

COMMISSION OUVERTE **IMMOBILIER**

Co-responsables :
JEHAN-DENIS BARBIER ET JEAN-MARIE MOYSE

SOUS-COMMISSION MARCHÉS DE TRAVAUX
Responsables : Juliette Mel et Nathalie Peyron

Jeudi 24 octobre 2013
**Actualités sur la responsabilité
des diagnostiqueurs**

Intervenant :
Alexandre Henry
Avocat à la Cour et docteur en droit



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

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°554 du 16 janvier 2014

[Immobilier et urbanisme] Événement

La responsabilité du diagnostiqueur immobilier — Compte-rendu de la réunion de la Commission de droit immobilier du barreau de Paris du 24 octobre 2013

N° Lexbase : N0223BUS



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

La sous-commission "Marchés de travaux" de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris tenait, le 24 octobre 2013, sous la responsabilité de Juliette Mel, avocat à la cour, une réunion consacrée à "la responsabilité du diagnostiqueur immobilier", à laquelle intervenait Alexandre Henry, avocat, docteur en droit. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Pour présenter le thème de cette réunion, **Juliette Mel** a relevé le caractère d'actualité, compte tenu de la multiplication des diagnostics, obligatoires ou facultatifs. C'est ainsi que la profession de diagnostiqueur est apparue, et a peu à peu fait l'objet d'une réglementation, avec la création d'une fédération créant un certain nombre de normes applicables à ce nouveau corps professionnel. C'est surtout l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 (N° Lexbase : [L8527G8C](#)), complétée par le décret n° 2010-1200 du 11 octobre 2010 (N° Lexbase : [L1435INH](#)), qui sont venus préciser le régime de cette profession et les obligations qui y sont attachées. Parallèlement, la jurisprudence a évolué sur ce sujet, et en particulier à propos de la responsabilité des diagnostiqueurs mise en cause progressivement.

Plusieurs questions apparaissent alors : comment évolue cette responsabilité ? S'agit-il d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle ? En cas de responsabilité civile délictuelle, comment est constituée la faute (erreur, défaut de

conseil, défaut d'information) ? Comment déterminer le préjudice subi ? Comment caractériser le lien de causalité ? L'obligation du diagnostiqueur est-elle une obligation de résultat ou de moyens ?

Pour répondre à ces questions, **Alexandre Henry** a présenté une synthèse de l'évolution jurisprudentielle récente.

La première difficulté soulevée par le problème de la responsabilité du diagnostiqueur immobilier tient à l'absence de définition, tant par le législateur que par la jurisprudence, de la notion de diagnostic. Face à ce vide juridique, Alexandre Henry s'est reporté à la définition du diagnostic prénatal, et plus généralement de diagnostic médical, lequel précède le pronostic, afin d'en tirer quelques éléments de définition.

Si l'on se reporte donc à la notion de diagnostic médical, il s'agit d'identifier la cause d'une défaillance, d'un problème ou d'une maladie à travers des symptômes. D'ailleurs, si l'on traduit les termes grecs (*dia* : à travers ; *gnosi* : la connaissance, le discernement), il s'agit d'acquérir une connaissance à travers des signes observables. Transposée au diagnostic immobilier, cette définition implique que l'opérateur (le diagnostiqueur) doit reconnaître les pathologies que présente l'immeuble sur un certain nombre de points, à travers les symptômes qu'il présente.

Le diagnostic précède le pronostic, c'est-à-dire qu'après l'identification de ces signaux, on doit en tirer une sorte de prévision, d'analyse. Dans cette acception, le diagnostic immobilier revêt une fonction préparatoire, afin de fournir à l'acquéreur une information sur le bien immobilier, en particulier sa solidité et sa sécurité.

C'est ici qu'il faut bien comprendre que le diagnostic n'est pas un pronostic. Le diagnostic ainsi entendu n'a donc pas de fonction prédictive ; il n'a pas pour but de donner des informations sur les pathologies dont le bien pourra être affecté dans l'avenir. Une première limite apparaît ici, alors que la jurisprudence a pu tenter d'adosser une obligation de conseil au diagnostiqueur.

En droit immobilier, le diagnostic a une fonction essentiellement technique, destinée à délivrer certaines informations sur le bien, de nature technique, pour l'établissement d'un acte (le plus souvent un acte de vente).

