



Commission de droit immobilier

Compte-rendu de la réunion du 28 Septembre 2011

Le maître d'ouvrage délégué peut-il être locateur de l'ouvrage ?

La sous-commission "Marchés de travaux" de la Commission de droit immobilier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris tenait, le 28 septembre 2011, sous la responsabilité de Jean-François Péricaud, une réunion sur le thème "*le maître de l'ouvrage délégué peut-il être locateur d'ouvrage ?*" animée par Juliette Mel, avocate spécialiste des marchés de travaux, chargée d'enseignements à l'université de Paris XII, dans le cadre du Master de droit de la construction et de l'urbanisme. Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent un compte-rendu de cette réunion.

La question en théorie. *A priori* selon Juliette Mel, la question de savoir si "le maître d'ouvrage délégué peut-il être locateur d'ouvrage ?" devrait être facilement résolue par l'application de l'article 1792 du Code civil ([N°Lexbase : L1920ABQ](#)), qui pose le principe d'une simple dichotomie entre le maître de l'ouvrage, d'une part, et le constructeur, c'est-à-dire le locateur d'ouvrage, d'autre part. Il n'y aurait donc aucun recoupement possible entre le maître de l'ouvrage, défini par la doctrine comme celui pour le compte duquel sont effectués les travaux, et le constructeur, lequel est débiteur des garanties prévues aux articles 1792 et suivants du Code civil. Les deux sphères, d'un côté maître de l'ouvrage et de l'autre constructeur, devraient, ainsi, en théorie, être totalement exclusives l'une de l'autre, et ce d'autant plus qu'en application des dispositions du Code civil relatives au mandat (C. civ., art. 1984 et s. [N°Lexbase : L2207ABD](#)), le maître de l'ouvrage ne peut pas confier à son mandataire plus de droits qu'il n'en a lui-même. Il y aurait donc une contradiction dans les termes mêmes de l'énoncé.

La question en pratique. Mais c'est en pratique que la question se pose avec plus d'acuité, dès lors que le maître de l'ouvrage va recourir à une "aide" et lui confier certaines des tâches qui lui incombent. Selon la nature des tâches qui lui sont confiées, ce tiers deviendra soit "assistant à maîtrise d'ouvrage", et n'aura qu'un rôle d'assistant exclusif de toute représentation, ou conducteur de travaux, soit chargé d'une assistance générale à caractère administratif, financière et technique là encore sans aucune représentation. Les prérogatives traditionnellement accordées au maître d'ouvrage peuvent aussi être transmises à une tierce personne qui va le représenter, pour exercer certaines missions en son nom et pour son compte. On parle alors de maître d'ouvrage délégué, également appelé "mandataire contractant général". La difficulté provient de ce que les personnes délégataires sont très souvent des techniciens tels que maîtres d'oeuvre, architectes, bureaux d'études techniques, ou encore promoteurs. La difficulté surgit alors lorsque, dans le cadre d'un contrat qualifié de maîtrise d'ouvrage délégué, le maître d'ouvrage délégué assume certaines missions qui s'apparentent davantage à celles d'un locateur d'ouvrage qu'à celles de maître d'ouvrage.

La réponse confuse de l'article 1792-1, 3° du Code civil. Ce problème a été partiellement appréhendé par le législateur en 1978. En effet, l'article 1792-1, 3° du Code civil ([N°Lexbase : L1921ABR](#)) pose une présomption de qualification en énonçant qu'"est réputé constructeur de l'ouvrage [toute personne] qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage". Ce texte manque toutefois de clarté. En premier lieu, la formulation "mandataire du propriétaire de l'ouvrage" prête à confusion dans la mesure où le propriétaire de l'ouvrage n'est pas nécessairement le maître de l'ouvrage. On peut donc se demander si ce terme doit être plus strictement appréhendé que celui de maître de l'ouvrage, qui englobe le propriétaire, mais également les acquéreurs successifs. En second lieu, les termes "mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage" renvoient à l'appréciation souveraine des juges du fond, et confère à ces derniers la possibilité de requalifier le maître d'ouvrage délégué en constructeur, ce qui est source d'insécurité juridique.

