction, le juge estimera que l'organisme était bien soumis à une obligation d'information, et pourra, en cas de constatation d'irrespect à cette obligation, déclarer la nullité du contrat, obligeant l'organisme à rembourser le maître d'ouvrage.

Concernant une éventuelle erreur de calcul empêchant d'obtenir le label, bien que le bien le permette, ou au contraire, que le label soit attribué à un bien ne pouvant pas assurer ses exigences de performance ; dans cette hypothèse, l'organisme pourra être condamné à verser des dommages et intérêts à son cocontractant, quelle qu'en soit sa qualité.

Nous l'avons vu, la performance énergétique donne lieu à une course à l'obtention des labels ; les intérêts financiers et juridiques étant très importants. Cependant, cette « obligation » de prise en compte de l'écologie dans le bâtiment, la multiplication des critères de qualité environnementale, et l'absence d'intervention du législateur laissant la place au régime conventionnel ont eu certaines conséquences sur les outils juridiques en droit de la construction, allant de modifications d'existants à la création de certains devenus nécessaires.

## **Section 2 : Les conséquences de la certification dans la construction : apparition de nouveaux outils, ou adaptation d'actuels.**

La certification dans la construction a bouleversé de nombreuses habitudes, et, par conséquent, de nombreux outils. Le législateur a créé de nouvelles possibilités avec les « Contrats de Performances Energétiques » (I), même s'ils ne rencontrent pas un véritable succès pour le moment, et les assureurs se sont quant à eux adaptés aux nouvelles demandes de leurs clients, aussi bien au niveau des assurances obligatoires, dont certains voient une possibilité de prise en charge de la performance énergétique, que des facultatives (II).

### **I) Le CPE en droit privé**

La nécessité de respect de l'environnement dans le bâtiment a conduit le législateur à créer un nouvel outil : le Contrat de Performance Energétique (CPE). Ce mécanisme, présent à

l'étranger, permettra de garantir la performance énergétique, ce que ne peuvent pas faire les organismes de labellisation. Cet outil, promis très certainement à un grand succès dans le futur, pose cependant certaines interrogations.

## **A) Un nouvel outil.**

### **a) Une origine européenne.**

« Le contrat de performance énergétique a pour objet de garantir dans la durée une amélioration de l'efficacité énergétique d'un bâtiment ou ensemble de bâtiments existant. L'amélioration de l'efficacité énergétique consiste en la réduction de la consommation énergétique et, le cas échéant, la modification du niveau de service » (7).

Le contrat de performance énergétique n'est pas une création française ; l'Allemagne a été pionnière dans ce domaine avec quatre formes de contrats : « l'Anlagen Contracting » (sur le renouvellement et l'exploitation d'installations), le « Betriebsführungs Contracting » (uniquement sur l'exploitation de bâtiments), l'« Energiespar Contracting » (sur la vente d'économies d'énergie), et le « Finanzierungs Contracting » (sur le financement d'installations énergétiques). Tous ces contrats sont signés pour des durées de huit à vingt années et représentent des économies de l'ordre de 10 à 25% pour des bâtiments du secteur tertiaire de plus de 5 000 m<sup>2</sup> (8).

Ce fut ensuite au tour du monde anglo-saxon de suivre le modèle allemand, avant la France. Un véritable système institutionnel fut mis en place : l'ESCO (« Energy Service Company »). Une ESCO devra lever les fonds nécessaires aux projets d'économie d'énergie, faire procéder à la réalisation des travaux ou à l'achat des équipements nécessaires et garantir un résultat.

Le contrat de performance énergétique dans sa version française est issu à la fois du droit communautaire et du droit interne.

Le cadre européen est composé de deux directives du 5 avril 2006 et du 19 mai 2010.

La directive du 5 avril 2006 (N° 2006/32/CE) « relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques. Cette directive a pour objet de rendre l'utilisation finale de l'énergie plus économique et plus efficace en établissant notamment des objectifs indicatifs, des mesures d'encouragement et des cadres institutionnel, financier et juridique nécessaires pour éliminer les obstacles et les imperfections du marché » (8). Cette norme associe les divers acteurs du secteur de la production, de la gestion et de la vente d'énergie pour permettre à leurs assurés et clients de bénéficier de mesures d'efficacité énergétique. Elle incite également les états membres de l'Union à supprimer toutes mesures fiscales et législatives empêchant l'accès aux dispositifs permettant l'efficacité énergétique à leurs concitoyens, personnes physiques ou morales, et de promouvoir l'échange de bonnes pratiques.

La directive N° 2010/31/UE du 19 mai 2010 « réaffirme la nécessaire application par les Etats d'une méthode de calcul de la performance énergétique ainsi que la fixation d'exigences minimales en matière de performance énergétique tenant compte du climat intérieur, des particularités locales, de l'utilisation du bâtiment, de son âge et éventuellement de son caractère neuf ou existant ou de sa catégorie » (8). Cette disposition va plus loin que la première car elle vise aussi bien les constructions neuves que la rénovation, les remplacements, installations ou modernisation, de systèmes techniques ou d'éléments d'enveloppe du bâtiment.

En droit interne, la première mesure visant à diminuer la consommation énergétique nationale de 2% puis 2,5% en 2015 puis 2030 fut la loi du 13 juillet 2005 qui visait lesdits contrats prévus par la législation européenne pour atteindre ces objectifs.

Ensuite, les lois « Grenelle 1 & 2 » qui fixent, entre autres, les objectifs de la future réglementation thermique et imposent une consommation d'énergie finale de 50 Kwh/m<sup>2</sup>/an, visent l'utilisation de ce type de contrats pour y parvenir.

Qu'elles soient Communautaires ou Nationales, ces normes posent un problème car elles ne donnent pas de définition précise et arrêtée du « contrat de performance énergétique laissant libre cours aux interprétations de chacun » (la définition citée ci-dessus a été faite par l'administration dans un document interne).

Ces « CPE » seront caractérisés par quatre éléments principaux.

#### b) Les caractéristiques et mises en œuvre du contrat.

La première de ces caractéristiques est, bien entendu, l'objet du contrat qui devra obligatoirement être la performance énergétique, la diminution de la consommation d'énergie ; de simples travaux de rénovation à portée plus ou moins environnementale ne pourront bien entendu pas bénéficier du statut de contrat de performance énergétique s'ils ne portent pas sur cette notion de performance.

Le deuxième point essentiel sera l'investissement. En effet, qu'il soit matériel ou immatériel, ce point sera obligatoire pour le maître de l'ouvrage, un tiers, la société de service énergétique ou l'utilisateur lui-même. Ce dernier devant être réalisé dans le but de parvenir à une baisse des consommations d'énergie.

Enfin, les deux derniers critères vont de paire car il s'agit de la garantie de la performance énergétique par la société de service d'efficacité énergétique, et de la mesure de ces performances par des données mesurables sur toute la durée d'exécution du contrat, pour que la performance soit réelle et non pas, ou plus comme cela est le cas avec une simple labellisation, conventionnelle.

Les contrats de performances énergétiques pourront revêtir plusieurs formes, au regard de la qualité du bâtiment concerné, de l'investissement réalisé, des attentes des cocontractants et de la durée du contrat.

En l'espèce nous reprendrons la classification, très efficace et claire, proposée par Maître Olivier Ortega dans son rapport sur les CPE.

On notera en premier lieu l'existence de contrats dits de « fournitures et de services », qui comme leur nom l'indique, consistent en une mise à disposition et une maintenance par une société de services d'efficacité énergétique de biens et matériels assurant une performance énergétique. Nous pourrions alors trouver des contrats portant sur des systèmes de gestion énergétique de l'immeuble ou de fourniture et d'entretien d'équipements de production, de distribution ou consommateurs d'énergie. Du fait de leur relatif faible niveau d'investissement, ces contrats seront la plupart du temps financés par les économies qu'ils procurent au maître de l'ouvrage.

Le second type de contrat de performance énergétique sera dit de « travaux et services » et visera la modification de l'enveloppe du bâtiment par le changement de matériaux assurant cette performance. Ces investissements ne seront pas remboursés par les simples économies d'énergie produites mais permettront une augmentation de la valeur vénale de l'immeuble.

Enfin, nous pourrions être face aux contrats dits « globaux » portant sur des fournitures, des travaux et des services. Ce type de contrat sera pécuniairement le plus lourd pour son titulaire mais également le plus efficace en terme d'économies d'énergie.

Le contrat de performance énergétique sera avant tout novateur par la garantie de la performance énergétique assurée à son titulaire, mais laisse planer certains doutes quant à son efficacité.

## **B) Un instrument novateur soumis au doute.**

### **a) Une performance garantie**

Le CPE sera vu comme novateur par son volet de garantie de performance énergétique. En effet, la société de services d'efficacité énergétique devra assurer ces économies en indemnisant le maître d'ouvrage de la totalité de l'éventuel préjudice subi en cas de non atteignabilité des consommations promises. Le préjudice sera entendu comme l'écart entre la performance contractuellement fixée et la performance effectivement constatée, sous réserve de clause d'ajustement.

A l'inverse, des labels de performance énergétique promettant des baisses de consommation, en se basant sur les qualités intrinsèques du bâtiments et des conditions d'usage normales, le CPE va, quant à lui, promettre des performances énergétiques qu'il va de surcroît garantir.

En effet si le maître de l'ouvrage se retrouve dans une situation de sous performance, ou plutôt de sur consommation, il pourra se retourner contre la société de services de performance énergétique avec qui il entretient un lien contractuel et qui est soumise à une véritable obligation d'atteignabilité d'une quantité d'énergie consommée fixée, et dont il devra rembourser la différence entre quantité d'énergie consommée et quantité contractuellement prévue.

Il sera également possible pour le maître d'ouvrage de faire garantir sa garantie. Ce dernier pourra faire assurer sa couverture de performance énergétique pour être sûr que le mécanisme de protection joue au moment voulu, que ce soit par la société de performance énergétique ou par le « garant de la garantie ».

La durée de la garantie fera également l'objet d'une attention particulière, devant être assez longue pour assurer une « sécurité énergétique » au maître d'ouvrage, sans être déraisonnable pour ne pas engager indéfiniment la société de services d'efficacité énergétique ne pouvant plus assurer un certain niveau d'exigence du fait de l'usage du bien.

En plus de garantir une performance énergétique prévue contractuellement, le CPE, contrairement aux labels fournis par des organismes de reconnaissance de performance énergétique tiendra compte de l'usage réel du bien pour garantir une performance réelle et non plus uniquement conventionnelle.

Les conditions d'usage prennent notamment en compte la température dans les locaux, le taux de renouvellement d'air, l'humidité relative, le type d'utilisation du bâtiment et sa durée d'utilisation normale.

Ces dernières pourront également être modifiées au regard d'ajustements récurrents tel que la douceur ou rudesse du climat pendant une année précise, un pic d'activité entraînant une sur occupation du bâtiment pour les immeubles affectés à l'usage de bureaux, etc... Le maître de l'ouvrage pourra également prévoir un avenant au contrat (avec l'accord de la société de performance énergétique) sans perdre ses garanties de performances, dans le cas

d'ajustements exceptionnels comme le changement d'activité des occupants, entraînant un bouleversement des conditions d'utilisation du bien.

En définitives, les CPE garantissent la performance énergétique en se basant sur une approche réelle de l'usage du bien, pendant une certaine durée, et avec une sécurité maximale pour le maître de l'ouvrage. Cet outil qui peut apparaître, et qui est présenté, comme un outil parfait n'en demeure pas moins source d'interrogations et de doutes.

#### b) Des incertitudes liées à son manque d'utilisation.

Les contrats de performance énergétique mixtes ou globaux vont nécessiter l'intervention concurrente de plusieurs acteurs de la construction, remplissant souvent simultanément le rôle de société de service de performance énergétique : concepteurs, constructeurs, fabricants, installateurs, etc... Cette multiplication des acteurs pourra entraîner une dilution de la responsabilité de chacun par rapport au maître de l'ouvrage, et surtout, une complication quant à la recherche d'imputabilité du défaut de performance énergétique.

On peut aisément imaginer une situation où certains acteurs ne seraient plus solvables, auraient disparus (dépôt de bilan), ou ne voudraient simplement pas remplir leur obligation de paiement des dommages résultant d'un défaut de performance énergétique. Dans cette situation, la « garantie de la garantie » pourrait jouer, si toutefois l'imputabilité à l'un ou l'autre de ces acteurs pouvait être certaine, ce qui n'est pas certain, laissant par conséquent le maître d'ouvrage face à un investissement initial, se transformant en une dépense inutile.

Maître Olivier Ortega, chargé d'une mission d'étude des freins économiques, juridiques et structurels empêchant leur développement, présente ces contrats de performance énergétique comme des outils parfaits aussi bien pour la société de fournitures de travaux ou d'énergie qui aura du travail, de surcroît à bonne valeur ajoutée (on sait que la performance énergétique nécessite, en plus de l'investissement physique (pose de matériaux) et intellectuel (calcul des gains d'énergie), une garantie de performance énergétique pour l'utilisateur du bien). Un problème est cependant toujours présent et lié à leur non utilisation par les professionnels, son coût pour les mettre en place, et surement : la pratique. Tant qu'ils ne sont pas utilisés, et sur une certaine période, les litiges ne peuvent pas apparaître.

En effet, l'efficacité énergétique nécessitant travaux et pratiques liées à l'usage, les premiers litiges qui démontrent les éventuelles faiblesses de ce dispositif ne peuvent, pour le moment, pas voir le jour. La perfection ne connaît de limite que l'usage.

A l'instar de ce nouvel outil qu'est le CPE, d'autres déjà en application, et dont les limites sont par conséquent identifiées, vont se trouver modifiés par la nécessité de performance énergétique : les offres d'assurance et le statut de fabricant de matériaux.

## **II) L'adaptation des acteurs de la construction.**

### **A) Les assureurs.**

En droit de la construction, les assurances peuvent être de deux types : facultatives ou obligatoires. Nous allons voir comment les assurances facultatives pourraient, dans une certaine mesure, prendre en compte la performance énergétique facultative, puis comment les offres des assureurs commencent à s'adapter à cette nouvelle exigence écologique.

a) La difficile prise en charge de la performance énergétique par l'assurance obligatoire.

C'est la loi du 4 janvier 1978 qui a instauré des assurances obligatoires en droit de la construction, obligeant les maîtres d'ouvrage à souscrire une assurance de dommage à l'ouvrage et une assurance de garantie décennale.

L'assurance de dommage ouvrage est une assurance dite de chose, alors que celle couvrant la garantie est une assurance de responsabilité.

Par la suite, l'ordonnance du 8 juin 2005 a soumis à l'assurance construction obligatoire tous les travaux de construction ; le législateur a voulu que ce régime d'assurance concerne uniquement la présomption de faute prévue à l'article 179é : la garantie décennale.

On citera également la présence de l'assurance du constructeur non réalisateur.

Dans l'hypothèse où la garantie décennale sera reconnue comme imputable au constructeur au titre du défaut de performance énergétique (développé par la suite), l'assurance obligatoire couvrant cette responsabilité pourra agir. Cependant, cette assurance n'entrera pas en jeu dans le cas d'existants subissant des dommages du fait de travaux neufs. En cas de travaux d'amélioration de performance énergétique sur du neuf, ayant une répercussion sur l'existant, le maître d'ouvrage devra souscrire une assurance facultative couvrant ces derniers.

Les dommages de nature décennale et entrant dans le champ d'application de l'assurance construction obligatoire, devront obligatoirement être de nature matérielle. En effet, les dommages immatériels pouvant résulter de dommages eux-mêmes matériels, ou de travaux de performance énergétique, ne seront pas couverts par cette assurance. Ce point posera un problème important notamment pour la perte de valeur vénale de l'immeuble résultant d'une mauvaise performance énergétique, ou des pertes financières, par exemple, liées à l'absence d'énergie produite par le bâtiment (comme cela est le cas avec les panneaux photovoltaïques) devant être revendu.