En développant l'existence de ces diagnostics, le législateur poursuit l'objectif de renforcer la sécurité juridique des parties à une transaction immobilière, en donnant une image schématique du bien. Le problème qui apparaît alors est que l'acquéreur a tendance à considérer le diagnostic comme une garantie sur l'état de son bien, ce qui constitue un dévoiement manifeste de la notion de diagnostic.

Ceci étant précisé, il apparaît difficile d'identifier ce qu'est réellement un diagnostic. Cela se rapproche-t-il d'un état, d'un constat ? Ou davantage d'un audit, d'une expertise ? Ce qui implique pour le diagnostiqueur des obligations nettement plus larges.

La Cour de cassation ne s'est pas vraiment prononcée sur cette question. Dans cette attente, certains auteurs ont évoqué une similitude avec le contrôle technique, dont la Cour de cassation a précisé la définition dans un arrêt rendu le 19 octobre 2004 : *"la mission d'un centre de contrôle technique se bornant, en l'état de l'arrêté du 18 juin 1991, à la vérification, sans démontage du véhicule, d'un certain nombre de points limitativement énumérés par ce texte, sa responsabilité ne peut être engagée en dehors de cette mission ainsi restreinte, qu'en cas de négligence susceptible de mettre en cause la sécurité du véhicule"* (Cass. civ. 1, 19 octobre 2004, n° 01-13.956, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A6376DDI).

Le diagnostic immobilier intervient dans un contexte, le plus souvent à l'occasion d'une vente. Le vendeur confie la mission au diagnostiqueur de réaliser un DDT (dossier de diagnostic technique), qui comprend les diagnostics obligatoires (plomb, termites, amiante, électricité, surface "Carrez") et éventuellement les diagnostics facultatifs (diagnostic performance énergétique (DPE), ou encore diagnostic à réaliser lors de la mise en copropriété de l'immeuble, qui vise à vérifier l'état de solidité du clos et du couvert, dit "diagnostic SRU"). Les diagnostics réalisés se trouvent alors annexés au contrat de vente. Les diagnostics sont très souvent réalisés à la demande de l'agent immobilier (ils sont alors annexés au compromis), ou du notaire (annexés à la vente en la forme authentique).

C'est ainsi que, lorsque l'acquéreur, qui s'est engagé au visa des diagnostics annexés, découvre ultérieurement la présence, par exemple, d'amiante alors que le diagnostic n'en faisait pas état, sa première réaction est de se retourner contre son vendeur, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, au titre de la garantie des vices cachés, ou de la garantie de délivrance, ainsi que contre l'opérateur, sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La tentation est grande de faire supporter à un tiers au contrat de vente (le diagnostiqueur) les garanties de la vente. Toute la problématique se situe à ce niveau.

Cette problématique se présente avec de plus en plus de complexité, compte tenu de la multiplication des textes qui réglementent la profession de diagnostiqueur, qui relèvent de différents codes (CCH, Code de la santé publique),

de décrets et arrêtés divers, normes AFNOR, etc.. La jurisprudence se retrouve alors confrontée à ces nombreux textes dont il résulte certaines incohérences, et à un certain manque de visibilité. A cela s'ajoutent les influences contemporaines de certains "mouvements" en droit des contrats (influence consumériste dans le droit des contrats spéciaux, ou encore "forçage" du contrat résultant du développement des obligations d'information et de conseil sur le fondement des articles 1134 N° Lexbase : L1234ABC et 1135 N° Lexbase : L1235ABD du Code civil).

Sous ces différentes influences parfois contradictoires, il en ressort une jurisprudence contrastée, qui a du mal à s'uniformiser. Il est toutefois possible de dégager quelques tendances générales. En tout état de cause, force est de constater une évolution de la jurisprudence qui, après s'être montrée extrêmement sévère à l'égard des diagnostiqueurs, commence à tempérer sa rigueur et semble plus mesurée dans les condamnations.

Si la profession de diagnostiqueur s'est longtemps montrée inorganisée, attirant dans un premier temps de nombreuses personnes d'horizons très divers, elle a appris à s'organiser et se former, et se montre aujourd'hui très exigeante (certifications tous les cinq ans), chassant peu à peu les "mauvais" diagnostiqueurs.