La question en droit public. En droit public, la question a été *a priori* résolue par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite "MOP" ([N°Lexbase : L7908AGY](#)), qui définit précisément, en son article 3, la

maîtrise d'ouvrage déléguée, ce qui a le mérite d'éviter toute confusion entre la qualité de maître d'ouvrage, celle de maître d'ouvrage délégué, et celle de constructeur. Ainsi, aux termes de cet article, *"dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :*

1° Définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;

2° Préparation du choix du maître d'oeuvre, signature du contrat de maîtrise d'oeuvre, après approbation du choix du maître d'oeuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'oeuvre ;

3° Approbation des avant-projets et accord sur le projet ;

4° Préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de

l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;

5° Versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'oeuvre et des travaux ;

6° Réception de l'ouvrage, et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.

Le mandataire n'est tenu envers le maître de l'ouvrage que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

Le mandataire représente le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5. Il peut agir en justice".

Ainsi que le souligne Juliette Mel, il est important de connaître ces missions dans la mesure où le juge judiciaire vient emprunter à la loi "MOP" les clés qui lui permettent d'interpréter les contrats en droit privé et, éventuellement, de requalifier.

De surcroît, l'article 4-I de la loi "MOP" vient préciser que le mandat prévu à l'article 3 est totalement incompatible avec toute mission de maîtrise d'oeuvre. Autrement dit, en droit public, les qualifications sont exclusives l'une de l'autre. Ainsi, le maître d'ouvrage délégué, au sens de la loi "MOP", ne peut avoir la qualité de constructeur et ne peut donc se voir appliquer les articles 1792 et suivants du Code civil (CAA Paris, 4ème ch., 31 mars 2005, n° 01PA01 218 [N°Lexbase : A1050DIQ](#)). Le Conseil d'Etat a, toutefois, retenu dans une décision du 21 février 2011, la responsabilité civile décennale du conducteur d'opération en considérant que sa mission l'avait amené à participer à la construction de l'ouvrage (CE 2° et 7° s-s-r., 21 février 2011, n° 330515 [N°Lexbase : A7002GZD](#)).

En droit public donc, les qualifications de maître d'ouvrage délégué et de locateur d'ouvrage sont exclusives l'une de l'autre. En cas de situations confuses, il ne saurait y avoir d'application distributive ; c'est la théorie de l'accessoire qui suit le principal qui s'applique.

La problématique en droit privé. La problématique qui se pose en droit privé tient essentiellement à la liberté contractuelle du mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée, qui est recherchée par les parties.

Comment la jurisprudence appréhende-t-elle alors la question, sachant que le cadre légal ne repose que sur l'article 1792-1, 3° ainsi que sur les dispositions relatives au mandat ?

Après une analyse approfondie de la jurisprudence, Juliette Mel conclut que les juges articulent leur position en deux temps. Dans un premier temps, il faut considérer que les qualifications de maître d'ouvrage délégué et de locateur d'ouvrage sont exclusives l'une de l'autre. Dans un second temps, on se rend compte que la situation peut parfois donner lieu à requalification, soit du contrat lui-même (comme y procède le juge administratif), mais aussi de la qualité de celui qui intervient. Il s'agit donc d'une approche distributive, par laquelle le juge va rechercher dans le contrat ce qui relève de la maîtrise d'ouvrage déléguée, qui va alors obéir aux règles de la responsabilité de droit commun du mandat, et ce qui relève des règles relatives au locateur d'ouvrage.

1. Les qualifications de maître d'ouvrage délégué et de locateur d'ouvrage sont exclusives l'une de l'autre

En premier lieu, cette exclusivité tient à l'opposabilité du contrat, puisque le maître d'ouvrage est tenu des engagements pris par son maître d'ouvrage délégué. C'est ce qu'a rappelé la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 2005 (Cass. civ. 3, 23 novembre 2005, n° 04-17.437, FS-D [N°Lexbase : A7543DLX](#)).

En deuxième lieu, le maître d'ouvrage délégué est responsable de ses fautes, non pas à l'égard du constructeur, mais à l'égard du maître d'ouvrage. En effet, il ressort de la jurisprudence que le maître d'ouvrage délégué qui commet des fautes contractuelles supporte une part de responsabilité qui va permettre aux constructeurs de s'exonérer partiellement de leur responsabilité dans le cadre de l'action que va exercer le maître d'ouvrage à leur encontre, le maître d'ouvrage disposant, par ailleurs, d'une action propre à l'encontre du maître d'ouvrage délégué sur le fondement des dispositions relatives au mandat (Cass. civ. 3, 13 novembre 2003, n°02-11.742, FS-D N°Lexbase : A1329DAH).