Il faudra également souligner qu'en cas de demande de mise en œuvre de la garantie de dommage ouvrage l'assureur ne dispose que de 60 jours après la réception de la déclaration de sinistre pour prendre une décision d'application ou non de l'assurance et faire une proposition provisoire d'indemnité. Cependant, en matière d'efficacité énergétique, il est aisé de comprendre que des rapports d'expertises permettant de déterminer si, ou non, en raison notamment de l'usage, de la dureté climatique des saisons, ou autre, l'assurance peut être appliquée.

Pour la cour de cassation, son interprétation de l'assurance de responsabilité nécessite que l'activité déclarée par l'assuré (le constructeur) corresponde parfaitement à celle qu'il exécute sur le chantier. La nécessaire spécialisation, qui ne va être que croissante en matière de performance énergétique pour les différents corps de métiers, ne permettra certainement pas d'avoir, à l'heure actuelle, de vrais spécialistes dans ce domaine.

Certains assureurs ont adapté leurs offres de garanties obligatoires en cas d'impossibilité d'obtenir le label à la réception, en y ajoutant « l'erreur thermique » dont l'objet pourra être la prise en charge des frais de dépose, repose et remplacement des ouvrages mal exécutés, dans le but d'atteindre la performance promise par le constructeur, ou « de rembourser les indemnités versées par le constructeur au maître de l'ouvrage, en compensation du préjudice résultant de ce manquement, notamment en matière fiscale par exemple » (9). Cette offre, au départ réservée aux travaux de rénovation, et plus particulièrement aux « bouquets de travaux » (travaux réalisés sur plusieurs équipements de l'existant pour en améliorer la performance énergétique générale), s'est étendue aux travaux neufs, pour pouvoir être appliquée en cas d'impossibilité d'obtenir le label de performance énergétique promis au

départ, mais dont les tests après travaux démontrent que l'ouvrage ne respecte pas les critères de l'organisme certificateur.

Les assurances obligatoires ne pouvant par conséquent prendre en compte que difficilement (dans certaines offres dont le champ de couverture a été volontairement augmenté) les problèmes de performance énergétique conventionnelle, et refuser de couvrir l'apparition d'un défaut dans un panneau photovoltaïque pour le dommage résultant de la vente d'énergie, il faudra se tourner vers les nouvelles offres de l'assurance facultative pour tenter de trouver une solution.

#### b) L'assurance facultative : vers de nouvelles possibilités.

Concernant les panneaux photovoltaïques, les assureurs couvrent les problèmes internes des panneaux, tels qu'une mauvaise étanchéité ou un problème de production d'énergie dû à des composants défectueux. Le problème se posera donc, quand on sait que les investissements concernant ce type d'installations courent sur plusieurs années (certains prêts allant jusqu'à 18 années de remboursement), et que les assurances obligatoires ne couvrent pas les pertes liées à une production d'énergie insuffisante, sauf sur une durée d'une année (la première année de production) et à condition que ce dommage résulte d'un problème technique du panneau. La production d'énergie bien plus faible que celle promise sera par conséquent à l'unique charge du « producteur ». Il faudra cependant souligner que deux assureurs ont, depuis l'automne dernier, mis en place une garantie de dysfonctionnement (seulement de dysfonctionnement du produit et non pas de production insuffisante) ayant une couverture de dix années.

Au delà de l'aspect uniquement du photovoltaïque, il faudra s'intéresser de près aux possibilités de recourir à un assureur en cas de défaut de performance énergétique d'un bâtiment labellisé et dont le maître d'ouvrage réaliserait, après livraison, l'inatteignabilité des performances promises. Sentant la réponse à la question de l'éventuelle responsabilité d'un des acteurs de la construction en matière de dissociation entre performances promises et performances réelles en présence d'un bâtiment labellisé, comme encore floue, et voyant les enjeux financiers d'une situation où l'un de leurs clients serait responsable d'un tel mal, deux assureurs (Verspieren courtier en assurance et la SMABTP assureur) ont lancé de nouvelles offres sur le marché de l'assurance facultative.

Verspieren a choisi de garantir la performance énergétique en cas de non atteignabilité des économies promises par l'obtention du label (en effet, la couverture ne porte pas sur un label promis et jamais obtenu, mais bien sur un bâtiment labellisé n'atteignant pas ses objectifs. Ce qui montre bien que les organismes des dits labels peuvent se tromper, même après tests et par conséquent, pourraient être vu comme responsables).

En l'espèce la couverture porte sur la question du financement des travaux nécessaires pour rendre le bien conforme aux exigences énergétiques initiales. Verspieren a récemment élargi son offre sur la performance énergétique en faisant profiter de cette garantie (au départ réservée aux travaux neufs) aux bâtiments collectifs, habitations et tertiaires, dans le cadre de la rénovation, suivant par conséquent l'offre des organismes de certification et labellisation (10).

Dans le cadre de son offre dite « Batigreen » (dont cette « garantie de performance énergétique » fait partie), le groupe Verspieren a ajouté trois offres complémentaires :

- « la reconstruction des bâtiments en HQE quelle que soit la nature du bâtiment sinistré »

- « la couverture des installations d'énergie renouvelable »
- « le remplacement du matériel électrique par du matériel de classe A » (11)

La SMABTP a, quant à elle, lancé trois offres différentes pour répondre au défaut de performance énergétique : une pour le BBC, une pour la rénovation et une dernière portant uniquement sur le photovoltaïque.

La garantie concernant le label BBC dans les constructions neuves est mise en œuvre dans le cas où un constructeur de maisons individuelles ou un promoteur constructeur, aurait respecté le cahier des charges de l'organisme Cerqual, et que les tests opérés à la fin du chantier démontreraient une impossibilité de pouvoir délivrer le label. Dans ce cas, la SMABTP prendrait à sa charge tous les travaux permettant de l'obtenir (12). La garantie permettra la dépose et la repose des éléments permettant d'assurer les performances énergétiques au titre du label, ou le remboursement de l'indemnité versée au maître de l'ouvrage en compensation de son préjudice.

Concernant la rénovation thermique, la SMABTP a ajouté dans son offre regroupant les assurances dommage ouvrage, tous risques chantier et responsabilité civile et décennale, une partie dite « erreur thermique » qui s'applique en cas de non atteignabilité de l'engagement constaté par un tiers (bureau d'étude thermique ou Diagnostic de performance énergétique mandaté par l'assureur) à la fin des travaux. Sont exclusivement couvertes les conséquences pécuniaires de ce dommage, à savoir, les indemnités contractuellement prévues, versées par le constructeur au maître d'ouvrage, ou les frais de dépose et de repose des éléments nécessaires à l'obtention du label (13).

Cette garantie n'est nullement une obligation de résultat, pouvant porter sur un montant de consommation garantie, vérifié et contrôlé pendant un certain nombre d'années (comme pourraient l'espérer certains constructeurs), et par conséquent une extension facultative, par un assureur, de la garantie décennale (14).

Enfin, concernant le photovoltaïque, la SMABTP couvre aussi bien les pertes de production d'énergie pouvant être espérées par le propriétaire des panneaux et ce, pendant dix années, que les dommages physiques pouvant affecter ces matériaux, mais également sur la responsabilité civile du producteur d'électricité à l'égard du gestionnaire du réseau ou en cas d'une éventuelle atteinte à l'environnement.

Cette prise en charge de la part des professionnels concernés du défaut de performance énergétique démontre bien à la fois la possible dissociation entre performance énergétique promise et réelle, la difficile prise en charge de ce problème par les assurances obligatoires, et la probable amplification exponentielle des litiges.

Cependant, au delà des assureurs et par conséquent des constructeurs, il faudra étudier si la responsabilité des fabricants de matériaux devant assurer les principales fonctions de performance énergétique ne peut pas être engagée.

## **B) Les fabricants de matériaux nécessaires aux économies d'énergies.**

A l'instar des assureurs, couvrant les risques des constructeurs la plupart du temps, il est envisageable de se demander si, en présence d'une performance énergétique ne pouvant être obtenue en raison de la défectuosité des produits utilisés, devant remplir une fonction énergétique précise (étanchéité, etc.), la responsabilité des fabricants ne pourra pas être engagée.

#### a) Les fabricants de matériaux.

La combinaison des articles 1641, 1648, et 1792-4 du Code civil, permettent, dans un délai de deux années, d'engager la responsabilité d'un fabricant de produits causant un dommage.

Fabricants et fournisseurs pourront voir leur responsabilité engagée aussi bien avec leur cocontractant (le constructeur le plus souvent) qu'avec le maître de l'ouvrage.

« Dès lors que les désordres sont en rapport avec le matériau, la responsabilité du fabricant pourra être mise en œuvre soit en ce qu'il aura manqué à son obligation de produire une chose non viciée, soit parce qu'il aura manqué à son devoir de conseil et d'information, soit encore pour ces deux raisons (14). »

L'entrepreneur disposant d'un lien contractuel avec le fabricant pourra alors baser son action sur trois fondements différents :

- la garantie des vices cachés
- l'obligation de renseignement ou de mise en garde
- l'obligation de délivrance conforme de la chose.

L'article 1641 du Code Civil pose le principe de l'action en responsabilité des vices cachés pour les fabricants. En effet, un fabricant condamné sur ce fondement devra rembourser les sommes perçues lors de la vente ainsi que les frais en découlant, voire même à des dommages et intérêts si sa connaissance du vice est prouvée.

Une présomption de connaissance du vice pèse également sur le vendeur professionnel. Ce dernier devant affecter le produit au jour de la vente et causer un dommage par la suite, pour que la responsabilité du fabricant soit engagée dans les deux années de la vente.

Par conséquent, si les demandeurs arrivent à prouver la défectuosité d'un bien, essentiel à la performance énergétique, entre autres, leur fabricant pourra être reconnu comme responsable. Ce fondement sera plus une possibilité d'exonération du constructeur pouvant se retourner contre ledit fabricant – si sa responsabilité est engagée en cas d'inatteignabilité de la performance énergétique, et qu'un seul élément d'équipement en est à l'origine – plutôt qu'une possibilité d'obtenir la performance espérée et non atteinte pour le maître de l'ouvrage.

L'obligation d'information pèsera également sur les fabricants qui devront renseigner les maîtres d'ouvrage, ou constructeurs, voire adapter leur produit à la destination demandée. Dans ce cas si des spécificités d'usage s'imposaient pour certains produits utilisés dans la construction pour parvenir à la performance énergétique souhaitée, n'ayant pas été indiquées et empêchant d'obtenir les résultats escomptés, la responsabilité des fabricants pourra également être recherchée.

Il faudra également reconnaître la possibilité d'engager la responsabilité des fabricants sur le fondement dit des produits défectueux (article 1386-1 et suivant du Code Civil). Dans ce cas, un produit défectueux mis en circulation et causant un dommage en lien direct avec ledit produit engagera la responsabilité du fabricant.

En l'espèce ce fondement, pouvant apparaître comme intéressant car visant tout type de produits, notamment incorporés à l'immeuble, sera fortement limité par la possibilité pour le fabricant de s'exonérer en démontrant le risque de développement, c'est-à-dire en prouvant que les connaissances scientifiques à l'époque de la commercialisation ne permettaient pas de déceler les vices. En matière de performance énergétique, les nouvelles technologies sont très utilisées et parfois pour répondre à une demande constamment croissante, ce qui peut dans certains cas pousser la fabricants à commercialiser certains produits sans en connaître

l'avenir.

Ces régimes de responsabilité imposent également que la fonction du bien utilisé soit identifiée, or, dans certaines hypothèses, certes rares, les fonctions « nouvelles » de certains produits ne permettront pas d'engager la responsabilité des fabricants, alors même que la performance énergétique n'est pas atteinte à cause de leur production. On citera l'exemple des blocs béton ayant, pour le « profane » qu'est le juge en matière de construction devant juger in concreto, une fonction de solidité, servant à monter des murs, à être solide, mais ils sont également utilisés comme rupteurs thermiques, en empêchant de laisser passer l'air dans une maison. Que se passerait-il si la température du bâtiment ne pouvait jamais être celle désirée, les blocs béton laissant passer trop d'air ? La responsabilité de leur fabricant serait alors compliquée à démontrer.

Nous étudierons par conséquent le régime des EPERS (Éléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire) dont la responsabilité des fabricants sera plus adaptée au droit de la construction.

#### b) Un possible renouveau pour les EPERS.

Certains éléments connaissant une destination spécifique pourront voir, en cas de constatation de dommage en résultant, la solidarité de leur fabricant avec le maître d'ouvrage, ou constructeur, au titre des garanties prévues en droit de la construction, y compris décennale.

Certains matériaux utilisés pour garantir la performance énergétique remplissent les exigences imposées par le Code Civil, et peuvent être considérés comme des EPERS (des équipements sur mesure pour l'ouvrage, en respectant les préconisations du fabricant, sans modification par le locataire d'ouvrage et créant un dommage). On notera l'exemple des pompes à chaleur, très souvent utilisées pour des fonctions de chauffage et rafraîchissement des maisons au label BBC.

La volonté croissante d'obtenir une performance énergétique toujours meilleure pour les propriétaires d'habitation, et par les constructeurs, pourrait bien entraîner un certain renouveau pour cette famille, souvent écartée par la cour de cassation, et oubliée par les juristes que sont les EPERS.

En effet, si certains biens à usage spécifique utilisés en construction actuellement pour assurer une performance énergétique peuvent être affectés de vices cachés, ou simplement apparaître comme défectueux, devant être révélés au juge dans les deux années de la découverte du vice, ils ne pourront pas marquer une solidarité de leur fabricant aux responsabilités prévues pour les constructeurs en droit de la construction, notamment décennale, mais ils seront en mesure à eux seuls dans certains cas de rendre impossible l'obtention du label souhaité ou tout simplement des économies d'énergies envisageables.

Nous l'avons vu, des fabricants aux certificateurs, avec des outils nouveaux comme le CPE, ou qui s'adaptent comme les assurances, la performance énergétique peut rapidement disparaître comme un lointain souvenir à la livraison du bien immobilier, sans qu'aucune responsabilité, ou du moins très difficilement, ne soit imputable. La question reste alors entière de savoir si celle de l'acteur majeur, le constructeur, peut être engagée.

## **CHAPITRE II : LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS**

Le constructeur apparaît de façon évidente comme l'acteur majeur de l'acte de construire. Souvent vu comme le possible unique responsable de tous les maux d'un chantier, à l'égard de quelque personne que ce soit, le constructeur, tout comme les organismes de labellisation, voient se profiler à l'horizon les futurs très nombreux contentieux liés aux performances énergétiques qu'ils ont promis sans pouvoir les atteindre, mais eux s'imaginent pour la plupart comme des « coupables » déjà désignés.

Nous verrons par conséquent sur quels fondements cette responsabilité pourrait être recherchée, aussi bien en prenant en référence le droit commun de la vente (Section 1), qu'il exécute à chaque achat d'un de leur produit par un client, que celui du droit de la construction (Section2), prévoyant des responsabilités spécifiques pour ces derniers.

## **Section 1 : La responsabilité de droit commun du vendeur**

Les constructeurs ne sont pas seulement des coordinateurs de chantiers ou des réalisateurs de projets, ils sont avant tout des vendeurs, créant leurs propres produits, qu'ils vendent par la suite (que ce soit avant réception en VEFA (Vente en Etat Futur d'Achèvement) ou après). Ce type de contrat spécifique exigera des conditions de formation et d'exécution précises, ce qui, dans certains cas, pourra entraîner leur responsabilité au titre de la performance énergétique non atteinte.

### **D) Un défaut de formation du contrat.**

#### **A) Les obligations contractuelles.**

Le vendeur sera tenu par la loi d'insérer certaines informations dans son contrat ainsi que d'informer son client, et ce, pour la sécurité juridique de ce dernier se retrouvant face à un professionnel.