Les conditions d'exercice des diagnostiqueurs, vis-à-vis des autres professionnels de l'immobilier, peuvent sembler difficiles et délicates (intervention souvent réclamée en urgence ; compte tenu des frais déboursés pour les autres professionnels, les clients recherchent un coût moindre, ce qui suppose ainsi une intervention rapide, et donc moins approfondie), sans compter la pression des donneurs d'ordre (agences immobilières, notaires), avec qui il faut maintenir les relations commerciales, et qui exigent que les diagnostics ne soient pas trop alarmants, afin de ne pas décourager l'acquéreur, ce qui peut donner lieu parfois à l'émission de certains diagnostics que l'on peut qualifier de "diplomatiques".

C'est dans tout ce contexte qu'il convient d'apprécier la responsabilité des diagnostiqueurs, professionnels certifiés et assurés, en particulier les conditions de sa mise en œuvre ainsi que ses limites. Il est établi que le diagnostic immobilier doit être qualifié comme un contrat d'entreprise, ce qui ne donne toutefois aucun élément quant au régime juridique à adopter, compte tenu de l'hétérogénéité de ces contrats.

La nature de la responsabilité du diagnostiqueur peut être à la fois contractuelle (si elle est recherchée par le donneur d'ordre, donc en général le vendeur), ou délictuelle (si elle est recherchée par l'acquéreur). Il convient alors de caractériser les trois critères classiques de la responsabilité civile, à savoir une faute, un dommage (ou un préjudice), et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

1. La faute du diagnostiqueur

La première question qui se pose alors concerne la nature de l'obligation du diagnostiqueur (obligations de moyens, de résultat, ou de garantie), lorsque l'on se trouve confronté à un diagnostic erroné. L'enjeu est important puisque la nature de l'obligation conditionne directement la charge de la preuve. En cas d'obligation de moyens à la charge du diagnostiqueur, c'est à la victime qu'il appartient de démontrer la faute de l'opérateur (ce dernier peut s'exonérer par l'absence de faute) ; si l'on considère qu'il s'agit d'une obligation de résultat, la faute est présumée, ce qui implique que le diagnostiqueur ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en établissant un cas de force majeure ; si enfin l'on considère qu'il est tenu à une obligation de garantie, aucune exonération n'est possible, même en cas de force majeure.

Après quelques divergences doctrinales et jurisprudentielles, la jurisprudence semble aujourd'hui se stabiliser autour de la qualification d'obligation de moyens, voire d'obligation de moyens renforcée (cf. CA Bordeaux, 12 mai 2009, n° 08/03 849 N° Lexbase : A5047GGZ) ; en effet, les juges examinent les diligences accomplies, autrement dit, il s'agit d'une obligation de prudence et de diligence.

Pour comprendre alors en quoi peut consister la faute de l'opérateur, au regard de cette obligation de moyens, il faut bien saisir la fonction du diagnostic immobilier et les limites de la mission de l'opérateur. Cette mission est purement technique et parfaitement encadrée dans un périmètre, qu'il s'agisse du champ d'investigation, ou du mode opératoire. Cette mission correspond alors effectivement à une obligation de moyens. Comme dit précédemment, le diagnostic n'est en aucun cas un audit, ni une expertise ; il n'a vocation à s'intéresser qu'aux signes apparents, observables.

C'est ainsi que, dans le cas du repérage de l'amiante, il existe trois différents diagnostics de nature et d'intensité différente (le diagnostic avant vente (DAV) ; le diagnostic avant travaux (DAT) ; et le diagnostic avant démolition (DAD)). Dans le cas du DAV, l'opérateur examine le bien conformément à une liste d'éléments à analyser, fixée par le Code de la santé publique (annexe, art. 13-9 N° Lexbase : L5395IQU). Lorsqu'il conclut selon la formule "*il n'a pas été repéré d'amiante*", il faut bien être conscient que cette formule ne signifie en aucun cas que le bien ne comporte pas d'amiante, mais qu'il n'a effectivement pas été repéré d'amiante parmi les éléments sondés, conformément

à la liste réglementaire, laquelle n'est pas exhaustive. En cas de diagnostic avant vente, si l'acquéreur souhaite avoir la garantie que le bien est exempt d'amiante, il doit réclamer des investigations complémentaires auprès du vendeur, le DAV n'étant pas exhaustif (cf. Cass. civ. 3, 23 septembre 2009, n° 08-13.373, FS-P+B+R+I N° Lexbase : [A2422ELB](#) puis CA Paris, Pôle 4, 6ème ch., 9 septembre 2011, n° 08/07 929 N° Lexbase : [A4302H7H](#)).

