

*Secteur des Réformes*

Chargé du dossier Luc Charrié

☎ : 01 55 35 23 72

Le 30 mars 2011

***Proposition de réforme n°11-R007 :  
Protection des acquéreurs de logements en état futur d'achèvement contre les effets  
indésirables de la garantie d'achèvement intrinsèque***

L'attention du Médiateur de la République a été appelée sur la situation financière désastreuse dans laquelle se trouvent de nombreux acquéreurs de logements en état futur d'achèvement (VEFA), victimes de la défaillance du promoteur et que l'application de la législation n'a pas été à même de protéger.

Ces particuliers, qui bien souvent ont entendu répondre aux incitations gouvernementales d'investissement locatif, ont eu le tort d'accepter le recours au régime de la garantie d'achèvement dite « intrinsèque » prévue à l'article R.261-18 du code de la construction et de l'habitation. Du fait de la faillite de leur promoteur ou de l'inexécution de ses engagements, ces personnes constatent à présent que cette garantie, pourtant légale, ne leur est d'aucun secours.

Le dispositif de la garantie intrinsèque a été fréquemment mis en cause ces dernières années, elle ne confère en effet qu'une protection très limitée à l'acquéreur. C'est la raison pour laquelle le législateur a progressivement limité la possibilité d'y avoir recours en l'interdisant dans les contrats de construction de maison individuelle, puis les opérations lancées par des organismes HLM ou encore les ventes d'immeuble à rénover.

Le décret du 27 septembre 2010 s'inscrit en rupture par rapport à cette tendance. Il comporte certes des évolutions positives (définition de la nature des fonds nécessaires à l'opération, obligation pour le vendeur de faire établir des attestations de réalisation de travaux, fixation d'un échelonnement précis des différents stades de paiements) mais ne résout pas la question fondamentale de l'achèvement de l'immeuble en cas de défaillance du promoteur, puisqu'en réalité, aucun tiers n'est tenu d'achever l'immeuble.

Le Médiateur de la République a entendu examiner si les nouvelles dispositions étaient de nature à répondre aux préoccupations légitimes exprimées par les acquéreurs floués. Afin de confronter les positions en présence, des réunions regroupant l'ensemble des acteurs (parlementaires, universitaires, avocats spécialisés, représentants des ministères, des collectifs de victimes, des organisations de constructeurs, du Notariat, etc.) ont été organisées.

Le constat qui ressort de ces échanges conduit à envisager une proposition de réforme en vue d'éviter, pour l'avenir, de nouveaux abus liés à la garantie d'achèvement intrinsèque.

\*

\* \*

En vertu de l'article L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation, tout promoteur immobilier doit fournir une garantie d'achèvement de l'immeuble ou une garantie de remboursement des sommes versées par l'acquéreur en cas d'inachèvement de la construction ou de manquement au contrat, sous forme d'un cautionnement par un organisme financier (garantie extrinsèque) ou sous forme d'une garantie résultant des fonds propres du vendeur (garantie intrinsèque).

Selon l'article R.261-18 du même code, la garantie d'achèvement intrinsèque peut être acquise si l'opération répond à l'une ou l'autre des situations suivantes :

- l'immeuble est mis hors d'eau et n'est grevé d'aucun privilège ou hypothèque ;
- les fondations sont achevées et le financement des immeubles du programme est assuré à concurrence de 75% du prix de vente par les fonds propres du vendeur, par le montant du prix des ventes déjà conclues, ou par les crédits confirmés des établissements financiers (ce taux de 75% est réduit à 60% lorsque le financement est assuré à concurrence de 30% du prix de vente par les fonds propres du vendeur).

Le risque que fait courir la garantie intrinsèque à l'acquéreur n'est pas tant inhérent à la – rare mais toujours possible - malhonnêteté du promoteur qu'à une éventuelle prise de risque excessive de sa part, face à des aléas (notamment climatiques) qui peuvent affecter l'activité de construction et occasionner à la fois des surcoûts et des retards.

D'un point de vue juridique, la garantie intrinsèque n'est pas une réelle garantie : en l'absence de garant extérieur, la faillite du promoteur entraîne son anéantissement sans recours possible. Or, les acquéreurs n'en sont pas toujours conscients. La partie faible est ici supposée devenir experte en droit de la construction, alors même que la nature de cette garantie n'est pas expliquée dans les documents d'acquisition.

Ce constat conduit le Médiateur de la République à proposer au Gouvernement de généraliser l'obligation de disposer d'une garantie extrinsèque par une tierce partie qui se porte caution et de supprimer toute possibilité de recourir à une garantie intrinsèque.

A tout le moins, le recours à la garantie extrinsèque devait-il être obligatoire dans toutes les opérations immobilières donnant lieu à des avantages fiscaux au titre des investissements locatifs (Périssol, De Robien, Besson, Scellier etc.). En effet, dans un tel contexte, il entre incontestablement dans le devoir des pouvoirs publics de sécuriser les investissements locatifs.

Dans l'hypothèse où cette mesure apparaîtrait difficile à adopter par le Gouvernement, eu égard notamment au risque d'augmentation du nombre d'opérations de construction entreprises hors de toute garantie, il conviendrait alors d'envisager des mesures de sécurisation des acquéreurs en VEFA sous le régime de la garantie intrinsèque.