##### **a) Le contenu du contrat.**

L'article 1134 du Code Civil le souligne très clairement : « Les conventions légalement formées tiennent de lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Cette hypothèse vient à en déduire que bien logiquement les parties devront respecter les stipulations contractuelles qu'elles acceptent. La soumission volontaire à une norme facultative mais d'ordre public devra obligatoirement être respectée par les parties. Cette solution a notamment été retenue pour la réglementation du contrat de construction de construction de maisons individuelles (Cour de Cassation, Troisième Chambre Civile du 6 octobre 2010 : les parties s'obligeant volontairement au respect de l'article 231-1 du Code de la Construction et de l'habitation) (16). Cette solution nous amène à nous demander si contractuellement les parties se soumettent, non plus à la norme BBC Effinergie, mais à la « RT 2012 », connaissant les mêmes exigences thermiques ; les parties devront obligatoirement la respecter avant son entrée en vigueur. A la vue de l'engagement du législateur, tant au niveau national (ex : RT 2012), qu'international (ex : Protocole de Kyoto), pour le respect de l'environnement, il paraît naturel que cette réglementation soit d'ordre public ; sa soumission volontaire antérieure à son entrée en vigueur imposant son respect sous peine de nullité du contrat (le contrat devra bien spécifier que la soumission est à la RT 2012 et non pas au label BBC Effinergie).

Bien que cette solution soit relativement sûre en termes de sécurité juridique pour les acheteurs particuliers, on imagine mal un constructeur se soumettre volontairement avant son entrée en vigueur à une réglementation contraignante. Il faudra, par conséquent, étudier quelles sont les solutions pouvant garantir sa performance énergétique pour l'acquéreur en termes de labellisation.

Cette hypothèse paraissant difficile à appliquer, il faudra étudier si la responsabilité, entre autres des constructeurs, peut être recherchée sur le fondement de la cause ou de l'objet du contrat, en termes de performance énergétique.

Visée par les articles 1108 et 1131 du Code Civil, la cause est une condition de validité

essentielle du contrat, pouvant entraîner sa nullité.

La présence ou l'absence de cause sera soumise à l'appréciation souveraine des juges. En matière de performance énergétique, nous l'avons vu, les labels, et par conséquent les résultats en termes d'économies d'énergie qu'ils procurent, sont des arguments de vente importants. Il paraît relativement simple de comprendre qu'un acquéreur contractera avec un constructeur essentiellement pour ces questions de performance énergétique.

Il faut également souligner le fait qu'un constructeur, prévoyant une clause dans son acte de vente d'une maison labellisée, de ne pas être tenu aux performances promises, engendrant par conséquent un surcoût de construction sans contre partie, sera illicite, car vidant le contrat de cause, comme cela fut reconnu dans l'arrêt « Chronopost » du 22 octobre 1996.

Cette notion de surcoût marquera bien la différence entre un contrat de vente d'une maison individuelle « classique » et une autre labellisée ; la cause du contrat, faisant contracter l'acquéreur sur ce bien plutôt que sur un autre, étant par conséquent la performance.

Un contrat dépourvu de cause sera annulé.

Cette hypothèse soulèvera cependant deux problèmes : la constatation de la non performance énergétique du bâtiment et la nécessité d'une absence totale de cause.

Pour démontrer cette éventuelle absence de cause, il faudra démontrer que la performance promise n'est pas atteinte, ou plutôt pas atteignable, ce qui nécessitera d'importantes investigations, mesures, démontrant que les qualités intrinsèques du bâtiments (la cause un élément de formation du contrat, il faudra bien démontrer que ce sont les qualités intrinsèques du bâtiments qui font défaut pour démontrer que la performance n'était pas atteignable dès le départ, à la signature du contrat) ne permettent pas d'atteindre cette exigence en dehors de toute notion de conditions climatiques ou autres (l'avantage cependant portera sur l'impossibilité d'opposer à l'acquéreur une mauvaise utilisation du bien, si la performance n'est pas atteinte, la cause est absente).

Au delà de la preuve de cette non atteignabilité, la jurisprudence impose que l'absence de cause soit totale et non partielle, la vente étant un contrat synallagmatique (Civ 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2007 : « dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation »).

Pour que la nullité du contrat soit reconnue pour absence de cause, le juge devra reconnaître la performance énergétique comme cause unique du contrat, et non pas comme la cause étant l'acquisition d'une maison, avec pour corollaire la réalisation d'économie d'énergie.

Au regard de ces deux conditions, même si la libre appréciation du juge laisse cette possibilité en suspens, et que ce régime juridique est très avantageux pour l'acheteur, la cause comme source de recours contre l'absence de performance énergétique semble être une solution très difficile (voir quasi impossible) à mettre en œuvre.

Une autre possibilité sera alors offerte à l'acquéreur : invoquer l'objet du contrat.

Les articles 1108 et 1126 et suivants du Code Civil imposent que l'objet du contrat soit : licite, déterminé, et existant.

En présence d'une vente de constructions, respectant les normes, entre autres techniques telles que sismiques, d'accessibilité handicapé, ou autres, sont respectées, l'objet sera licite.

Concernant la détermination de l'objet, ce dernier sera clairement défini dans le contrat, un descriptif précis du bâtiment étant inclus, tout comme la détermination du label et par

conséquent les niveaux de performance à atteindre.

L'objet du vendeur sera donc la livraison du bien immobilier, mais d'un bien ayant un certain niveau de performance énergétique, l'objet sera la livraison de la chose définie contractuellement.

L'absence totale d'objet est quasiment impossible à rencontrer, mais une non correspondance entre ce qui fut prévu contractuellement et celui livré, et par conséquent un irrespect de l'objet du contrat, pourra l'être.

L'objet est, comme la cause, un défaut de formation du contrat ; la conformité de l'objet pour être prouvée devra par conséquent conduire le demandeur (acheteur du bien le plus souvent) à démontrer l'impossibilité d'atteindre les performances promises dès la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, il faudrait démontrer que le constructeur n'ait pas fait la demande auprès de l'organisme certificateur, ou que cette demande eut échoué, et qu'il n'en ait pas informé les clients ou futurs clients, qui auraient contracté, par la suite, ce qui tiendra certainement plus de l'escroquerie que de l'absence d'objet ou de son irrespect.

La soumission volontaire à une norme d'ordre public, la cause ou l'objet, étant des arguments très difficiles à démontrer en cas de défaut de performance énergétique, il faudra alors, en termes d'élément de formation du contrat se tourner vers l'obligation d'information du vendeur pour tenter d'imputer le défaut de performance énergétique au vendeur.

#### b) Obligation d'information ou possible exonération du vendeur.

L'obligation d'information, prévue notamment par l'article L 111-1 du Code de la Consommation, s'appliquera en termes de vente d'habitation. En effet, cette obligation large prévoit de mettre, à la charge de tout professionnel, à l'égard de chaque consommateur cocontractant (ce qui sera la plupart du temps le cas entre un constructeur et un maître d'ouvrage particulier), cette obligation.

En termes de vente de construction labellisée au delà de l'explication, et par conséquent de l'obligation, faite par le vendeur, du label, des performances relatives à ce dernier et au bien lui-même, le constructeur pourra fournir une notice explicative de l'habitation, permettant à la fois de remplir son obligation d'information sur l'utilisation, et probablement de s'exonérer en cas de non atteignabilité des performances promises dues à l'irrespect de ces préconisations.

Ladite « notice d'utilisation » devra contenir les conditions d'usage normales et les préconisations d'entretien du bien.

Il faut noter que la jurisprudence entend comme entrant dans le champ des stipulations contractuelles « la notice descriptive (CA Versailles, 20 octobre 1998), le cahier des clauses techniques particulières, voire les documents publicitaires (Civ. 3<sup>e</sup>, 2 avril 1979) (16) ». A la vue de cette vision extensive de la jurisprudence, il apparaît aisé de comprendre qu'une notice descriptive d'utilisation, qui sera très certainement placée en annexe du contrat de vente, sera considérée comme une partie du contrat. Cette qualification soumettra par conséquent l'acquéreur à son respect (« les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont formés »), et remplira l'obligation d'information du vendeur.

La notice d'utilisation pourra, dans certains cas, exonérer le vendeur en cas de non atteignabilité de la performance énergétique. En effet, le vendeur professionnel fournira des indications devant être respectées pour arriver au niveau de consommation promis ; si un litige apparaît entre les deux parties en raison d'une surconsommation, le vendeur pourra

tenter de prouver une mauvaise utilisation du bien rendant les économies d'énergie impossibles.

On peut imaginer un occupant laissant les fenêtres ouvertes pendant que le chauffage fonctionne, toute la journée, prenant quatre bains par jour et laissant constamment l'habitation éclairée... Sans laisser uniquement jouer l'inventivité, il est aisé de comprendre que les comportements de chacun dans leurs habitations pourront faire varier très notablement les consommations d'énergie.

La difficulté tiendra bien évidemment dans l'obligation de devoir prouver un usage quotidien ne respectant pas les conditions prévues.

La charge de la preuve pesant sur le constructeur prétendant s'exonérer, la difficulté sera également de taille pour prouver que ce sont bien les comportements de l'utilisateur qui sont anormaux et non pas la notice trop restrictive d'un usage normal du bien.

Dans le cadre de mon immersion en entreprise, j'ai eu, entre autres, la mission de devoir rédiger une notice de performance énergétique, reprenant les calculs réalisés par le cabinet d'étude thermique (calculs théoriques) démontrant la possibilité d'atteindre les performances promises et ce, en respectant les précautions d'usage et d'entretien reprises (Cf : Annexe).

Ces notices devront cependant être maniées avec précaution par les professionnels concernés. En effet, le vendeur ne pourra pas uniquement fournir une notice descriptive à son acheteur dans le but de se décharger de sa responsabilité de performance énergétique ; le juge risquant très certainement de déclarer ces clauses illicites (le code de la consommation déclare illicites les clauses limitant la responsabilité d'un professionnel à l'égard d'un non professionnel), voire le contrat dépourvu de cause si les conditions prévues exonèrent le constructeur de façon trop importante.

En terme d'exonération, le constructeur ne pourra pas compter uniquement sur la notice d'utilisation, mais également sur des « clauses de tolérance permettant de modifier la stipulation promise et les clauses de garantie, concernant la garantie apportée par ce dernier en cas de manquement à l'obligation » (16).

Concernant les clauses de tolérance pouvant permettre à un professionnel de changer de matériel utilisé, en remplaçant l'un par un autre pour des raisons techniques lors de la construction, ce type de clause paraît envisageable. En effet, tant que ces clauses ne permettent pas à un professionnel de s'exonérer de sa responsabilité, même partiellement au regard de la performance énergétique promise (on pourrait imaginer une clause permettant à ce dernier de pouvoir instaurer une certaine marge de surconsommation avant que sa responsabilité ne puisse être engagée) ce qui est réprimé par le Code de la Consommation (article R 132-1 3°), ces clauses seront admises. Leur possibilité, uniquement de pouvoir unilatéralement modifier certains éléments techniques de façon restreinte, et à condition que la performance énergétique promise soit atteinte, paraît donc très limitée.

Concernant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité pour les constructeurs en cas de non atteignabilité de la performance contractuellement convenue, elles seront, au regard du droit de la construction, jugées comme illicites, et pourront être vues comme délaissant toute forme de cause dans le contrat entre professionnels, comme cela fut jugé dans l'arrêt « Chronopost ».

Concernant les clauses limitant partiellement la responsabilité du constructeur pour le même problème, elles pourront, si elles sont raisonnables, être admises entre deux professionnels, mais seront exclues entre professionnels et particuliers, d'autant plus au regard de l'article 1792-5 du Code Civil, si les défauts de performance énergétique sont considérés comme

entrant dans le champ d'application de la responsabilité décennale (point développé par la suite), une condition cherchant à la limiter sera illicite.

La notice d'utilisation pourra remplir l'obligation du vendeur, mais au regard de la protection de l'acheteur, la responsabilité du professionnel ne sera limitée que très partiellement, les vices du consentement pouvant lui être également opposés.

## **B) Les vices du consentement**

En droit de la construction, les ventes ayant lieux contractuellement, les vices du consentement seront acceptés, ce qui constituera un fondement juridique supplémentaire que l'acquéreur pourra invoquer à l'encontre du vendeur en cas d'absence de la performance énergétique promise.

### a) Le Dol.

Le dol nécessitera pour le maître d'ouvrage de démontrer que le constructeur a violé ses obligations contractuelles par dissimulation ou par fraude, délibérément, avec ou sans intention de nuire. L'obligation de présence de fraude ou de dissimulation est très importante, la Cour d'Appel de Paris ayant notamment considéré que l'unique irrespect des règles de l'art ne pouvait suffire à caractériser le dol (CA Paris, pôle 4, chambre 6, 19 novembre 2010) (17). Au titre de l'actualité, il faut également retenir que la loi du 12 juillet 2010, portant obligation de la performance énergétique, par le biais d'un Diagnostic de Performance Energétique (DPE) qui doit obligatoirement être fourni au loueur ou à l'acheteur pour connaître les futures consommations d'énergie envisageables du bien, considère que le défaut d'affichage dans une annonce immobilière ou l'absence de fourniture du dit diagnostic lors de la vente doit être considéré comme un dol.

Le dol ne saurait s'apprécier au regard de la gravité de la faute, ou uniquement d'un non respect des règles de l'art ou des prescriptions contractuelles, mais uniquement d'une dissimulation ou d'une fraude ; l'erreur doit être consciente.

Les manœuvres de dissimulation ou de fraude seront limitées par la présence d'un troisième acteur entre le vendeur et l'acheteur : l'organisme certificateur.

Concernant la dissimulation, une des rares hypothèses apparaîtra si le constructeur fait une demande de certification qui lui est refusée sans en informer ses acquéreurs à qui il a promis ce gage de qualité. En matière de fraude, il faudra que le vendeur ne formule pas de demande à l'organisme certificateur, ou se voit refuser la sienne, et qu'il indique aux acquéreurs l'avoir obtenue. En effet, des calculs (certes théoriques) en amont ainsi qu'une vérification (uniquement de l'étanchéité à l'air) de performance à la fin des travaux par l'organisme certificateur, limiteront très fortement les possibilités de dol en matière de performance énergétique.

Cette présence du certificateur, ou plutôt du contrôleur, empêchera de façon importante l'apparition du dol en matière de performance énergétique ; le constructeur ayant des possibilités de dissimulation ou de fraude limitées, laissant plus la possibilité à l'escroquerie qu'au dol.

Comme pour tout vice du consentement, la sanction en cas de dol sera la nullité du contrat, au même titre que pour l'erreur ou la violence.

## b) L'erreur et la violence.

Les cas de violence seront extrêmement rares, et porteront sur l'ensemble du contrat et non pas uniquement sur le critère de la performance énergétique. On imagine mal un constructeur obligeant physiquement une personne à conclure avec lui un contrat de vente.

Le cas de l'erreur sera beaucoup plus plausible. En effet, si l'octroi du label prévu contractuellement n'est finalement pas accordé au constructeur, l'erreur sanctionnant une qualité de formation du contrat et non d'exécution, la non obtention du label de performance énergétique contractuellement prévu à la signature, pesant sur ce dernier, en raison des matériaux utilisés, de la situation du terrain ou pour d'autres raisons extrinsèques au bâtiment empêchant la labellisation dès le départ, seront plus susceptibles d'être sources de dol, comme marquant une fraude, que d'une erreur.

Le juge appréciera la notion *in concreto*, et avec diligence. De ce point de vue, et au regard des multiples labels et normes présents en construction, et pouvant par conséquent apparaître dans le contrat, entre ceux concernant la consommation d'énergie pouvant varier du simple au triple concernant les performances (HQE, BBC, THPE, etc...), ou ceux portant uniquement sur les matériaux ou matériels (CE, NF, etc...), le profane pourra se perdre. On pourra largement comprendre qu'un acheteur non professionnel puisse par exemple confondre deux labels de performance énergétique entre eux (tel que THPE et BBC), ou un label portant sur un matériau et un autre portant sur la consommation (NF et BBC). De ce point de vue, la diminution de la consommation prévue dans le bâtiment par des matériaux divers et variés entraînant un surcoût de la construction, devant être vue comme un investissement, induira le fait que cette performance est une qualité essentielle du bien, ayant empêché l'acquéreur de réaliser la vente.

Partant de cette hypothèse, l'erreur apparaîtra bien évidemment comme déterminante et excusable.

L'erreur sera source de nullité (relative) du contrat.