Le troisième critère en faveur de l'imperméabilité des deux qualités, c'est que la jurisprudence considère que le maître d'ouvrage délégué n'est tenu que d'une simple obligation de moyens, ce qui constitue une grande différence avec les constructeurs (Cass. civ. 3, 29 mars 2000, n°98-19.804 N°Lexbase : A9465C4C). En effet, alors que les constructeurs sont tenus par une responsabilité objective sans faute, la seule preuve du dommage suffisant à engager leur responsabilité, le maître d'ouvrage délégué n'est tenu que d'une responsabilité pour faute. Or, la faute du maître d'ouvrage délégué dans ses missions est particulièrement difficile à prouver, si l'on considère par exemple, la mission consistant à préparer le choix du maître d'oeuvre. Lorsque la jurisprudence arrive à départir, cette responsabilité au titre du mandat, et donc au titre de la faute de gestion, est plus lourdement appréciée dans trois situations. Tout d'abord, lorsque la gestion est payante, autrement dit que le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée est conclu à titre onéreux, les juges se montrent plus sévères. Ensuite, l'appréciation des juges varie en fonction des compétences du maître d'ouvrage délégué : les constructeurs pourront alors parvenir à s'exonérer de leur faute en s'appuyant sur l'immixtion du maître d'ouvrage notoirement compétent. Enfin, une exception au principe de l'obligation de moyens a été posée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 18 janvier 1989, les Hauts juges ayant relevé que le maître d'ouvrage délégué est présumé en faute du seul fait de l'inexécution totale de son mandat (Cass. civ. 1, 18 janvier 1989, n° 87-16.530 N°Lexbase : A8992AAB).

Ainsi que le relève Juliette Mel, il existe donc un certain nombre de cas pour lesquels l'on peut se référer aux dispositions relatives au mandat. La Cour de cassation l'a exprimé très clairement, notamment dans un arrêt du 8 septembre 2010 où elle relève que *"le maître de l'ouvrage délégué, n'étant pas partie aux contrats de louage d'ouvrage, ne pouvait être bénéficiaire de la garantie légale de l'article 1792 du Code civil"*.

Cela étant, il apparaît que, dans certains cas, il est très difficile de prouver la faute du maître de l'ouvrage délégué. Par ailleurs, il est des hypothèses dans lesquelles le maître d'ouvrage délégué va exercer des missions qui, soit sont celles que devrait se réserver le maître d'ouvrage, soit devraient impartir au locateur d'ouvrage. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 26 septembre 1989, la cour d'appel de Paris a estimé que le maître de l'ouvrage avait délégué une mission technique qui aurait dû relever du contrat d'entreprise ainsi que la gestion de l'enveloppe financière, ce qui l'a conduit à requalifier le maître de l'ouvrage délégué en constructeur (CA Paris, 26 septembre 1989).

Maître Mel a ainsi livré les grandes clés qui semblent être utilisées par la jurisprudence pour procéder à une requalification.

2. La requalification par le juge judiciaire du maître d'ouvrage délégué en locateur d'ouvrage

Différents éléments sont susceptibles de semer le doute chez le juge afin qu'il procède à une requalification.

1. Lorsqu'il y existe un engagement sur un prix global :

Normalement, le maître de l'ouvrage délégué ne peut pas s'engager auprès du maître d'ouvrage sur un prix global de la construction. Dans le cas contraire, c'est donc l'un des critères d'alerte qu'utilisent les juges pour requalifier le maître d'ouvrage délégué de locateur d'ouvrage (cf. CA Rouen, 15 juin 2011, n° 10/02799 N°Lexbase : A2064HWD) : dans cet arrêt le maître d'ouvrage délégué s'était engagé sur un délai et sur un prix global ; les juges ont considéré qu'il assumait tous les aspects administratifs et financiers de l'opération immobilière, et ont requalifié l'intervenant en promoteur.