De même, s'agissant du mesurage "loi Carrez" exigé pour la vente d'un lot de copropriété, afin de déterminer la superficie privative du lot, là encore, la jurisprudence a été amenée à préciser que la mission de l'opérateur ne relève pas d'une obligation de résultat. En effet, on peut, tout d'abord, relever que la loi autorise une marge d'erreur de 5 % ; ensuite, la prestation de l'opérateur se limite à une superficie apparente des lieux, sans que l'opérateur n'ait à analyser les règlements de copropriété ou les états descriptifs de division. C'est ce que vient de préciser la Cour de cassation dans un arrêt du 18 septembre 2013 (Cass. civ. 3, 18 septembre 2013, n° 12-24.077, FS-D N° Lexbase : [A4953KLZ](#)), en retenant, contrairement à la position adoptée par les juges d'appel, que l'opérateur n'est pas tenu, dans le cadre de la mission de mesurage qui lui est confiée, de procéder à l'analyse juridique du lot objet de la vente. C'est le notaire qui peut voir sa responsabilité engagée dans ce cas. Cette jurisprudence vient confirmer que l'obligation de l'opérateur se limite à une obligation de moyens.

Pour caractériser la faute d'un opérateur, sa prestation doit être appréciée à l'aune du périmètre matériel de sa mission, d'une part, et de son mode opératoire, d'autre part.

1.1. Le périmètre de la mission de l'opérateur

Le critère essentiel pour déterminer le périmètre de la mission du diagnostiqueur réside dans le visible et l'accès-sible. Autrement dit, sa mission est de rendre compte ce qui est visible et accessible.

En général, le contentieux apparaît lors d'un changement de configuration des lieux, après l'établissement du diagnostic, qui révèle alors les pathologies. La question est alors de déterminer ce qui était réellement visible et accessible lors du passage de l'opérateur.

La jurisprudence apparaît un peu contrastée à cet égard.

Il convient de vérifier la configuration des lieux au jour du passage de l'opérateur, et donc de vérifier dans quelles circonstances les pathologies sont apparues (à la suite d'un démontage, de l'enlèvement des structures). Cette appréciation se fait totalement *in concreto*.

C'est en matière d'amiante que cette recherche apparaît la plus délicate. Dans le cadre d'un DAV, l'opérateur doit en effet effectuer ses recherches dans les différents éléments mentionnés sur la liste fixée à l'annexe 13-9 du Code de la santé publique ; le DAV étant destiné à protéger les occupants de la maison, ce sont les parties uniquement intérieures du bâtiment qui sont visées. Mais un arrêté du 22 août 2002 ajoute que, si l'opérateur a connaissance d'autres éléments, il doit procéder à un repérage dans ces éléments. La question s'est posée de savoir si cet arrêté a pour effet d'étendre la mission de l'opérateur, et s'est posée en particulier pour le cas des toitures. Un arrêt de la cour d'appel de Lyon, en date du 13 juillet 2011, vient précisément répondre à cette question : "*même si la liste de l'annexe 13-9, qui ne mentionne pas les matériaux en toiture, n'est pas exhaustive, puisqu'il est demandé au diagnostiqueur, dans l'arrêté du 22 août 2002, de repérer également d'autres produits ou matériaux portés à sa connaissance réputés contenir de l'amiante, elle n'énumère cependant, conformément au but recherché par ces dispositions, qui est de protéger les habitants de l'exposition à des poussières d'amiante, que les matériaux ou produits situés à l'intérieur de l'habitation, de sorte que l'obligation de repérage du diagnostiqueur ne porte pas sur la toiture dès lors que celle-ci n'est pas immédiatement accessible de l'intérieur de cette habitation, sans action destructrice, même si, en l'espèce, une fenêtre sur toit permet de voir mais non d'accéder à cette toiture*" (CA Lyon, 13 juillet 2011, n° 10/01 660 N° Lexbase : [A0934H7Q](#)). La Cour de cassation a validé la même analyse en approuvant les juges "*ayant retenu que l'expert judiciaire avait constaté que l'amiante se trouvait dans la toiture et dans les faux plafonds sur des lieux inaccessibles, que la toiture ne faisait pas partie des composants de la construction à vérifier, que l'avis de [l'opérateur] était fondé sur des éléments visuels des parties accessibles et qu'il ne pouvait lui être reproché, comme le faisait à tort l'expert, de ne pas avoir demandé d'accéder à des parties du bâtiment qu'il ne pouvait atteindre*" (Cass. civ. 3, 18 octobre 2011, n° 10-24.950, F-D N° Lexbase : [A8707HY7](#)).