La phase de conclusion du contrat laissera peu de place à une possible mise en jeu de la responsabilité du constructeur, sauf dans des cas rares et très précis. Cependant, le défaut de performance énergétique se relevant à l'usage du bien, la phase d'exécution du contrat sera plus propice à l'engagement de responsabilité du constructeur et par conséquent de la protection de la consommation de son cocontractant.

## **II) Une mauvaise exécution du contrat**

### **A) Les sanctions de droit commun.**

La vente, qu'elle porte sur un bien mobilier ou immobilier, restera un contrat, et les sanctions de droits communs, même si rarement invoqués, pourront l'être, et ce, en tenant toujours compte de la place du tiers.

#### a) L'application des articles 1134 et 1184 du Code Civil.

Nous l'avons déjà souligné, l'article 1134 du Code Civil impose le respect des stipulations contractuelles, ce qui induira qu'un constructeur, ou plus largement un maître d'ouvrage,

revendant le bien par la suite devra respecter son obligation d'obtention de label promise au contrat.

L'article 1184 du Code Civil trouvera également vocation à s'appliquer en termes de construction. En effet, si un défaut est caché et ne constitue pas une impropreté à destination au sens de l'article 1792 du Code Civil, il entraînera la responsabilité de droit commun du vendeur.

En terme de VEFA, le défaut devra être caché pour ne pas faire entrer en application les articles 1642-1 et 1648 alinéa 2 du Code Civil spécifiques aux défauts apparents pour ce type de vente.

Cette possibilité offerte par le droit commun permettra à un acquéreur, si le juge a refusé de reconnaître (dans des cas précédent) le défaut de performance énergétique comme susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 1792 du Code Civil et de la responsabilité décennale, de pouvoir faire valoir sa demande. L'article ne l'excluant pas expressément, cette hypothèse est envisageable.

Concernant les sanctions, si les défauts empêchant d'obtenir le label sont trop importants, tel que l'ossature du bâti laissant d'importants ponts thermiques, on imagine mal le juge recourir à l'exécution forcée contraignant à une démolition puis à une reconstruction, ou à la résolution du contrat laissant l'acquéreur sans toit et le vendeur avec un bien invendable, mais très certainement à des dommages et intérêts.

Il faudra également considérer l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code Civil, rarement invoqué, mais obligeant les cocontractants à exécuter leurs obligations de bonne foi. En effet, si l'acquéreur du bien vient à découvrir une impossibilité d'atteinte des performances énergétiques promises, et qu'il prouve que ces dernières ne pouvaient pas être atteintes dès le départ, et ce, en toute connaissance de cause du vendeur (selon l'orientation du terrain, l'impossibilité de recourir aux panneaux solaires en raison de la proximité avec un bâtiment classé, etc.), alors il pourra invoquer ce fondement pour obtenir (très certainement) des dommages et intérêts.

Au delà de ces sanctions de droit commun, il faudra également voir dans le cadre du contrat la place qu'occupe le tiers.

#### b) La place du tiers.

Le tiers pourra avoir une place très importante, en termes de performance énergétique. En effet, il se peut que ce soit lui qui use du bien, et par conséquent, qui supporte la charge de la non atteignabilité de la performance énergétique. On pensera bien sur au locataire qui ne sera pas parti au contrat de vente, mais uniquement à un contrat de bail n'engageant pas le vendeur qui s'est soumis à l'obligation de performance. Il apparaît comme compréhensible qu'un acheteur ayant supporté un surcoût à l'achat le répercute sur ses loyers, laissant le locataire tributaire des économies d'énergie.

Ce locataire ne pourra pas se voir opposer les stipulations de la notice d'utilisation ou d'entretien signée entre acheteur et vendeur, mais pourra, si le label est stipulé dans son contrat de bail, se prévaloir d'économies d'énergie.

Dans cette hypothèse, que se passera-t-il si ce locataire tentait d'engager la responsabilité de son bailleur ?

Le locataire ne pourra se prévaloir de ces performances que si elles sont spécifiées dans son bail, comme cela était le cas dans le contrat de vente. En contrepartie, le bailleur ne pourra tenter de s'exonérer que s'il a fourni une notice d'utilisation et d'entretien à ce dernier l'obligeant à respecter certaines prescriptions.

Dans cette hypothèse (bail prévoyant la performance), le locataire pourra tenter de rechercher la responsabilité de son bailleur.

Ces solutions de droit commun apparaissant comme inadaptées à l'exécution du contrat, il faudra se tourner vers les vices en cas de non performance énergétique.

## **B) La présence de vices.**

Lors de l'usage du bien, des vices pourront se révéler, rendant la performance énergétique inatteignable, que ce soit au niveau d'appareils (tels que ceux utilisés pour le chauffage) ou des matériaux (étanchéité, etc). Ces vices, pour entraîner la responsabilité du constructeur, devront être apparents ou cachés.

### **a) Apparents.**

En présence d'une vente d'immeuble à construire, il faudra faire application de l'article 1642-1 du Code Civil. En effet, ce dernier prolonge le délai de responsabilité du constructeur pour les vices apparents d'un mois après la réception de l'ouvrage à condition que ceux-ci soient de réels désordres affectant l'ouvrage et non pas de simples non conformités assimilables à un défaut de délivrance, et ce, quel que soit leur niveau de gravité.

Dans cette hypothèse, nous pourrions envisager par exemple des « jours » dans les murs laissant passer l'air, empêchant sa perméabilité et, par conséquent, toute performance énergétique, obligeant le vendeur à réparer, ou pouvant conduire à une diminution du prix ou la résolution du contrat.

Ce mécanisme, nous l'avons vu, est protecteur mais très restrictif (uniquement pour les ventes d'immeubles à construire et pour les défauts apparents), d'autant plus que les désordres devant être constatés dans le mois après réception, et non pas sur un usage plus long, souvent nécessaire en cas de défaillance de la performance énergétique.

Dans les autres cas de défauts, ceux n'ayant pas fait l'objet de réserve dans le procès verbal de réception ne pourront pas être imputés à la responsabilité du constructeur. Ce qualificatif sera apprécié in concreto par le juge qui devra déterminer si « un profane » pouvait, ou non, le déceler. En effet, en matière de performance énergétique, les matériels utilisés étant souvent d'une grande technicité et les matériaux non visibles à l'œil nu (étanchéité à l'air, rupture de ponts thermique, etc...), ces derniers ne pouvant la plupart du temps ne pas être considérés comme apparents, ce qui exclura ce régime de responsabilité mais qui ouvrira la possibilité pour l'acquéreur connaissant les problèmes après réception d'agir sur d'autres fondements acceptant la réparation de façon plus large.

Il faudra également reconnaître la possibilité pour l'acquéreur d'agir sur le terrain de l'article 1147 du Code Civil, soumettant le vendeur à une obligation de résultat en termes de

stipulation contractuelle. Dans ce cas, l'ensemble des défauts, même apparents, relevés avant réception, verront la responsabilité du constructeur engagée, que ces derniers empêchent la performance énergétique d'être réalisée dans son ensemble, ou n'affectant qu'un des éléments pour y parvenir (telle qu'une pompe à chaleur), soumettant ce dernier au versement de dommages et intérêts.

Dans cette hypothèse, il ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant une cause étrangère (force majeure ou fait du tiers).

Les vices affectant cette performance pourront également être cachés, aboutissant toujours à un dommage pour l'acheteur. Ces derniers seront également pris en compte.

#### b) Cachés.

En quelque matière que ce soit, y compris immobilière, celui qui cède son bien à titre onéreux reste vendeur, et sera par conséquent soumis à la responsabilité du fait des produits défectueux prévu aux articles 1642 et suivant du Code Civil (sauf en cas de vente d'immeuble à construire l'article 1642-1 du même code prévoyant un régime spécifique, vu ci-dessus).

Cette garantie pèsera par conséquent sur le vendeur après rénovation énergétique, entre autres.

Pour entrer en application, la garantie des vices cachés devra démontrer la présence d'un vice interne, caché, rendant le bien impropre à un usage normal.

Cette notion pourra être rapprochée de celle de la « destination » du bien, en terme de garantie décennale.

Une question est alors en suspens : le défaut de performance énergétique peut-il être considéré comme portant atteinte à l'usage normal du bien ?

En termes de garantie des vices cachés, nous l'avons dit, la vente d'immeubles à construire sera exclue. Cependant, en termes de vente de logement (ou de bureaux) neufs, ou encore plus en présence de rénovation, les acheteurs n'auront-ils pas contracté pour une raison environnementale ?

Lors d'une vente de logement neuf (après achèvement), les critères architecturaux, de fonctionnalité, d'agencement ou encore d'esthétisme ne pourront pas être réellement choisis par les acquéreurs (lorsque vous achetez une voiture d'occasion rouge ce n'est pas pour la repeindre, vous ne choisissez pas la couleur mais vous l'acceptez), mais seulement acquiescés, comme étant les plus proches de leur souhait. Le critère de choix déterminant sera alors autre, et pourra très vraisemblablement être celui de la performance énergétique.

En effet, ces consommations ont un coût, tout comme celui des matériaux et techniques utilisées pour réaliser un bâtiment performant, en plus de l'investissement immobilier pur, garantie d'avoir « un toit » sur le long terme, les acheteurs contracteront pour économiser, moins dépenser en énergie, espérant tous un retour sur investissement : les économies réalisées dépassant le surcoût d'achat.

C'est bien cette notion d'investissement, alliée à la prise de conscience collective de devoir agir pour l'environnement, qui donnera le caractère de déterminant dans l'acte d'achat d'un bien immobilier labellisé, ou plus généralement performant.

Cette notion étant déterminante à l'achat, son irrespect devra être vu par le juge, appréciant le dommage selon les considérations d'un non professionnel, comme un vice rendant le bien impropre à un usage normal.

Les bâtiments performants le seront grâce à des matériels et matériaux, nous l'avons dit, souvent non visibles à l'œil nu et nécessitant une connaissance technique approfondie, pour déceler un vice ou un défaut, ce qui rendra le caractère caché indéniable.

Il faudra également souligner que le vendeur professionnel (ce qui sera le plus souvent le cas) verra peser sur lui une présomption de responsabilité.

La dangerosité de la reconnaissance de l'applicabilité de la garantie des vices cachés en matière de performance énergétique sera, bien entendu, son point de départ. La garantie décennale apparaissant très longue commence à courir à la livraison du bien, alors que cette dernière permettra à celui qui se prévaut d'avoir acquis un bien vicié uniquement deux années, mais bien à compter de la découverte de ce vice.

Un point de départ non fixe pouvant laisser craindre le pire aux professionnels, les actions ne pouvant être intentées que de nombreuses années après livraison, les acquéreurs ayant été soumis la première année à une « prise en main » d'un bien nouveau, la deuxième année à un agrandissement de la famille et par conséquent des besoins énergétiques, la troisième année à un hiver très rude, etc...

Enfin, il faut souligner que la cour de cassation, dans sa vision toujours plus protectrice du « consommateur », autorise le cumul des actions en responsabilité décennale et en garantie des vices cachés pour les ventes autres que celles d'immeubles à construire, notamment pour palier à la forclusion de dix ans opposée aux acheteurs (Cour de cassation, 3<sup>ème</sup> chambre Civile, 17 juin 2009) (18).

Rappelant également que toute clause limitative de cette responsabilité opposée par un professionnel serait bien entendu vu comme abusive, respectant une jurisprudence constante.

Le constructeur, soumis à ces obligations du droit de la vente, pourra également se voir opposer les responsabilités spéciales prévues en droit de la construction.

## **Section 2 : La responsabilité en droit de la construction**

Les constructeurs sont soumis à des responsabilités spécifiques, une de droit commun et trois garanties spéciales : biennale de parfait achèvement et décennale. Les garanties de parfait achèvement et biennale, tout comme la responsabilité de droit commun, pourront apparaître sous certains abords comme inadaptées à la performance énergétique. La question la plus importante sera de savoir si la responsabilité décennale, comme son nom l'indique engageant le constructeur pour dix années peut répondre à cette nouvelle exigence.

### **I) Les responsabilités (hors décennale) des constructeurs.**

Les constructeurs seront soumis au titre du droit spécial à des garanties propres, mais également à celle de droit commun en qualité de vendeur. La tentative d'imputabilité de non atteignabilité de la performance énergétique sur ces fondements montre bien que la garantie de performance énergétique est un nouveau défi pour le droit de la construction.

#### **A) Les garanties spéciales.**

Les constructeurs, au titre des articles 1792-3 et 1792-6 du Code Civil, seront soumis aux garanties biennales et de parfait achèvement ; ces deux recours couvriront des points précis

pouvant entraîner une déperdition énergétique, mais pas un problème de non atteignabilité de la performance énergétique affectant le bien dans son ensemble.

a) La garantie biennale.

La garantie biennale de bon fonctionnement est prévue à l'article 1792-3 du Code Civil, et s'appliquera aux défauts affectant un élément d'équipement dissociable de l'ouvrage. Le maître d'ouvrage devra agir dans les deux années suivant la réception pour le réparer (19).

Le défaut de performance énergétique pourra résulter de certains éléments d'équipements dissociables, tels qu'une pompe à chaleur, un système de ventilation mécanique, ou autre, répondant par conséquent aux critères de la responsabilité biennale, et obligeant le constructeur à réparer cet élément et à atteindre la performance promise.

Cependant, dans de nombreux cas ce défaut résultera de plusieurs équipements dissociables, mais aussi d'éléments non dissociables, de qualités intrinsèques du bâti. La performance énergétique résulte d'un tout, d'un ensemble de matériaux, matériels, et techniques, qui, dans cette optique, ne permettront pas à cette garantie de s'appliquer.

Un second critère rendra cette dernière très difficilement applicable à ce type de défaut. En effet, elle pourra être mise en œuvre à la condition que la garantie décennale ne puisse pas s'appliquer ; cette dernière primant en raison du gage de sécurité qu'elle apporte à l'acquéreur sur la première (20).

Or, comme nous l'avons expliqué, la performance devant dans la quasi totalité des cas s'apprécier de façon globale, cette dernière pourra entrer en jeu, écartant de facto la garantie biennale (cf : II).

Avant de voir si la garantie décennale peut, ou non, s'appliquer, il faut comprendre pourquoi écarter celle de parfait achèvement.

b) La garantie de parfait achèvement.

La généralité de propos de l'article 1792-6 du Code Civil, admet à reconnaître le très grand champ d'application de la responsabilité de parfait achèvement.

En effet, cette dernière pesant sur le maître d'ouvrage à compter de la réception du bien, et ce, pendant une année, concernera tout type de désordres « sans considération de leur importance (désordres graves comme purement esthétiques), de leur nature juridique (défaut de finition ou achèvement de l'ouvrage ou travaux de reprise palliant les conséquences dommageables des travaux réalisés souvent d'ailleurs pour plusieurs raisons en même temps) ou encore du moment de leur survenance, la garantie de parfait achèvement concernant tous les désordres survenus avant réception et objets de réserves, que ceux qui sont apparus dans l'année suivant la réception et qui ont fait l'objet d'une réclamation écrite dans ce délai » (21).

Il faudra également ajouter qu'elle ne sera ni exclusive de la garantie décennale, ni de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs.

Cette très grande possibilité de mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement pourrait laisser penser qu'elle peut couvrir le défaut de performance énergétique provenant d'un élément d'équipements dissociables, de matériaux défectueux, de matériels viciés ou encore

du non respect de techniques du bâtiment lors de la construction, mais cette dernière apparaîtra vite comme inadaptée.

Textuellement, les défauts de performances énergétiques seront couverts par cette garantie, mais il faut avant tout se demander si ce type de dommage, à partir du moment où il se révèle dès la fin des travaux, et est, par conséquent, flagrant, conduira à une réception par le maître d'ouvrage. En effet, ce dernier pourra refuser de réceptionner son bien des mains du maître d'œuvre, ou plus généralement du constructeur, tant que les défauts constatés ne seront pas réparés, ou réalisés, la présence de ces derniers une fois forclos.

Les défauts de performance énergétique se révéleront le plus souvent à l'usage du bien, nécessitant une utilisation dans des conditions normales, en dehors de situations exceptionnelles (hiver très froid lors de la réception, congé des occupants pendant les premiers mois laissant le bâtiment inoccupé, etc).