2. Lorsque le contrat de MOD s'applique à de la construction de maison individuelle :

Dans la pratique, certains praticiens essaient d'échapper à la réglementation particulièrement stricte du contrat de construction de maison individuelle (CCMI) (CCH, art. L. 231-1 et s. N°Lexbase : L7276AB4). Ainsi, dans un arrêt du 31 mars 2008, la cour d'appel de Toulouse a considéré que le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée révélait en fait un CCMI (CA Toulouse, 31 mars 2008, n° 07/02499 N°Lexbase : A7737G9G).

A l'inverse, dans un arrêt du 29 juin 2010, alors que les parties avaient tenté de déqualifier un contrat de construction de maison individuelle en maîtrise d'ouvrage déléguée, le juge a appliqué *in concreto* les critères de qualification du CCMI pour s'en tenir à la réglementation contraignante, mais protectrice à l'égard de l'acquéreur (CA Douai, 1ère ch., sect. 2, 29 juin 2010, n° 09/03715 N°Lexbase : A0888E7Z).

3. Lorsque les missions du maître d'ouvrage délégué comportent une exécution matérielle :

En effet, le maître d'ouvrage délégué doit simplement accomplir des actes juridiques et administratifs ; il ne doit effectuer aucun acte matériel sous peine de requalification en contrat d'entreprise. C'est ce qui a été jugé par la cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt rendu le 11 avril 2011 (CA Toulouse, 11 avril 2011, n°09/06318 N°Lexbase : A6061HNS). Dans cet arrêt, le juge a retenu que dès lors que le maître d'ouvrage délégué avait participé à la réalisation de l'ouvrage en accomplissant des actes matériels, qui n'entrent pas dans la mission d'un maître d'ouvrage délégué, il devait être considéré débiteur de la garantie décennale, comme un locateur d'ouvrage.

4. Lorsque le maître d'ouvrage délégué s'engage non seulement à faire construire un immeuble pour le maître de l'ouvrage, et qu'en outre, il lui procure le terrain, directement ou indirectement :

Le maître d'ouvrage délégué ne peut pas, sans courir le risque de la requalification en VEFA, procurer directement ou indirectement le terrain sur lequel sera réalisé la construction.

5. Lorsque le maître d'ouvrage délégué va avoir une mission de conception :

Il s'agit du risque le plus grand de requalification. En effet, il est fréquent que le maître d'ouvrage délégué et le maître d'oeuvre appartiennent à une même société, ou à un même groupe. Il existe clairement une confusion entre maître d'ouvrage délégué et maître d'oeuvre. Dans un arrêt de principe du 21 janvier 1963, la première chambre civile avait ainsi posé que le maître d'ouvrage délégué pouvait être requalifié, non pas de maître d'oeuvre mais de constructeur, et débiteur des obligations de l'article 1792 et suivants (Cass. civ. 1, 21 janvier 1963, n° 58-11.450 N°Lexbase : A7186HYS). Cette solution a été récemment confirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 octobre 2009 (Cass. civ. 3, 21 octobre 2009, n° 08-17.395, FS-DN°Lexbase : A7834EM4) : en l'espèce, le juge a considéré que le maître d'ouvrage délégué effectuait une mission partielle de contrôle des travaux et qu'il était ainsi débiteur de la garantie décennale, dans la mesure où le désordre était subséquent à un manquement pendant l'exécution des travaux.

Pour résumer, Juliette Mel relève que le juge judiciaire se sert des grands critères de classification de la loi "MOP" pour procéder à la requalification du maître d'ouvrage délégué en locateur d'ouvrage. Le problème actuellement vient de ce que la loi "MOP" n'a pas d'équivalent en droit privé et qu'il n'existe aucune dispositions venant préciser ce qu'il est d'usage de mettre dans un contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée. Il faut également retenir que la jurisprudence judiciaire, au contraire de la jurisprudence administrative, procède à une application distributive des responsabilités et non à une requalification automatique du contrat.

En conclusion, Jean-François Péricaud a relevé la complexité du sujet qui se retrouve dans l'ensemble du droit de la responsabilité des constructeurs, et regrette que l'on ne s'en tienne pas purement et simplement à la distinction reposant sur la qualité, on non, de promoteur immobilier, dont la définition a été posée par la jurisprudence il y a plus de quarante ans, et qui sous-entend celui qui prend l'initiative et le soin principal de l'affaire, qui endosse donc un rôle et une rémunération importants, et qui est tenu pour tous les désordres et malfaçons à une obligation de résultat.

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