1.2. Le mode opératoire du diagnostiqueur

Pour réaliser un diagnostic, l'opérateur ne doit en aucun cas détruire, altérer la substance du bien ; les sondages réalisés le cas échéant doivent être non destructifs, ainsi par exemple, il s'agira de poinçons en matière de termites.

La question de qualifier un sondage destructif ou non donne évidemment lieu à discussion, en l'absence de définition. La seule précision prévue par les normes AFNOR applicables est que le sondage n'est pas un prélèvement.

Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 15 novembre 2011, la troisième chambre civile de la Cour de cassation retient que l'opérateur n'a pas à opérer de sondage destructif pour établir la présence effective de termites, dont il a seulement constaté des indices de présence (Cass. civ. 3, 15 novembre 2011, n° 10-26.032, F-D N° Lexbase : [A9360HZP](#)).

En matière d'amiante, la Cour de cassation rappelle que, conformément aux textes, l'opérateur recherche et constate de visu la présence de matériaux et produits accessibles sans travaux destructifs et retient qu'il n'était pas démontré, en l'espèce, que la présence d'amiante était perceptible par un simple examen visuel (Cass. civ. 3, 6 juillet 2011, n° 10-18.882, FS-P+B N° Lexbase : [A9565HUS](#)) ; il n'est donc pas exigé de l'opérateur qu'il procède à un sondage sonore, par exemple.

Tous ces éléments tendent à montrer que la mission de l'opérateur est encadrée, et qu'il est nécessaire de démontrer une faute pour pouvoir engager la responsabilité du diagnostiqueur ; autrement dit, il n'est tenu qu'à une obligation de moyens.

1.3. Obligation de conseil

A côté de son obligation principale, la question peut se poser de savoir si l'opérateur serait tenu d'une obligation de conseil, accessoire à sa mission, voire même comprise dans sa mission principale.

Dans un premier temps, la Cour de cassation (Cass. civ. 3, 3 janvier 2006, n° 05-14.380, F-D N° Lexbase : [A1788DM8](#)) a clairement retenu que le contrôleur technique chargé d'établir un diagnostic réglementaire est tenu d'une obligation de conseil et doit s'enquérir par lui-même des caractéristiques complètes de l'immeuble concernant la présence éventuelle d'amiante.

Après cette vision extensive et générale de la mission du diagnostiqueur, la jurisprudence se montre plus réservée. En effet, sans pour autant être déchargé de toute mission de conseil, il est clair que l'obligation de conseil n'entre pas dans sa fonction principale, c'est-à-dire qu'elle ne peut constituer qu'une obligation accessoire, sauf à dévoyer la mission du diagnostic immobilier.

La force du conseil exigée de l'opérateur va varier, d'une part, en fonction des signes qu'il a observés et de la gravité du risque que présente la pathologie (par exemple en matière de mэрule), d'autre part, en fonction de la qualité du donneur d'ordre (profane ou professionnel) (cf. notamment CA Rennes, 6 décembre 2012, n° 09/08 159 N° Lexbase : [A4600IYZ](#)).

De même, en matière d'amiante, lorsqu'il n'aura pas pu accéder à certaines parties du bien, le diagnostiqueur doit bien rappeler dans son rapport que son analyse n'est pas exhaustive, afin de bien borner le périmètre de sa mission.

1. 4. Les causes d'exonération

Puisqu'il semble acquis que le diagnostiqueur est simplement tenu à une obligation de moyens, l'on peut s'interroger sur les causes d'exonération de sa responsabilité.

C'est la faute des tiers, des autres intervenants à l'opération, qui peut permettre de dégager le diagnostiqueur de sa responsabilité. La jurisprudence évolue, en effet, vers un partage de responsabilités.