Cette contrainte de délais pour réaliser un réel dommage arrivera généralement après plusieurs années d'utilisation ; l'utilisateur réalisant, factures à l'appui, le problème, mais se trouvant par conséquent forclos.

En dehors de ces deux responsabilités dites spéciales, les constructeurs seront soumis à une responsabilité civile de droit commun, qui apparaîtra elle aussi comme inadaptée, démontrant que la performance énergétique est un nouveau défi pour les acteurs de la construction, obligeant à se tourner vers la responsabilité décennale.

## **B) Une faute difficilement imputable.**

Le défaut de performance énergétique étant bien une faute du constructeur s'étant par le passé, lors de signature du contrat, engagé à une obligation d'un certain niveau de consommation, lui sera difficilement imputable, démontrant bien le caractère préoccupant du défaut de performance énergétique.

### **a) La responsabilité civile de droit commun des constructeurs.**

Nous l'avons brièvement évoqué plus tôt, l'acquéreur pourra se tourner vers l'article 1147 du Code Civil, prévoyant la responsabilité du constructeur en cas d'inexécution, contractuelle ou de faute.

En effet, ce régime de responsabilité est dit « de la faute prouvée », imposant à celui qui l'invoque de démontrer une faute du constructeur. En termes de performance énergétique labellisée, représentant un des critères essentiels de l'acquisition du bien, le constructeur se soumettant à un niveau de consommation défini, il sera soumis à une obligation de résultat. Dans cette optique, l'acquéreur souffrant d'un défaut de performance énergétique devra prouver une faute du constructeur dans l'exécution du contrat ayant conduit à ce dommage.

Ce régime pouvant conduire à allouer des dommages et intérêts à ce dernier, nécessitant de prouver une faute, et étant d'application très généraliste, apparaîtra comme inadapté au défaut de performance énergétique.

Ce nouveau type de défaut apparaît comme très inadapté au système actuel.

## b) La performance énergétique : un nouveau défi.

Nous l'avons vu, la performance énergétique, qui est devenue un des arguments de vente majeurs pour les constructeurs, pourra dans certains cas ne pas être atteinte.

Si la garantie conventionnelle pourra dans certaines hypothèses assurer le maître d'ouvrage contre ce type de désagréments, les garanties aussi bien de droit commun que spéciales, apparaissent comme inadaptées à ce nouveau défi, apparu au niveau écologique comme nécessaire, mais sans que la législation en vigueur ne se soit adaptée à cette arrivée.

Une dernière solution apparaîtra comme une possibilité de garantie sûre pour l'acquéreur, mais comme un risque sur la longue durée pour le vendeur : l'application de la garantie décennale, aux défauts de performance énergétique ; solution apparaissant la plus plausible.

## **II) Une possible extension du champ d'application de l'article 1792.**

La garantie décennale des constructeurs, devant répondre à deux critères d'imputabilité et ayant connu une certaine évolution, apparaît comme répondant le mieux à un possible défaut de performance énergétique.

### **A) Des critères d'imputabilité devant être respectés.**

Pour s'appliquer, la responsabilité décennale devra revêtir deux critères : un dommage et une atteinte à la destination de l'ouvrage.

#### a) Un dommage.

La garantie décennale, pour être mise en œuvre nécessitera la présence d'un ouvrage et d'un dommage affectant ce dernier.

Concernant la notion d'ouvrage, elle ne sera pas difficile à prouver : les constructions neuves, telles que vendues par des constructeurs et labellisées, sont des ouvrages.

Concernant les travaux de rénovations énergétiques sur un bâtiment existant, la jurisprudence prendra en compte le critère de l'ampleur des travaux, si ces derniers affectent le bien dans son ensemble (dans un but d'augmentation de la performance énergétique globale, et non pas seulement sur un seul des éléments pouvant la composer), alors nous serons face à un ouvrage. Le critère des installations dissociables (ne pouvant entraîner que la responsabilité de droit commun du constructeur), ou non dissociables (entraînant la qualification d'ouvrage comme pour une installation de géothermie ou très récemment pour une chaudière), sera également pris en compte pour emporter cette qualification sur des travaux de rénovation.

Pour que cette garantie s'applique, l'ouvrage devra être affecté d'un dommage. Cette notion sera indifférente quelle que soit son origine, sa cause, qu'il résulte d'un vice, d'une défectuosité, ou encore que son origine soit inconnue.

Le dommage devra affecter l'ouvrage, il devra se manifester physiquement, matériellement, mais sera le plus souvent immatériel en terme de performance énergétique. En effet, si des défauts tel qu'une mauvaise étanchéité à l'eau ou à l'air, voire une impossibilité d'atteindre des températures de vies normales, seront aisément considérées comme des dommages affectant l'ouvrage, ces derniers étant physiques, la question d'une simple non atteignabilité

des économies d'énergies promises ou une performance non effective reste cependant complexe.

Accepter de reconnaître cette hypothèse comme constitutive d'un dommage au sens de l'article 1792 du Code Civil, reviendra à inclure dans son champ d'application un dommage immatériel.

La cour de cassation a par ailleurs refusé, dans un arrêt de 2004 concernant la défaillance d'un système de géothermie affecté au chauffage (3<sup>ème</sup> chambre civile 12 mai 2004), de reconnaître « le manque de performance certains mois de l'année » comme constitutif d'un dommage de nature décennale ; ce système n'étant pas en lui-même affecté de dommage de nature à compromettre sa solidité ou le rendant impropre à sa destination.

Cependant, dans un autre arrêt elle ne manque pas de souligner que l'absence d'économie d'énergie promise par un vendeur (en l'occurrence, il s'agissait de panneaux solaires) devait être considérée comme rendant le bien impropre à sa destination (3<sup>ème</sup> chambre Civile 27 septembre 2000) mais en reconnaissant ce défaut comme complémentaire d'un dommage matériel.

La cour de cassation admet à demi-mots cette possibilité en appliquant le raisonnement inverse : si le défaut de performance énergétique peut être constitutif d'une impropreté à destination, alors ce dernier sera constitutif d'un dommage, et la responsabilité décennale pourra être engagée.

On imagine bien la crainte des constructeurs soumis à cette responsabilité, le fait de reconnaître un dommage immatériel comme pouvant engager leur responsabilité sur ce fondement.

Cependant, la non réalisation d'économies d'énergies, couplée à un surcoût d'achat, et empêchant l'utilisateur de jouir du bien selon sa convenance (utilisation de moins d'énergie par idéologie, volonté de dépenser moins, etc...), ne sera-t-il pas constitutif d'un dommage, certes immatériel, mais affectant le bien ?

Selon moi, il faut répondre par l'affirmative, le bien se trouvant finalement affecté d'un dommage, économique.

Cette garantie concernera également les dommages futurs. En effet, si le défaut affectant le bien est vu avec certitude comme constitutif d'un dommage au sens de l'article 1792 du Code Civil, se révélant dans le délai prévu de dix années, alors la mise en œuvre de la garantie pourra intervenir avant la survenance de ce dernier (3<sup>ème</sup> chambre civile, 4 novembre 2010).

Le dommage ne devant pas non plus être permanent, dans une décision du 9 mai 2007 la cour d'appel de Paris l'a rappelé concernant un problème de climatisation n'intervenant qu'en hiver, de nature à engager la responsabilité décennale.

Il faut également souligner que la notion de dommage devra s'apprécier en dehors des mesures ayant pu être prises par le propriétaire pour y remédier, n'écartant pas la responsabilité du constructeur.

La responsabilité décennale aura pour point de départ la réception du bien, qui pourra être expresse ou tacite (dans ce cas le juge devra relever la présence de deux critères : la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de recevoir les travaux et le caractère contradictoire de la réception). Une décision de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la cour de cassation du 30 mars 2011 relevant indique que les juges devront dans ce cas fixer eux-mêmes la date de réception, celle de la décision ou encore la prise de possession et paiement du prix.

Enfin, concernant le caractère général, quant à sa portée du dommage, ce dernier devant affecter l'immeuble dans son ensemble, le défaut de performance énergétique remplira bien entendu ce critère.

La non atteignabilité de la performance énergétique pourra être considérée comme un dommage de nature décennale (à la libre appréciation des juges), mais ce critère ne suffira pas pour engager la responsabilité du constructeur sur ce fondement, il faudra également constater une atteinte à la destination de l'ouvrage.

#### b) Une atteinte à la destination de l'ouvrage.

Comme nous l'avons dit ci-dessus, les tribunaux refusent pour le moment de reconnaître le défaut de performance énergétique comme unique source d'impropriété à destination, sauf si ce dernier s'accompagne d'un dommage matériel, et que ces deux problèmes sont complémentaires.

Tout comme la non obtention d'un label de performance énergétique qui est seulement un des éléments constitutifs d'une impropriété à destination ne pouvant en être une cause unique (Cour d'appel de Grenoble 25 novembre 2008).

La destination de l'ouvrage ne devra être vue uniquement comme le fait de pouvoir habiter l'immeuble de façon « normale » avec des températures de chauffage constantes, et adaptées à la saison, mais bien de pouvoir réaliser des économies d'énergies, d'avoir un bien performant.

Nous l'avons dit, cette performance énergétique sera une des causes, si ce n'est la cause essentielle, d'achat ; l'acquéreur, acceptant de supporter un surcoût lors de l'acquisition, ne décidera d'habiter le bien, non pas uniquement parce qu'il lui permettra « d'avoir un toit » pour lui et sa famille, mais bien pour consommer moins.

Que la performance soit choisie pour des raisons idéologiques (conscience écologique) ou purement financières, elle constituera bien la destination de l'ouvrage.

Le bien pourra être vu comme un véhicule : une automobile standard servant à se déplacer, alors qu'un véhicule de compétition sera acquis pour ses performances.

Les juges pourront faire un constat similaire, ne voyant pas une construction uniquement comme une habitation standard mais bien comme une source de revenus (pour les maisons à énergie positive par exemple) ou simplement d'économies, voire d'écologie.

La nécessité de protection de l'acquéreur, au regard du nombre très important de bâtiments labellisés vendus, devra de façon nécessaire conduire à considérer le défaut de performance énergétique désiré et convenu comme une atteinte à la destination de l'ouvrage, réalisé non pas uniquement pour y faire vivre une famille ou travailler des employés, mais bien pour pouvoir réaliser un investissement, une source de diminution des dépenses.

La garantie décennale est, par conséquent, vouée à évoluer.

### **B) L'évolution de la garantie décennale.**

L'importance croissante de la notion de performance énergétique dans la construction conduira à faire évoluer le champ d'application de la garantie décennale comme cela fut le cas par le passé, laissant des possibilités d'exonération réduites pour les constructeurs.

#### a) Du phonique à l'énergétique.

La formulation de l'article 1792 du Code Civil est très générale pour pouvoir faire entrer de nouveaux dommages dans son champ d'application.

Cela fut le cas par le passé, lorsque le 1<sup>er</sup> avril 1992, la cour de cassation dans un arrêt de principe accepta de reconnaître le défaut d'isolation phonique, même lorsqu'il résultait d'un irrespect à la norme, comme rendant l'immeuble impropre à sa destination et par conséquent susceptible d'entrer dans le champ de la responsabilité décennale.

Cette extension du champ d'application pour un dommage, ne rendant pas l'habitation impossible à vivre mais uniquement moins agréable, moins performante du point de vue phonique, peut laisser penser à une évolution similaire en termes de performance énergétique.

Il faut également souligner que certains juges du fond ont doré et déjà accepté de reconnaître que la volonté d'un maître d'ouvrage d'avoir un bien certifié par un label de performance énergétique était un critère de choix déterminant, pouvant en cas de non atteinte des performances être un des éléments constitutifs d'une impropriété à destination, entraînant de facto l'application de la responsabilité décennale (CA Grenoble, 25 mars 2008).

Cette première étape est sous doute à voir comme constitutive d'une possible extension du champ d'application de cet régime de responsabilité.

En cas de mise en cause de la responsabilité des entrepreneurs, ces derniers pourront avoir des moyens d'exonérations.

#### b) Des exonérations envisageables.

On comptera trois exonérations possibles en cas de mise en œuvre de la responsabilité décennale : la force majeure, qui en réalité pourra revêtir deux autres formes, le fait du tiers et celui de la victime.

Concernant le fait de la victime (l'acquéreur), le constructeur pourra, en cas de remise d'une notice d'utilisation lors de la vente non respectée, opposer ce cas d'exonération. En effet, l'utilisateur ne respectant pas des conditions d'usage ou d'entretien normales du bien, ne pourra pas engager la responsabilité de ce dernier.

Un bien énergétiquement performant nécessitera une utilisation adaptée.

Il faudra également souligner le fait que l'article 1792-5 du Code Civil, interdira tout aménagement contractuel de responsabilité des constructeurs.

Nous l'avons vu, la performance énergétique, lancée par les professionnels de la construction, n'a pas eu d'échos auprès du législateur n'étant pas intervenu, laissant par conséquent, et le juge, et sa liberté d'appréciation, seuls face à de futurs très nombreux litiges, avec pour seul élément de réponse les mécanismes juridiques actuels.

Le législateur est intervenu par la suite pour rendre cette performance obligatoire, adaptant par la même occasion les systèmes de responsabilité des constructeurs et autres intervenants à

l'acte de construire.

## **TITRE II : UNE OBLIGATION DE PERFORMANCE**

Face à ces nombreuses incertitudes quant aux futurs litiges liés à un défaut de performance énergétique, le législateur est finalement intervenu en créant la nouvelle réglementation thermique dite « RT 2012 » (Chapitre I) remplaçant celle définissant depuis 2005, beaucoup plus contraignante en termes de consommation et par conséquent plus protectrice de l'environnement.

Ce sont les articles L 111-9 et L 111-10 du Code de la Construction et de l'Habitation, modifié en juillet 2010, qui viendront fixer les valeurs de performances énergétiques devant dorénavant être obligatoirement respectées pour toutes les constructions neuves.

Ces nouvelles règles auront un impact important sur les outils juridiques en droit de la construction, ainsi que sur les régimes de responsabilités, cette fois-ci prévus, de ses acteurs.

## **CHAPITRE I : LA RT 2012**

La RT 2012 est avant tout apparue comme une évidence pour le législateur. Entre coût de l'énergie ayant explosé, pouvant conduire à une nouvelle situation dite de « précarité énergétique », et nécessité de consommer moins, amenée par une prise de conscience collective, la nécessité de limiter la consommation des bâtiments (poste de consommation énergétique très important) est bien présente.

Cette nouvelle réglementation, aussi nécessaire que restrictive (Section 1), va conduire à la création de nouveaux outils de contrôle de la performance parmi lesquels figure le « certificat de performance énergétique » (Section 2).

## **Section1 : Une nouvelle réglementation.**

Ces nouvelles exigences thermiques, nécessaires, deviendront la norme, seront imposées, car d'ordre publique ; ce qui induira de facto des répercussions aussi bien sur les techniques que sur le coût de la construction.

### **D) Un changement de comportement imposé.**

La nécessité de consommer moins n'est plus liée à une simple question d'idéologie, mais bien à une nécessité due au coût pécunier et environnemental que ces consommations entraînent, conduisant par conséquent à un changement de mentalité dans sa globalité.

#### **A) La nécessité de consommer moins.**

La diminution des consommations d'énergies par les bâtiments a résulté d'une prise de conscience écologique collective, mais également de l'apparition d'une nouvelle situation dite de précarité énergétique.

##### **a) Une prise de conscience collective**

La ratification du protocole de Kyoto visant à limiter les émissions de gaz à effet de serre a été un des tous premiers engagements écologiques marquant un véritable tournant pour les pays du monde entier, une nécessité de prise en compte de la planète.  
La sauvegarde de la planète est depuis devenue une évidence pour tous.

Cette volonté écologique s'est notamment traduite en France par la notion de performance énergétique des bâtiments, depuis la RT 88 à celle de 2012, prenant en compte les spécificités climatiques de différentes zones climatiques françaises.

Le Législateur Français a choisi de reprendre le découpage géographique réalisé par « Effinergie », imposant un coefficient d'adaptation de l'exigence thermique par zones (françaises) climatiques.