En premier lieu, il serait judicieux d'exiger du promoteur recourant à la garantie intrinsèque le versement d'une caution sur un compte séquestre (qui pourrait être le fonds de solidarité professionnel ou gouvernemental ou un compte géré par la Caisse des dépôts) préalablement au lancement des opérations.

Cette exigence pourrait être modulée selon des seuils légaux de concordance correspondant à l'importance du programme et évoluer au rythme de la réalisation du projet. Elle devrait s'opérer avant toute opération de construction, avec impossibilité pour le promoteur de retirer tout ou partie du montant de la consignation de sa propre autorité, la libération des fonds n'obéissant qu'à certaines conditions (déclaration d'achèvement des travaux).

Le montant de la consignation exigée pourrait diminuer au fur et à mesure de l'achèvement des travaux, une proportion du financement de nature à garantir l'achèvement réel de la construction restant systématiquement conservée sur le compte séquestre.

En second lieu, il semble nécessaire d'envisager l'interdiction des échelonnements intermédiaires conventionnels de paiements. En effet, les trois paliers du tableau d'échelonnement des appels de fonds actuellement prévus par l'article R. 261-14 du code de la construction et de l'habitation ne présentent qu'un caractère indicatif, les promoteurs pouvant en ajouter d'autres, à titre conventionnel.

Or, si l'on se réfère aux pratiques en cours, la possibilité de solliciter des versements non réglementaires est source d'abus : l'ajout d'un simple mur de parpaings a ainsi été signalé comme censé légitimer un nouvel appel de fonds obligeant l'acquéreur à payer une somme disproportionnée par rapport aux travaux réalisés.

Le calibrage des tranches de paiement réglementaires gagnerait aussi à être revu. En particulier, il paraît douteux que le paiement des 70 % du prix de l'acquisition à la mise hors d'eau soit bien de nature à garantir, en cas de faillite du promoteur, le financement des travaux restant à effectuer pour terminer l'édification. De même, semblerait-il judicieux de prendre en compte, pour le calcul de ces seuils réglementaires, les différences constatées entre la région Ile-de-France et la province quant au coût du foncier.

En troisième lieu, la sécurisation des appels de fonds mériterait d'être sensiblement accrue en prévoyant qu'ils doivent être systématiquement versés sur un compte séquestre, ouvert au nom du promoteur, par un établissement bancaire administré sous la responsabilité du notaire. Les fonds ainsi déposés seraient incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement, le notaire ayant la responsabilité de s'assurer que les fonds sont utilisés aux fins de la réalisation du projet.

En quatrième lieu, il apparaît indispensable d'organiser l'explication effective du mécanisme de la garantie intrinsèque dans tous les actes d'acquisition (contrat de réservation, compromis de vente, contrat d'acquisition) en précisant la partie qui la supportera financièrement, en faisant adresser par le promoteur un document de rappel à l'acquéreur avant signature de l'acte authentique et en prévoyant que le notaire doit en expliciter le mécanisme dans l'acte.

Toutes les publicités, publications pour une vente en VEFA, sur quelque support que ce soit, devraient obligatoirement mentionner les informations relatives à la garantie d'achèvement proposée avec le numéro du contrat d'assurance correspondant.

En cinquième lieu, il est proposé d'envisager la création d'un fonds de garantie destiné à compenser le défaut de garant. A l'instar du fonds de garantie automobile, cette solution paraît pertinente dans la mesure où le nombre de contentieux afférents à la garantie intrinsèque est relativement marginal au regard de l'ensemble des transactions immobilières opérées en France chaque année. Il pourrait s'agir d'un fonds de solidarité professionnel ou gouvernemental, ou d'un fonds confié à la Caisse des dépôts, alimenté par les promoteurs.

En dernier lieu, il apparaît souhaitable qu'une plus grande équité soit assurée en matière de pénalités de retard. Le montant de ces pénalités devrait être exigible par l'acquéreur dès le premier jour de retard et pouvoir faire l'objet d'un prélèvement sur le montant du cautionnement. Comme pour les maisons individuelles, leur montant minimal devrait être de 1/3000 par jour de retard. Par défaut, celles-ci devraient être au moins équivalentes au montant des pénalités de retard que le promoteur exige pour les retards de paiement.

Enfin, il y a lieu de livrer à la réflexion du Gouvernement l'idée de solliciter davantage l'intervention des établissements bancaires, qui agissent comme mandataires communs à l'emprunteur et au promoteur, y compris dans le cas de la garantie intrinsèque. En effet, dans le mécanisme des appels de fonds, la banque engage sa responsabilité envers l'emprunteur en garantissant les paiements. Dans cette optique, il ne serait pas illogique que l'établissement de crédit examine la régularité de l'appel de fonds et sa cohérence avec les travaux effectués. Ceci contribuerait à assurer un meilleur équilibre entre la partie faible et la partie forte.

Destinataires :

Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés  
Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement  
Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie  
Secrétaire d'Etat chargé du logement  
Secrétaire d'Etat chargé de la consommation.