En premier lieu, le notaire, qui est le "juriste de l'équipe", dispose d'informations dont le diagnostiqueur ne peut avoir connaissance. C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 février 2012, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu la responsabilité du notaire en ayant annexé ce certificat à son acte, sans s'interroger sur la contradiction existant entre le mesurage du couloir et le descriptif des lots tel que résultant de l'état de division de la copropriété et sans appeler l'attention de l'acquéreur sur ce point (CA Aix-en-Provence, 15 mai 2012, n° 11/11 627 N° Lexbase : [A4650ILS](#) ; cf. également dans le même sens, Cass. civ. 3, 18 septembre 2013, n° 12-24.077, FS-D, précité).

De même, si le notaire a eu connaissance de la présence d'amiante dans un immeuble lors d'une vente précédente, il est obligé d'en faire état, à moins qu'il dispose de la preuve de l'éradication ou du retrait du matériau. En cas de rapports divergents, un premier rapport mentionnant la présence d'amiante, et un rapport ultérieur concluant à l'absence d'amiante, le notaire ne peut, en aucun cas, se permettre de privilégier le rapport négatif, sous prétexte qu'il est plus récent, sans se demander comment l'amiante a disparu (sachant, d'ailleurs, que la durée d'utilisation du rapport du diagnostic "amiante" est illimitée, contrairement à l'état parasitaire, et qu'ainsi les deux rapports sont autant valables l'un que l'autre).

Les autres intervenants sont également susceptibles de voir engager la responsabilité.

L'agent immobilier peut ainsi engager sa responsabilité, pour manquement à son devoir d'information et de conseil, par exemple lorsqu'il n'a pas attiré l'attention des acquéreurs sur la présence d'amiante et de fuites visibles en toiture (Cass. civ. 3, 7 septembre 2011, n° 10-10.596, FS-P+B N° Lexbase : A5427HXB), ou encore lorsqu'il s'abstient de délivrer aux acquéreurs l'information quant au risque d'infestation par la mûre, alors que le bien présente les conditions propices à l'apparition et au développement de ce parasite, et de leur conseiller de demander un diagnostic parasitaire (CA Rouen, 5 octobre 2011, n° 10/03 798 N° Lexbase : A3385H7I ; cf. également, CA Caen, 9 avril 2013, n° 08/01 574 N° Lexbase : A7515KBX dont il ressort qu'un agent immobilier ne peut ignorer les indices flagrants d'une pathologie immobilière locale, telle que la mûre, et ce bien qu'il ne soit pas diagnostiqueur). Il peut ainsi être reproché à l'agent immobilier de ne pas avoir commenté les indices révélés par le diagnostic, et d'avoir attiré l'attention de l'acquéreur sur les risques engendrés.

Ainsi, par exemple, le vendeur qui commet une réticence dolosive lorsqu'il ne transmet pas certaines informations essentielles à l'opérateur, comme l'existence d'un traitement antérieur contre les termites (Cass. civ. 3, 13 janvier 2010, n° 08-21.677, FS-P+B N° Lexbase : A4660EQN) ; dans ce cas, l'existence d'un dol du vendeur, entraîne a minima un partage de responsabilité, voire ferme toute action en garantie de ce dernier contre l'opérateur

De même, les entreprises de traitement, en cas d'infestation parasitaire, peuvent voir leur responsabilité engagée, à raison de l'inefficacité du traitement, laquelle peut se révéler être la cause principale des dommages causés par les termites (à noter que les entreprises de traitement sont, quant à elles, tenues à une obligation de résultat).

Enfin, l'acquéreur qui, malgré les conseils et mises en garde, ne procède pas à des investigations complémentaires (cf. notamment CA Rennes, 6 décembre 2012, n° 09/08 159 N° Lexbase : A4600IYZ et CA Bordeaux, 17 janvier 2013, n° 11/05 544 N° Lexbase : A3476I37) ne saurait opportunément imputer les conséquences de sa propre carence à l'opérateur

2. Le dommage

Alexandre Henry a rappelé qu'en droit français, le principe est celui de la réparation intégrale ; on perçoit alors aisément le risque de vouloir faire supporter au diagnostiqueur (et à son assureur) le coût intégral de désamiantage, par exemple, ou de reconstruction totale de l'immeuble infesté de termites, ce qui peut représenter des coûts bien supérieurs à la valeur du bien.