Cette « prise de conscience collective » des citoyens comme du législateur a précisément amené à faire évoluer la nécessité d'efforts dans la consommation, pour conduire à l'édiction de cette RT 2012.

En parallèle de ce critère, une nouvelle situation dite de précarité énergétique a également conduit à devoir modifier la législation en vigueur.

##### **b) La précarité énergétique.**

La diminution des consommations d'énergie sera également une nécessité dans certains cas. En effet le texte de loi dit Grenelle 2 a repris le concept anglo-saxon de « Fuel Poverty », marquant la situation de tout ménage devant dépenser plus de 10% de son revenu disponible au paiement de ses factures d'énergie.

On considère actuellement en France que « trois millions et demi de ménages sont en situation de précarité énergétique, et un français sur dix dit avoir eu froid en janvier 2011 », ses installations ne pouvant répondre à ses besoins ou plus grave, son budget ne le lui

permettant pas (22).

Le texte de loi français définit cette situation comme celle de « personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires, en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat ».

Les coûts de l'énergie ayant connu depuis une dizaine d'année une flambée, plus que la simple conscience écologique, la RT 2012 a également tiré son inspiration d'une nécessité de pouvoir consommer moins simplement pour pouvoir vivre dans son logement décent, en raison des ressources de chacun.

Cette nouvelle réglementation a suivi un changement des mentalités global, d'inspiration européenne et d'application française.

## **B) Un changement global.**

La nouvelle réglementation thermique est née d'une impulsion européenne traduisant une nécessité mondiale, mais d'application nationale.

### a) Une impulsion européenne pour de nouvelles habitudes collectives.

Le respect de l'environnement, et par conséquent la performance énergétique, sont au cœur du projet « Europe 2020 » lancé par la commission européenne en 2010.

Les institutions supranationales présentent « l'efficacité énergétique (comme) l'un des moyens les plus rentables de renforcer la sécurité de l'approvisionnement énergétique et de diminuer les émissions de gaz à effet de serre et d'autres polluants » (23).

Dans le cadre de ce grand plan, les Etats européens se sont engagés à diminuer de 20% leur consommation d'énergie primaire d'ici à 2020.

La commission ne manque pas de souligner dans les multiples secteurs où il faut agir que le bâtiment est celui qui dispose du plus grand potentiel d'économie d'énergie.

Ciblant aussi bien les secteurs privés que publics, les institutions demandent de relayer cette volonté aux Etats membres en rendant les diminutions de consommations obligatoires, la performance plus contraignante.

C'est dans ce cadre d'obligation que la RT 2012 s'inscrit en France, limitant la consommation maximale des bâtiments.

### b) Une consommation limitée.

La nouvelle mesure n'est pas limitée à une simple réglementation thermique mais recouvre tous les domaines de performance énergétique et environnementale : chauffage, production d'eau chaude, système de refroidissement et climatisation, ventilation, éclairage, émission de gaz à effet de serre, production de déchets liés à la construction, etc ...

Elle concernera l'ensemble des bâtiments neufs, les parties nouvelles des bâtiments à usage de bureau, d'enseignement, d'accueil de la petite enfance, ainsi que les bâtiments ou parties de bâtiments à usage d'habitation, et dresse également une liste de ceux exclus du champ d'application.

« Elle sera applicable à tous les permis de construire déposés à partir du 28 octobre 2011 pour les bâtiments neufs à usage de bureau, d'enseignement, d'accueil de la petite enfance et ceux à usage d'habitation construits en zone Anru. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, les autres bâtiments neufs à usage d'habitation seront également concernés. Un décret doit intervenir pour les bâtiments neufs ou existants du tertiaire (hôtels, restaurants ou hôpitaux) privés ou publics. En l'état, il n'est pas prévu d'obligation de rénovation pour l'habitat existant, mais si le propriétaire décide une rénovation, il aura l'obligation de respecter la nouvelle norme énergétique. Ces nouvelles dispositions sont d'ordre public » (24).

Les bâtiments tertiaires existants devront quant à eux être rénovés à partir de 2012 et avant 2020 ; seule l'habitation existante échappe donc à cette nouvelle réglementation.

La performance n'est plus incitée mais bien imposée (pour les constructions neuves et le tertiaire existant), le législateur ayant repris une consommation d'énergie maximale issue du privé, du label de performance énergétique le plus appliqué : le BBC.

En effet, la RT 2012 reprend ce référentiel d'une valeur maximale de consommation de 50kWh/m<sup>2</sup>/an.

Il faut cependant souligner que la RT 2012 ne tient pas compte de l'adaptation des besoins en énergie des bâtiments en fonction des saisons et de leur possible rigueur, des secteurs et conditions d'activité des bâtiments tertiaires (des bureaux d'un journal devront être ouverts et utilisés en continu, tous les jours, ce qui ne sera pas le cas de ceux d'une entreprise d'import export de produits saisonniers), ou des autres facteurs pouvant faire varier les consommations d'un bâtiment.

Le fait pour le législateur d'imposer une consommation maximale des bâtiments va considérablement modifier la construction.

## **II) Des répercussions sur la construction.**

La conception et la construction de bâtiments moins énergivores vont inévitablement bouleverser les techniques de construction de chacun (la performance est obligatoire et non plus facultative, chaque acteur se verra obligé de s'adapter), et par conséquent induire un surcoût pour les acquéreurs.

### **A) Les techniques de la construction bouleversées.**

Les techniques de construction vont devoir changer pour atteindre les niveaux de performance exigés, cette dernière devant d'autant plus être réelle et non plus seulement théorique comme cela pouvait être le cas avec les labels de performance énergétique.

#### **a) Des changements de matériaux.**

Au delà de l'apparition de nouveaux matériaux, ou de l'adaptation d'existants, il faudra souligner que les efforts pour réaliser les performances exigées devront porter essentiellement sur trois points différents : l'architecture, l'étanchéité à l'air et le site naturel d'implantation.

Concernant l'architecture, il faudra éviter le plus possible les échanges thermiques avec l'extérieur et contrairement aux idées reçues, privilégier un grand espace intérieur, certes

nécessitant plus d'énergie consommée pour être chauffé mais dont les échanges thermiques avec l'extérieur, et par conséquent les variations de températures, seront réduits.

L'étanchéité à l'air devra être la plus performante possible pour garantir une température intérieure stable sans déperdition.

Concernant l'implantation sur le site naturel, il faudra tenir compte de la situation et des ressources. Ces dernières pourront servir à être utilisées pour limiter les consommations et la situation du bâti sur le terrain servira pour la production d'énergie notamment grâce à la mise en place de panneaux solaires ou d'éoliennes.

La consommation des bâtiments devra avec cette réglementation être réelle et non plus théorique comme pouvait l'être celle prévue pour les labels de performance énergétique.

#### b) La prise en compte d'une consommation réelle.

Nous l'avons expliqué plus tôt, la consommation future des bâtiments labellisés est calculée sur une base théorique des matériaux utilisés, et de l'implantation du bâtiment mais ne révélera pas forcément la consommation réelle, future de ces derniers.

La nouvelle réglementation prévoit des contrôles pouvant être réalisés après la livraison de la construction, pour vérifier que cette consommation soit bien réelle, que la norme soit respectée.

La RT 2012 tente de fixer des niveaux de consommation réels, établis et vérifiables et non pas, ou plutôt plus, une consommation pouvant uniquement être « techniquement atteinte ».

Cependant, la mise en œuvre de ces nouvelles techniques de construction de ces nouveaux matériaux devant garantir une véritable économie d'énergie, aura un surcoût financier.

### **B) Une implication financière nécessaire.**

Ces nouvelles normes de construction induiront automatiquement un surcoût de construction qui sera avant tout vu comme un investissement.

#### a) Un surcoût de construction.

Contrairement à la performance incitée, certifiée par des labels de performance énergétique, le respect de la norme énergétique n'aura aucune incitation fiscale, étant d'ordre public, elle devra être respectée.

Le surcoût lié à la conception et à la réalisation d'un bâtiment dit BBC est estimé par les professionnels de l'ordre de 10% supérieur à celui d'un bâtiment conventionnel, respectant la RT 2005.

La réglementation thermique de 2012 imposant le même référentiel de consommation, le surcoût sera identique.

Il paraîtra illogique et peu équitable au regard de l'augmentation des coûts de construction et de l'acquisition foncière de devoir imposer un tel surcoût sans contre partie, sauf à vouloir

diminuer encore plus la possibilité pour chacun de devenir propriétaire de son logement, c'est pourquoi la construction d'un bâtiment consommant moins d'énergie devra être vu comme un investissement.

#### b) Une économie d'énergie

Le coût d'achat sera plus élevé une fois la RT 2012 applicable. Cependant, la diminution des consommations d'énergie permettra de dépenser moins d'argent sur ce poste de dépense.

Le surcoût d'achat sera comblé par les économies d'énergie réalisées.

Cette notion d'investissement marque une fois de plus la nécessité d'obtenir des économies d'énergie réelles et non plus uniquement théoriques, comme cela pouvait être le cas avec certains labels de performance énergétique.

Cette obligation de faire réaliser des économies d'énergie à l'utilisateur du bien ne repose pas uniquement sur le constructeur, l'architecte ou les bureaux d'étude thermique, mais également sur les fournisseurs d'énergie grâce au certificat d'économie d'énergie.

### **Section 2 : Le Certificat d'Economie d'Energie.**

Le certificat d'économie d'énergie est un nouvel outil, lancé par le Grenelle de l'environnement dans le cadre de la RT 2012, permettant aux fournisseurs d'énergie de garantir des économies.

#### **D) Origines et choix français.**

Le certificat d'économie d'énergie n'est pas une pure création française ; il est en réalité inspiré des modèles anglais et italiens, pour en tirer une conception nationale.

##### **A) Les dispositifs anglais et italiens.**

Le TEE italien, ou la vision du Royaume-Uni, ayant démontré leur efficacité, la France s'en est fortement inspirée.

##### a) La vision du Royaume Uni.

Le Royaume-Uni connaît un dispositif d'obligation d'économie d'énergie similaire à celui mis en place en France. Ce mécanisme impose aux fournisseurs de gaz et d'électricité ayant plus de 15 000 clients (soit un total de 11 entreprises outre manche) de générer plus de 62 TWh sous peine de pénalités, une production d'énergie importante en faisant baisser le prix.

Chaque fournisseur a un quota d'économies d'énergie à réaliser, et conduit des programmes avec des entreprises (clients) pour les réaliser.

L'ensemble du mécanisme passe par les fournisseurs d'énergie.

Quatre domaines sont concernés : l'isolation, l'éclairage, les appareils performants et le chauffage.

Les programmes mis en place avec les partenaires ont permis aux bâtiments de réaliser des économies d'énergie importante, dépassant le seuil minimal imposé de 25%, ce qui démontre bien l'efficacité du dispositif, par ailleurs reconduit sur une nouvelle période depuis 2005.

L'Italie s'est également dotée des certificats d'économie d'énergie.

#### b) Le TEE italien.

Les « Titres d'Efficacité Energétique » certifient des épargnes d'énergie à travers des technologies et systèmes efficaces.

Un certificat établi par les autorités italiennes équivaut à une tonne de pétrole d'épargné, en termes de consommation.

C'est un décret qui fixe les objectifs alloués aux producteurs d'électricité et de gaz.

Le TEE ont pour principe de faire mener des actions par ces opérateurs directement auprès de leurs clients, pour transformer leurs bâtiments et leur permettre de réaliser des économies d'énergie (action d'isolation thermique des bâtiments, etc...).

Chaque TEE signé est remboursé par la collectivité au fournisseur d'énergie à hauteur de 100€, et il est estimé qu'il rendrait à la collectivité, par le biais de ses économies, entre 6 et 12 fois ce qu'il a coûté.

En plus des économies réalisées par le consommateur final, le distributeur d'énergie va gagner de l'argent sur chaque TEE signé (le coût de mise en place est inférieur au 100€ remboursés).

A la vue de l'efficacité de ces dispositifs, la France a choisi de se doter d'un système comparable.

### **B) Le procédé français.**

Le procédé des CEE français va déterminer des critères concernant les objectifs et la durée de ces contrats, tout comme affectant ses acteurs.

#### a) Objectifs et durées.

Le système français des certificats d'économies d'énergie permet de valider les économies d'énergies résultant d'actions additionnelles vis-à-vis, d'une part, de la réglementation déjà en vigueur, et d'autre part, de l'activité habituelle.

La mesure restant comparable à celle présente dans les systèmes étrangers, elle oblige les distributeurs d'énergie à conclure des contrats d'économie d'énergie.

Les personnes n'ayant pas obtenu les certificats nécessaires pour respecter la loi à la fin d'une période fixée par l'Etat devront régler une pénalité à l'Etat.

Les certificats d'économie d'énergie ne concerneront que certains acteurs.

#### b) Les acteurs.

Les articles 14 et 15 de la loi d'orientation sur l'énergie énoncent que les certificats

d'économie d'énergie concernent « les personnes morales qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finaux et dont les ventes annuelles excèdent un seuil ainsi que les personnes physiques et morales qui vendent du fioul domestique aux consommateurs finaux quel que soit leur volume de vente sont soumises à des obligations d'économies d'énergie » mais également « toute autre personne morale dont l'action, additionnelle par rapport à son activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie d'un volume supérieur à un seuil fixé ».

Le principe est donc de poser une obligation par les pouvoirs publics sur une période donnée aux vendeurs d'énergie. Une totale liberté sur les actions à mener pour atteindre ces objectifs est laissée à ces derniers.

Une circulaire, devant être publiée cet été, prévoira également la création de contrôles de ces acteurs, et la mise en place de sanctions en cas d'irrespect de ces certificats.

Le Grenelle 2 donnant véritablement un second souffle à ces CEE.

Ces certificats poseront des principes précis pour assurer leur bonne application et garantir des économies d'énergie.

## **II) Les principes des certificats.**

Les CEE mettront des obligations à la charge des contractants pour assurer dans la pratique les économies d'énergie.

### **A) Les obligations des contractants**

Les certificats d'économies d'énergie ne seront malheureusement pas ouverts à tous ; seuls certains acteurs (dû à une question de quantité d'énergie consommée) pourront être éligibles.

#### **a) Le marché traité par le CEE.**

Le marché traité par les fournisseurs d'énergie devra correspondre à une consommation supérieure à 20 millions de kWh, plusieurs entreprises pouvant se réunir pour arriver à ce seuil.

Les certificats pourront concerner des opérations complexes au regard de l'activité spécifique du client concerné, et des mesures particulières pouvant être prises pour lui garantir des économies d'énergie.

Légalement, les certificats détenus par ces clients sont considérés comme des biens meubles pouvant être détenus, acquis ou cédés par toute personne morale. Ils s'intègrent donc dans un système économique théoriquement autorégulé par des équilibres, correspondant à l'offre et à la demande, dans lequel l'Etat n'intervient pas.

La mise en place d'un tel type de contrat nécessitera la présence d'un obligé et d'un éligible.

## b) L'éligibilité.

Les producteurs/distributeurs d'énergie seront appelés les obligés. En effet, ces derniers se verront contraints par l'Etat de devoir faire réaliser des économies d'énergie à leurs clients à hauteur d'une valeur fixée.

L'autre partie, qui formera une demande certificat, sera dite l'éligible. Toute personne morale pourra former une demande, à condition de respecter le seuil de consommation d'énergie et de ne pas avoir la production d'énergie comme source de revenus.

Le nouveau dispositif des CEE entérine la fin probable d'éligibilité des entreprises privées à ce dispositif, forçant les obligés à réaliser de plus en plus d'actions auprès des collectivités publiques pour pouvoir assurer leur nombre de certificats minimum, et ne pas devoir s'acquitter de pénalités.

Cependant, dans la pratique, les certificats présenteront de nombreux avantages.

## **B) La pratique.**

La pratique a su démontrer les avantages pouvant être tirés de ces certificats.

### a) Les avantages.

Les actions menées dans le cadre des CEE sont financées directement par les producteurs/distributeurs d'énergies, qui, au regard de possibles pénalités, auront tout intérêt à mettre en place ces actions.