On peut alors se demander si le principe de réparation intégrale est véritablement adapté, dans la mesure où il ne saurait conduire à un enrichissement de la victime. Autrement dit, il convient de se demander si l'opérateur doit assumer le coût intégral du préjudice ou la simple perte de chance.

La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué sur cette question ; dans un premier temps, elle a pu condamner le diagnostiqueur conformément au principe de réparation intégrale (cf. Cass. civ. 3, 26 septembre 2001, n° 99-21.764 N° Lexbase : A7112C3S ; Cass. civ. 3, 14 mars 2007, n° 05-21.967, FS-D N° Lexbase : A6916DUP ; et encore récemment Cass. civ. 3, 12 septembre 2012, n° 11-18.122, FS-D N° Lexbase : A7425ISS, qui a mis à la charge du diagnostiqueur les coûts de démolition et reconstruction de l'immeuble).

Mais plus récemment, à propos d'un diagnostic de performance énergétique (DPE), alors que la cour d'appel d'Angers avait retenu le principe de réparation intégrale, estimant que le DPE erroné avait directement contribué au dommage subi par l'acquéreur (CA Angers, 13 décembre 2011, n° 10/01 933 N° Lexbase : A3513H8M), la Cour de cassation a censuré cette décision, après avoir considéré que la faute du diagnostiqueur consistait seulement en un défaut d'information et de conseil, laquelle ne pouvait avoir eu pour conséquence que de priver l'acquéreur d'une perte de chance de négocier le bien (Cass. civ. 1, 20 mars 2013, n° 12-14.711, F-D N° Lexbase : A5872KAQ).

De même en matière de diagnostic de mesurage "Carrez", est acquis le principe d'une réparation de la perte de chance ; le diagnostiqueur ayant commis une erreur de mesurage "Carrez" ne peut être condamné à l'égard du vendeur qu'à l'indemnisation d'une perte de chance de ne pas avoir vendu au même prix malgré la moindre mesure ; on ne peut donc faire supporter à l'opérateur l'intégralité du coût du dommage subi par l'acquéreur.

La perte de chance peut se définir comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ; cette perte est appréciée par les juges du fond au regard de la gravité du manquement, et permet de limiter la réparation selon une proportion pouvant varier de 20 % à 60 % du montant du dommage, voire jusqu'à 90 % en cas de grave manquement. Mais en tous les cas, la perte de chance doit être démontrée ; les juges du fond ne peuvent se contenter de l'affirmer comme un postulat, sans vérifier le contexte. Ainsi, par exemple, en matière de mesurage "Carrez", cela implique de démontrer que le vendeur aurait pu vendre au même prix malgré la moindre mesure. La preuve est particulièrement difficile à rapporter, en particulier dans les grandes villes, pour lesquelles la superficie constitue un élément déterminant pour la fixation du prix de vente. A noter, d'ailleurs, que, dans une décision du 8

juin 2011, la Cour de cassation semble même exclure le principe de la réparation de la perte de chance, dès lors qu'elle apparaît comme l'expression de la restitution du vendeur, laquelle constitue un préjudice non indemnisable (Cass. civ. 3, 8 juin 2011, n° 10-12.004, FS-D N° Lexbase : A5008HTN).