Ces dernières créeront de l'activité pour les distributeurs et constitueront un réel gain sur les consommations énergétiques des clients. Ne prenant pas la place des labellisateurs imposant un certain cadre normatif pour arriver à une consommation d'énergie déterminée à l'avance (un seuil maximal ne devant pas être dépassé pour obtenir le label), les certificats permettront de réaliser des cations adaptées à chaque client et, par conséquent, à chaque type de consommation pour obtenir un gain réel, vérifiable et mesurable sur les factures.

Le client verra son action financée, l'Etat ne déboursa pas d'argent et le producteur pourra même augmenter sa capacité de distribution au regard des économies réalisées par ses clients consommant dorénavant une quantité d'énergie moindre.

Certains exemples montre déjà l'efficacité de ce dispositif.

### b) Des exemples de mise en œuvre.

Le dispositif apparaît comme nouveau depuis le grenelle 2, et les exemples sont encore trop rares pour être avancés et encore plus pour démontrer une efficacité probante.

Cependant, nous pourrions prendre un exemple théorique pour mieux comprendre l'efficacité du CEE : « On peut imaginer que la société X Electricité, vendeur d'électricité soumis à obligation, envoie à ses clients 1 million de coupons de réduction à valoir sur l'achat de lampes basse consommation, accompagnés de documents de sensibilisation sur les bénéfices liés à l'utilisation de ces lampes et plus largement les enjeux des économies d'énergie. A

l'image de ce qui existe déjà avec des coupons de réduction sur certains produits alimentaires, deux chaînes de grandes surfaces se sont engagées à honorer ces coupons et à les lui renvoyer, avec les preuves d'achat correspondantes. X Electricité présentera ces coupons pour prouver qu'elle a conduit ses clients à acheter des équipements permettant de faire des économies d'énergie et recevra en contrepartie des certificats d'économie d'énergie. Elle redonnera éventuellement à chacune des sociétés partenaires une partie de ces certificats selon des conditions négociées entre elles lors de la conclusion de leur partenariat.

Sachant qu'une lampe basse consommation permet d'économiser, sur sa durée de vie, environ 230 kWh par rapport à la moyenne des lampes vendues aux ménages français, X Electricité obtiendrait  $50 \% * 1\ 000\ 000 * 230 = 115$  GWh de certificats d'économie d'énergie si la moitié des coupons de réduction était utilisée.

Le nombre de certificats dont bénéficiera le vendeur d'énergie sera donc indépendant du montant des dépenses engagées pour mener l'action mais résultera directement du total de lampes effectivement achetées grâce à ces coupons ». (25)

Cet exemple est significatif car il montre à la fois, la possibilité pour le consommateur de pouvoir réaliser des économies d'énergie sous l'impulsion du producteur ou distributeur d'énergie qui en dégagera un bénéfice et sans que cela emporte un coût à l'Etat.

Cette nouvelle réglementation thermique n'aura pas que des répercussions sur les outils nécessaires à la réalisation d'économies d'énergie mais également sur les acteurs de la construction.

## **CHAPITRE II : DES IMPACTS SUR LES ACTEURS DE LA CONSTRUCTION**

La nouvelle réglementation, contrairement aux labels de performance énergétique, se basera sur des économies d'énergie réelles, et non plus uniquement théoriques. Ces nouvelles exigences de consommation vont automatiquement conduire à des modifications quant aux obligations pesant sur ses acteurs, et aux sanctions les accompagnant, démontrant bien la volonté du législateur d'avoir une consommation réelle limitée. La performance conventionnelle basée sur la liberté contractuelle, laissant à la libre appréciation des juges les sanctions applicables à ce défaut d'économie d'énergie, va céder sa place à un système légal clairement défini, où constructeur et maître d'œuvre pourront voir leur responsabilité engagée en cas d'irrespect de leurs nouvelles obligations.

## **Section 1 : La responsabilité des constructeurs**

La nouvelle réglementation va mettre à la charge des constructeurs de nouvelles obligations, sans évincer celles applicables actuellement qu'elle va adapter.

### **I) Les créations de la nouvelle réglementation**

La RT 2012 mettra à la charge des constructeurs des obligations de moyens et des obligations de résultat, permettant de garantir la réalisation et par conséquent la livraison d'habitation moins énergivore.

#### **A) Les obligations de résultat.**

Les obligations de résultat auront un contenu défini par le législateur, s'accompagnant de sanctions en cas d'irrespect.

##### a) Le contenu des obligations.

La réglementation thermique pour 2012 fixera aux constructeurs trois obligations de résultat :

- la conception bioclimatique : la création du référentiel dit « Bbiomax » permettra de contrôler les consommations en termes de chauffage, de refroidissement et d'éclairage naturel, en fixant des valeurs maximales à ne pas dépasser. Ce coefficient prend en compte la compacité du bâtiment et les apports naturels
- la consommation conventionnelle calculée : reprenant le système des calculs réalisés dans le cadre de la labellisation des bâtiments BBC, elle ne tient malheureusement pas compte de l'utilisation de ce dernier et reste purement théorique
- la mesure de perméabilité à l'air : deux niveaux de perméabilité devant être respectés sont fixés : 1 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>/h pour les logements collectifs, et 0,6 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>/h pour les maisons individuelles.

La détermination de ces obligations de résultat obligera le constructeur à respecter ces valeurs, quelles que soient les techniques de constructions engagées. Ce dernier ne pourra s'exonérer qu'en démontrant la présence d'une cause étrangère, sous peine d'être sanctionné.

##### b) Les sanctions.

Les obligations étant de résultat, les sanctions pourront être les sanctions civiles habituelles, mais aussi des sanctions pénales. En effet, la RT 2012 est une norme technique, imposant des degrés de performance technique, devant être respectée.

Le manquement à cette obligation (portée par l'article L 111-9 Code de la Construction et de Habitation (CCH)) est prévu à l'article L 152-2 CCH et est sanctionné par l'interruption des travaux (article L 152-2 CCH), 45 000€ d'amende et 6 mois de prison en cas de récidive (article L 152-4 CCH).

Dans l'hypothèse où les travaux continueraient, le maître d'ouvrage encourrait 3 mois de prison et 45 000€ d'amende (article L 152-3 CCH).

Les sanctions prévues sont très lourdes pour conduire une politique efficace et performante, le législateur ayant par ailleurs prévu de soumettre les constructeurs à des obligations de moyens.

## **B) Les obligations de moyens.**

Les obligations de moyens seront moins contraignantes pour les constructeurs, mais également moins importantes en termes de politique environnementale, sans toutefois oublier de prévoir des sanctions en cas d'irrespect.

### a) Le contenu des obligations.

Pour la première fois, le traitement des ponts thermiques, l'obligation de recours aux énergies renouvelables, et la sensibilisation de l'occupant à l'impact de leurs comportements sur la consommation énergétique, sont mises en avant dans la réglementation thermique.

Concernant le recours aux énergies renouvelables, elles deviennent obligatoires pour les maisons individuelles concernant l'eau chaude sanitaire à hauteur de 2m<sup>2</sup> de production minimale, ou assurer la production d'au moins 5 kWh/m<sup>2</sup>/an.

Concernant la sensibilisation, le comptage des énergies consommées et leur suivi doivent être rendus possible par la mise en place d'un système le permettant. Le constructeur devra obligatoirement intégrer ce type de dispositif indiquant les consommations d'énergie par type de poste de dépense, pour pouvoir livrer le bien.

Les ponts thermiques, quant à eux, ne pourront pas être supérieurs à 0,28 W/(m<sup>2</sup>SHON.K) en terme de transmission thermique moyen, ni à 0,6 W/(ml.K) concernant le coefficient de transmission thermique linéique moyen des liaisons entre les planchers intermédiaires et les murs extérieurs.

Ces obligations de moyens ont été mises en place pour garantir le respect et le contrôle de celles de résultat ; la responsabilité du constructeur ne pourra être engagée que si une faute de sa part en relation avec le dommage est démontrée.

Dans cette hypothèse, des sanctions pourront lui être appliquées.

### b) Les sanctions.

Nous l'avons dit, ces obligations ne sont que de moyens, le législateur n'ayant d'ailleurs pas prévu de sanctions spécifiques.

Leur irrespect conduira à des sanctions civiles de droit commun tel que des dommages et intérêts.

Pour ce faire, la (prétendue) victime devra démontrer qu'une faute en relation avec ces obligations est présente et lui causant un dommage direct.

Le constructeur ne pourra alors s'exonérer qu'en démontrant une cause étrangère.

La nouvelle réglementation aura également des impacts très importants sur les systèmes de responsabilité applicables actuellement aux constructeurs.

## **II) La modification des processus existants.**

De nouvelles obligations pesant sur les constructeurs, leurs systèmes de responsabilité de droit spécial seront automatiquement transformés, laissant à ces derniers de moins en moins de possibilité de s'exonérer.

### **A) La responsabilité avant réception.**

La réglementation thermique ne modifiera pas de nouvelles sanctions spécifiques quant au régime de responsabilité avant réception pesant sur les constructeurs, mais elle fera apparaître de nouvelles obligations.

#### **a) Le changement de régime lié à l'application de la RT 2012.**

Nous l'avons dit, la RT 2012 impose trois nouvelles obligations de résultat. Cependant, ces dernières concernent la partie technique de la construction, et verront par conséquent la responsabilité du maître d'œuvre engagée en cas d'irrespect.

En effet, ce dernier sera dorénavant soumis au régime de responsabilité de droit commun des constructeurs prévu à l'article 1147 du Code Civil, « dès lors que la non conformité porte sur un élément technique relevant d'une des trois obligations de résultat instituées par la RT 2012. Cette obligation de résultat sous-tend que la responsabilité du maître d'œuvre à l'instar de celle du constructeur, sera engagée par le simple constat de dommage sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une faute » (26), ce dernier ne pouvant alors s'en exonérer que s'il rapporte la preuve d'une cause étrangère exonératoire.

Le régime des sanctions ne changera pas, malgré le fait de faire peser ces obligations sur le maître d'œuvre et non plus le constructeur, mais elles seront toujours applicables.

#### **b) Les sanctions.**

Le maître d'ouvrage, se voyant imposer une obligation de résultat, devra livrer un bien conforme à ces prescriptions, sauf à démontrer la présence d'une cause étrangère.

Ce dernier devra par conséquent, en cas de non conformité avant réception, réparer les dommages pour livrer un bien conforme.

Il faut cependant souligner que ces obligations se révéleront essentiellement à l'usage (ex : sur le minimum de résistance pour les ponts thermiques), et, sauf malfaçon flagrante, ne pourront pas être démontrées avant, mais véritablement après réception.

Ces défauts se révélant à l'usage, il apparaîtra par conséquent très difficile d'engager la responsabilité du maître d'œuvre sur ce fondement.

La responsabilité décennale des constructeurs va également connaître des modifications.

## **B) La responsabilité décennale.**

Les nouvelles obligations pesant sur les constructeurs vont rendre la démonstration d'une présence de dommage sur l'ouvrage beaucoup plus simple à vérifier : un manquement à la RT 2012 pouvant engager la responsabilité décennale de ces derniers.

### a) La notion d'ouvrage.

La notion d'ouvrage est essentielle pour pouvoir appliquer le régime de la responsabilité décennale.

Nous l'avons vu plus haut, les hésitations jurisprudentielles, et le manque de définition de la part du législateur, laissent à l'heure actuelle penser que la notion d'ouvrage se caractérise par l'importance des travaux réalisés et le caractère dissociable ou non des éléments d'équipement adjoints à l'existant, sans que cette définition ne soit arrêtée.

Cependant, la RT 2012 ne sera d'application obligatoire que concernant la construction d'ouvrages neufs, et non pas concernant les travaux de rénovation énergétique où l'entière liberté sera laissée au propriétaire d'agir ou non sur le terrain de la réhabilitation énergétique.

Concernant la notion de dommage, elle sera plus délicate à démontrer.

### b) L'imputabilité au constructeur.

L'imputabilité d'un dommage de nature à engager la responsabilité d'un constructeur, du simple fait de l'irrespect d'une réglementation thermique, n'est pas systématique, quand la performance énergétique n'est pas affectée, c'est en tout cas ce qu'en a déduit la Cour d'Appel de Toulouse au sujet de la RT 2000 dans une décision du 26 janvier 2009.

Il faut également retenir que la RT 2012 base le respect de ses objectifs sur l'obtention d'une attestation à la fin du chantier, sur laquelle figure le respect des prescriptions au regard de calculs théoriques en relation avec les matériaux utilisés, ne prenant par conséquent pas en compte les valeurs de consommation réelle lors de l'utilisation (comme cela était le cas avec le label BBC). L'imputabilité d'un dommage qui soit imputable au constructeur au titre de sa responsabilité décennale, est par conséquent difficilement envisageable, l'utilisateur devant prouver que la performance était irréalisable dès la livraison.

La RT 2012 plaçant la performance énergétique comme obligation première pour les bâtiments neufs, cette notion pourrait entrer dans le champ d'application de la responsabilité décennale, si le juge en convient. En effet, au regard de l'importance d'avoir des bâtiments moins énergivores, il apparaît comme envisageable pour le juge de décider d'appliquer cette responsabilité en cas de non performance, à charge pour le propriétaire de devoir prouver que cette inatteignabilité était présente dès le départ.

Il faudra souligner que le maître d'ouvrage, ou plutôt le maître d'œuvre (point développé par la suite) devra fournir une attestation de respect de la réglementation à la fin des travaux pour justement éviter la mise en place de la responsabilité sur le point de la performance énergétique : l'attestation démontrant la conformité du bien.

Malgré le fait que la RT 2012 fasse peser de nouvelles obligations sur le constructeur pour

garantir à la livraison le respect de cette norme et, par conséquent, de la performance énergétique, la responsabilité décennale apparaîtra comme applicable, les attestations et obligations de conformité ne se basant que sur des calculs purement théoriques, comme cela est déjà le cas pour les labels de performance énergétique.

Le juge devra par conséquent décider de voir, ou non, comme portant atteinte à la destination de l'ouvrage, le défaut de performance énergétique, le respect de la norme n'étant pas exclusif d'une impropreté à destination.

Les constructeurs seront par conséquent soumis à la fois aux obligations légales de la RT 2012 et aux régimes de responsabilité spéciale de droit de la construction, sur le fondement de la performance énergétique.

La nouvelle réglementation va également modifier les obligations pesant sur le maître d'œuvre et instituer des contrôleurs.

## **Section 2 : Le maître d'œuvre et les contrôleurs.**

Le maître d'œuvre devra garantir la performance au niveau des caractéristiques techniques du bâtiment, cette conformité à la RT 2012 sera par la suite vérifiée par des contrôleurs.

### **I) Le maître d'œuvre.**

Le maître d'œuvre devra démontrer le respect de la RT 2012 aussi bien antérieurement au début des travaux qu'à leur achèvement.

#### **A) L'obligation de prouver la prise en compte de la performance énergétique.**

Chaque dépôt de permis de construire devra démontrer la possibilité d'atteindre la performance imposée, une démonstration restant malheureusement très théorique.

##### **a) Du maître d'ouvrage au maître d'œuvre.**

Les obligations posées par l'article R 111-20 11<sup>ème</sup> du CCH et le décret n° : 2011-544 du 18/05/11, posent une obligation sur le maître d'ouvrage de devoir présenter un plan démontrant le respect de la future réglementation thermique sur le futur bâtiment au moment du dépôt de demande de permis de construire.

Si textuellement cette obligation portera sur le maître d'ouvrage, elle reposera en réalité sur le maître d'œuvre qui sera chargé de la partie d'élaboration technique du dossier pour le maître d'ouvrage.

Le dépôt de la demande de permis de construire sera faite pour et par le maître d'ouvrage, mais ce sera bien le maître d'œuvre, architecte qui devra réaliser une étude de prise en compte de la réglementation. En cas d'erreur dans cette déclaration ou d'absence dans la demande, les conséquences (refus du permis de construire) reposeront sur le maître d'ouvrage bien entendu, mais ce sera bien au maître d'œuvre de la réaliser.

Cette prise en compte dès le stade du dépôt de la demande de permis de construire apparaît intéressante et marque la volonté du législateur de devoir respecter la performance

énergétique, mais en réalité cette démonstration ne sera que théorique.

b) Une démonstration théorique.

Le législateur a calqué le niveau d'exigence sur celui de l'adaptabilité handicapé des bâtiments à laquelle sont soumis les constructeurs, marquant par conséquent l'importance de la performance énergétique dans son nouveau dispositif.

Même s'il paraît évident qu'une demande de permis de construire sera refusée en cas de non respect de la norme, on imagine mal d'autres sanctions (sauf peut-être convenues conventionnellement entre le constructeur et le maître d'œuvre).

La démonstration devra être faite qu'au regard des matériaux et des techniques de construction utilisés, la RT 2012 sera respectée, tout comme cela était le cas pour l'obtention d'un label BBC, laissant l'administration en lieu et place du certificateur privé.

Cette démonstration restera cependant purement théorique, et ne démontrant en rien les garanties pouvant être apportées du respect de cette norme lors de la construction.

En définitive, si la volonté est louable, l'effet est dérisoire, ne pouvant en rien remplacer un contrôle a posteriori démontrant l'efficacité réelle du bien.

Le législateur a, par conséquent, décidé de recourir à une vérification à la fin du chantier.

**B) L'attestation de fin de chantier.**

Le fait de vérifier la performance réelle du bien après la construction apparaît comme la solution adéquate, mais sa mise en place laisse plutôt transparaître un très probable futur constat d'échec.

a) Une nouvelle mesure.

A la fin des travaux le maître d'ouvrage devra faire réaliser par un contrôleur technique, un organisme spécialisé ou un architecte, un récapitulatif standardisé d'étude thermique reprenant, le respect de la RT 2012 dans la construction.

L'architecte chargé de la partie technique de la construction, pourra réaliser cette attestation. Cette mission ne reviendra pas à l'administration mais bien au maître d'ouvrage ou plus précisément au maître d'œuvre (ou à un tiers).

Au delà des calculs théoriques présentés lors de la demande de permis de construire, cette attestation intervenant après la réalisation des travaux permettra (ou plus précisément aurait pu permettre) une vérification réelle du respect de la norme.

Cette dernière pourra être remise avant la fin des travaux et non pas par exemple, comme cela aurait pu être souhaitable, obligatoirement après réception du bien, pour garantir le respect de la RT 2012 jusqu'à réalisation des finitions.

L'attestant sera cependant tenu à une obligation de résultat et pourra donc être reconnu responsable des erreurs de sa part dans son rapport.

Cette initiative apparaissant comme indispensable est en réalité beaucoup trop peu contraignante pour être efficace.

b) Plus un problème qu'une solution.

L'attestation de fin de chantier apparaîtra plus comme une fausse solution au problème de respect de la RT 2012.

En effet, cette dernière pourra être par un architecte ou contrôleur du choix du maître d'ouvrage sans droit de regard de l'administration. L'architecte ayant élaboré les plans et le projet de respect de la réglementation annexée à la demande de dépôt du permis de construire pourra lui-même contrôler son propre travail, ce qui laisse un sérieux doute quant à l'impartialité de ce contrôle.

Cette possibilité devait normalement être spécifiquement écartée par le législateur qui a finalement décidé de ne pas le faire dans le décret d'application instaurant l'attestation de fin de chantier.

De plus, l'attestation pouvant être réalisée avant la fin effective du chantier, elle ne tiendra pas obligatoirement compte de l'ensemble de la réalisation du projet.

Au regard de la partialité flagrante de cette attestation et, par conséquent, de la prise en compte peu effective de la nouvelle réglementation, le législateur a décidé d'instituer des contrôles de respect de la norme.

**II) Une performance contrôlée également après réception.**

Les contrôles de respect des normes de la construction, comme cela est déjà applicable en termes de norme parasismique ou d'accessibilité aux handicapés, pourront être appliqués à la performance énergétique. Ce qui apparaît comme une possible solution efficace ne règle en réalité pas du tout le problème de l'effectivité de prise en compte de la performance.

A) Des contrôles à posteriori.

Les contrôles, nécessaires à la bonne application de la norme, seront réalisés après la réception du bien, lors de son usage.

a) La nécessité d'une vérification.

La RT 2012 étant une norme d'ordre public, l'Etat pourra, au même titre que pour la législation parasismique, vérifier le respect de ladite norme au regard des articles L 151-1 et L 151-2 du CCH.

En effet, il est prévu que toute construction de bâtiment peut faire l'objet d'un contrôle de l'application des règles de construction pendant les travaux et dans un délai de trois ans après l'achèvement de ceux-ci.

En cas d'infraction aux règles de construction, un procès verbal mettant en jeu la responsabilité pénale du maître d'ouvrage et des acteurs de la construction peut ainsi être dressé par un agent assermenté et commissionné à cet effet. Des sanctions pénales définies par l'article L.152-4 du Code de la Construction et de l'Habitation peuvent alors être

prononcées sur décision du juge à l'encontre des responsables de ces non conformités.

Malgré le fait que la RT 2012 ne concerne pas la sécurité des bâtiments et par conséquent des personnes, l'engagement de l'Etat pour améliorer la performance énergétique, et le fait de rendre obligatoire, permet de comprendre aisément que ce type de contrôle sera envisageable.

Au delà du « contrôle », partial, réalisé par un tiers choisi par le maître d'ouvrage, ceux réalisés par l'administration seront sans aucun doute plus efficaces.

#### b) Les contrôleurs.

Ce seront les agents de la direction départementale des territoires qui réaliseront ces contrôles.

Obligation est de constater que ces derniers ne sont pas de véritables spécialistes de la performance énergétique et que les moyens mis à leur disposition ne permettront sans doute pas de vérifier la réelle application de la RT 2012.

En effet, pour cela, il faudrait réaliser des tests de mesure des ponts thermiques, passer les habitations à la caméra thermique, réaliser ces tests sur plusieurs saisons, ne pas les faire durant un hiver particulièrement froid ou un été particulièrement chaud, etc...

Ces contrôles, menés aussi bien par l'administration que par des tiers, seront en réalité peu efficaces.

#### **B) Une mesure à nuancer.**

Les mesures de contrôles mises en place seront en réalité très peu efficaces, car trop peu contraignantes et pas assez effectives.

#### a) Les avantages du contrôle.

Les contrôles, réalisés par l'administration, le seront par des agents indépendants, sans lien avec le maître d'ouvrage, contrairement à celui réalisé par une personne choisie par ce dernier.

En effet, malgré le fait que l'attestant engage sa responsabilité en cas de découverte de fraude, ou plus simplement de faute dans cette attestation, la difficulté tiendra, bien entendu, au fait de prouver cet argument. Des contrôles contradictoires nécessiteront d'être réalisés par des professionnels, comme des cabinets d'étude thermique ayant un coût élevé, durant une période relativement logue tenant compte de la saisonnalité, etc...

Malgré cela, il faudra reconnaître que la présence de contrôles, a posteriori, après achèvement et parfois administratifs, nécessitera malheureusement d'être face à un constructeur plus proche de l'escroc pour être falsifié (et découvert par l'administration).

#### b) Une validation de performance relativement inefficace.

Nous l'avons soulevé, le problème tiendra surtout dans le fait qu'un véritable contrôle de prise en compte de la performance énergétique devra, en plus d'être impartial, porter sur une

longue période avec un coût en conséquence.

En effet, l'étanchéité à l'air fera l'objet d'un test dit de la porte soufflante permettant un réel contrôle de performance, mais le reste des aspects techniques ne sera vérifié que sommairement. Les contrôleurs vérifiant les épaisseurs d'isolant, les caractéristiques théoriques, techniques des matériaux utilisés, etc...

Des contrôles plus poussés, et par conséquent plus effectifs, ne sont nullement prévus.

Qui pourrait demander de telles mesures ?

L'utilisateur qui se verra opposer le fait de devoir lui-même les financer ?

Le constructeur qui pourra voir sa responsabilité engagée en cas de tests négatifs et en supportant le coût ?

L'Etat qui a déjà peu de contrôleurs et devant lui aussi supporter le coût de ces contrôles sans en tirer un quelconque avantage.

Si la volonté de rendre obligatoire la performance énergétique, est excellente, il faut se rendre à l'évidence : son effectivité sera sûrement plus textuelle qu'autre chose.

# CONCLUSION

La performance énergétique, vue au départ comme un argument de vente des constructeurs, poussée par la volonté de chacun de respecter un peu plus la planète, est intervenue sans cadre juridique nécessaire.

Les professionnels du secteur ont lancé de nombreux labels, tous plus respectueux de l'environnement d'années en années, allant de HPE à BBC, avant tout pour répondre à une demande.

Les acquéreurs, face à un poste de dépense en énergie augmentant de façon exponentielle, ont fait amplifier cette demande, voyant leur habitation non plus comme un simple investissement foncier garant de sécurité familiale, mais véritablement comme une possibilité de dépenser moins.

La prise de conscience collective a été marquée par l'arrivée de cette volonté de performance dans le tertiaire ; chaque entreprise au delà de voir une possibilité, comme pour les ménages, de limiter ses coûts externes, a su tirer profit en termes d'image de marque, d'agir pour la planète.

Le problème restait (et demeure) le même : quelle structure juridique va pouvoir apporter des garanties à ces acquéreurs ?

Lancés par les professionnels, les labels, et autres possibilités de performance, sont intervenus dans le milieu de la construction sans avoir de cadre légal précis, défini et arrêté.

Les premières questions ne commencent à fleurir que depuis peu, de concert avec les premiers litiges, voyant certains acquéreurs face à un surcoût de construction, sans économie d'énergie.

La performance énergétique n'étant exclusivement couverte par un système juridique précis, il faut se tourner vers le droit existant, qu'il soit commun ou spécial.

Les premiers acteurs de cette performance que sont les labellisateurs ne participent pas directement à l'acte de construire, n'engagent pas leur responsabilité, et ne sont signataires d'aucun marché.

En cas de défaut de performance, leur responsabilité sera, bien entendu, difficilement applicable, et le système actuel voudra, comme très souvent, que le constructeur apparaisse comme un responsable tout désigné.

Entre garantie de droit commun ou responsabilité spéciale, et plus particulièrement la garantie décennale, le constructeur apparaît comme le plus probable responsable de ce « dommage ».

Laisant la liberté d'appréciation au juge qui devra reconnaître si ces régimes de responsabilité lui sont applicables sur un tel fondement, l'importance de diminution de consommation des bâtiments peut laisser présager le pire pour ces derniers ; responsable de cette performance pour dix longue années, avec des coûts de réparation énormes et des moyens d'exonération limités.

« Heureusement », le législateur est intervenu, lançant en grande pompe le Grenelle de l'environnement, puis le Grenelle II, sorte de confirmation d'engagement pour l'environnement, et exposant des propositions tellement nombreuses qu'elles ne seront sans doute pas toutes en œuvre avant la prochaine réglementation thermique de 2020.

La montagne a-t-elle accouché d'une souris ?

Non, pas à ce point, mais la bonne volonté affichée s'est sans doute trouvée stoppée par la réalité de la construction.

La réglementation thermique pour 2012 affiche une véritable volonté de garantir cette performance, entre contrôle de performance et création ou adaptation d'outils, mais au fil de publication des décrets d'application, cette « garantie » s'amenuise.

En effet, la partialité des contrôles, voire même leur probable inefficacité, ne laisse pas beaucoup d'espoir à l'arrivée d'une véritable « garantie de performance énergétique ».

La nécessité de réduction des consommations des bâtiments n'étant que croissante, on parle déjà, voire on a construit, des maisons passives, produisant au minimum 80% de leur énergie consommée.

L'avenir doit se lire en réalité à plus long terme en terme d'écologie de la construction avec la future réglementation thermique pour 2020 qui fait déjà parler d'elle avant même que celle prévue pour 2012 ne soit applicable.

L'avenir sera certainement fait, au delà de maisons passives, de BEPOS, ces bâtiments à énergie positive produisant plus d'énergie qu'ils n'en consomment, comparables à ceux qui seront imposés par la RT 2020.

Avant de regarder ce qu'il en sera dans moins de dix années, il serait sans doute bon de rendre le système actuel plus rassurant, garantissant réellement la performance des bâtiments, comme si regarder l'avenir en faisait oublier le présent.

## Renvois / Bibliographie :

- 1 - Site internet de Qualitel (« <http://www.qualitel.org/qui-sommes-nous/lassociation-qualitel-dhier-a-aujourd'hui/chiffres-cles/> »)
- 2 - « Développement Durable. Aspects stratégiques et opérationnels » Editions Francis Lefebvre.
- 3 – « Revue de droit immobilier » Dalloz du 02/05/2011.
- 4 – « Immeubles « verts » / mieux tenir compte des conditions d'utilisation » Le Moniteur.fr
- 5 – « Retour d'expérience : les véritables performances des bâtiments basse consommation - Innovation chantiers » Le Moniteur.fr
- 6 – « La certification NF (ou autre) apposée sur un produit engage-t-elle la responsabilité de l'organisme certificateur ? » Revue de Droit Immobilier 2008 p. 106 par Philippe Malinvaud.
- 7 – « Guide du contrat de performance énergétique relatif aux ouvrages publics » du Commissariat général au développement durable.
- 8 – « Les contrats de performance énergétiques » Rapport d'Olivier Ortega.
- 9- « Comment l'assurance va s'adapter au Grenelle 2 » Le Moniteur N°5579 du 29/10/2010 | Page n°86
- 10 – « Le courtier Verspiren lance une première gamme d'assurances des bâtiments durables - Management - Le Moniteur.fr »
- 11 – « Batigreen, l'assurance des bâtiments durables » Extrait de : « La lettre des Associations » par le groupe Versepiren, Juillet 2010.
- 12 – « Les nouvelles offres de la SMABTP face aux enjeux énergétiques » Extrait de : « La lettre des constructeurs immobiliers » P. 26 et 27.
- 13 – « Rénovation énergétique-BBC-solutions SMABTP-2 » Document interne à la SMABTP, présentant ces nouvelles offres.
- 14 – « La SMABTP sur le créneau des assurances "Grenelle " - Le Moniteur.fr » Par Sophie d'Auzon.
- 15 – « Droit de la construction : responsabilité et assurances » Litec Immo, par Laurent Karila, et Cyrille Charbonneau P. 182.
- 16 – « L'impact du grenelle sur les contrats de construction et la responsabilité des constructeurs » par Mme Solange Becqué-Ickowicz Professeur à l'Université Montpellier I. Extrait de : « Revue de droit immobilier 2011 » P. 25
- 17 – « Marchés privés – Six mois de droit de la construction Cours d'Appel – Second semestre 2010 » Par Laurent Karila, extrait du Moniteur N° 5591 du 21 janvier 2011, P. 48.

18 – « 2009 : En attendant « la » réforme, les petits pas ... » Extrait de Droit et Patrimoine 2010 N° 190 du 03/2012

19 – « Les règles qui encadrent la responsabilité des constructeurs » Par Emmanuelle Ménard, extrait du Moniteur N° 5606 du 06/05/2011 P.53.

20 - « Les garanties légales couvrent-elles la performance énergétique ? » Par Hugues Périnet Marquet, extrait du Moniteur N° 5585 du 10/12/2010 P. 58.

21 - « Droit de la construction : responsabilité et assurances » Litec Immo, par Laurent Karila, et Cyrille Charbonneau P. 58.

22 - « La précarité énergétique sous observation » Par Eric Leysens, extrait du Moniteur

23 – « Communication de la commission Européenne au parlement Européen, au conseil, au comité économique et social Européen et au comité des régions – Plan 2011 pour l'efficacité énergétique » P. 2

24 – « Fiche 1/6 RT 2012 et responsabilité des constructeurs – Les obligations juridiques instaurées par la nouvelle réglementation thermique » par Emanuelle Menard extrait du moniteur N° 5605 du 29/04/2011 page N° 49

25 - «Site internet de l'ADME (Agence de l'Environnement et de la maitrise de l'Energie) ».

26 – « Fiche 3/6 RT 2012 et responsabilité des constructeurs : notion d'ouvrage et régime de responsabilité applicable avant réception » Par Emmanuelle Ménard, extrait du moniteur N° 5607 du 13/05/2011.