En tout état de cause, il existe des limites à l'engagement de la responsabilité du diagnostiqueur. Il ne peut, en effet, par exemple, se voir endosser la responsabilité de la vétusté ou de l'insalubrité d'un bien (cf. CA Bordeaux, 17 janvier 2013, n° 11/05 544 N° Lexbase : A3476I37, arrêt dans lequel les juges ont retenu que *"la responsabilité du diagnostiqueur ne peut être engagée par le simple fait de l'état vétuste d'une habitation dont des parties ont été endommagées par des termites à une date indéterminée et à tout le moins, remontant à plusieurs dizaines d'années, et lui faire supporter la totalité de la remise en état d'un immeuble, compte tenu de l'importance des travaux, qui auraient fait l'objet, en tout état de cause, en raison de l'ancienneté de l'immeuble, des mêmes travaux de réparation"*). De même, pour donner lieu à indemnisation, le préjudice doit être direct, actuel et certain. C'est ainsi qu'en matière d'amiante, la Cour de cassation a pu retenir qu'il n'y avait pas lieu de faire supporter au diagnostiqueur les travaux de désamiantage "de convenance", c'est-à-dire lorsque l'amiante est en bon état de conservation et ne présente finalement aucun danger ou risque sanitaire (Cass. civ. 2, 25 février 2010, n° 08-12.991, F-D N° Lexbase : A4442ESC *"alors que les travaux de désamiantage non obligatoires au regard de la réglementation alors en vigueur ne constituaient pas un préjudice certain"*). A noter, toutefois, dans un arrêt du 27 mai 2013, la cour d'appel de Douai a estimé que *"le désamiantage n'était certes pas obligatoire en présence d'amiante non friable ; que cependant compte tenu de l'agitation médiatique autour de l'amiante les candidats à l'accession à la propriété se montrent réticents à acquérir un immeuble contenant de l'amiante et la présence de matériaux amiantés dans des cloisons même en bon état de conservation n'est pas neutre en termes de valorisation" [...]* ; que le défaut d'information des [acquéreurs] sur la présence d'amiante leur a fait perdre une chance certaine de pouvoir négocier une baisse du prix de vente tenant compte du coût des travaux de désamiantage ; qu'en effet l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine". Ce dernier arrêt apparaît éminemment contestable dans la mesure où les juges d'appel ont retenu un critère "subjectif" (agitation médiatique autour de l'amiante) pour caractériser le préjudice, en dehors des critères d'actualité et de certitude.

3. Le lien de causalité

S'agissant enfin du lien de causalité, la jurisprudence est parfois contradictoire. Cette contradiction s'explique, sur un plan théorique, par le fait qu'entre les différentes théories proposées du lien de causalité (théorie de la causalité adéquate ou théorie de l'équivalence des conditions), les tribunaux n'ont jamais vraiment opéré de choix clair et définitif. Selon une célèbre formule, les juges n'ont pas fini de se trouver confrontés, au gré de chaque espèce, aux "affaires" de la causalité. Après avoir retenu que les dommages résultant de la présence de termites ou d'amiante étaient liés à l'absence de révélation par l'opérateur, la Cour de cassation a retenu l'absence de lien de causalité entre la prétendue faute de l'opérateur et la présence d'amiante, dès lors que l'amiante était déjà présente dans l'immeuble avant son passage (Cass. civ. 3, 7 octobre 2009, n° 08-12.920, FS-P+B N° Lexbase : A0833EMS). Ceci est au demeurant logique, l'opérateur n'étant pas responsable de l'infestation due aux termites (ou de la présence d'amiante) dans le bien, et ne saurait dès lors être tenu d'assumer l'intégralité des coûts tenant à leur éradication (CA Bordeaux, 12 novembre 2009, n° 08/03 849).

Finalement, la Cour de cassation semble recourir à ce critère en fonction de la gravité de la faute alléguée et de l'étendue du préjudice. Ainsi, plus la faute de l'opérateur sera patente, plus le lien de causalité sera affirmé par les juges sans pour autant être justifié ; au contraire, lorsque la faute est minime ou que des circonstances de fait la rendent moins évidente (acquéreur professionnel ou averti), les juges se fondent sur l'absence de lien de causalité pour écarter l'indemnisation du préjudice par l'opérateur.

Ainsi, dans un arrêt du 9 septembre 2011, la cour d'appel de Paris a affirmé l'absence de lien de causalité entre la prétendue faute de l'opérateur, et le préjudice allégué constitué par les travaux de désamiantage, après avoir relevé, d'une part, que la faute de l'opérateur ne pouvait constituer la cause de la présence d'amiante dans les locaux, de sa quantité et de son volume, et d'autre part, la mauvaise gestion du projet immobilier imputable au maître d'ouvrage, qui avait prévu un calendrier de rénovation trop rigide, ne tenant pas compte des "impondérables inévitables" ou des retards prévisibles qui ne sauraient être mis à la charge de l'opérateur (CA Paris, Pôle 4, 6ème ch., 9 septembre 2011, n° 08/07 929 N° Lexbase : A4302H7H).

Cet arrêt permet de confirmer également que le diagnostic immobilier n'a pas de fonction de garantie et que l'opérateur n'est pas tenu d'une obligation de résultat, mais seulement de moyens.