

8 L'imbroglia de l'application dans le temps des textes relatifs à la prévention des risques de mouvement de terrain différentiel consécutif à la sécheresse et à la réhydratation des sols



Hugues PÉRINET-MARQUET,
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

L'information des cocontractants est devenue, en grande partie à juste titre, une véritable obsession du législateur. A la liste, toujours plus longue des diagnostics immobiliers, des obligations d'information prévues tant à l'article 1112-1 du Code Civil que dans le Code de l'Environnement, la loi ELAN a ajouté les articles L. 112-20 et suivants du Code de la Construction et de l'Habitation relatifs à la prévention des risques de mouvement de terrain différentiel consécutif à la sécheresse et à la réhydratation des sols (V. Vivien Zalewski-Sicard, *L'étude géotechnique préalable et l'article 19 ter du projet de loi ELAN : Construction - Urbanisme 2018, alerte 35 ; Étude géotechnique et construction d'une maison individuelle : JCP N 2019, act. 917 ; Études géotechniques et actes de vente : JCP N 2019, 504 ; Christophe Sizaire, Les modifications apportées au régime du contrat de construction de maison individuelle par la loi*

« Si nul n'est censé ignorer la loi, nul n'est censé deviner le contenu futur de la réglementation »

ELAN : Construction - Urbanisme 2019, étude 13 ; Patrice Battistini, *Les techniques particulières de construction à mettre en œuvre dans les zones exposées au phénomène de mouvement de terrain différentiel consécutif à la sécheresse et à la réhydratation des sols argileux : LPA 28 févr. 2020, n° 150z5, p. 16*). La parution récente des trois arrêtés datés du 22 juillet 2020 complétant la réglementation rend ce dispositif applicable tout en posant une évidente question d'application de ces règles dans le temps.

En effet, la loi a renvoyé, en la matière, à un décret qui lui-même a renvoyé à des arrêtés.

Le décret n° 2019-495 du 22 mai 2019 précise, dans l'article R. 112-5, les critères à prendre en compte qui seront précisés par un arrêté des Ministres chargés de la Construction et de la Prévention des risques naturels majeurs. Une carte d'exposition est prévue, délimitant 4 types de zones. La réglementation, en vertu du dernier alinéa de l'article R. 112-5, ne s'applique que dans celles où l'exposition à ce phénomène est identifiée comme moyenne ou forte. Ce décret, qui précise également le contenu des études géotechniques, précise dans son article 2 que « ces dispositions sont applicables aux actes de vente et aux contrats de construction conclus à compter du 1^{er} janvier 2020 ».

Or, les trois arrêtés nécessaires, bien qu'ayant obtenu l'avis du Conseil Supérieur de la Construction et de l'Efficacité Énergétique au mois d'avril 2019, n'ont été signés que le 22 juillet 2020 et ont été publiés à des dates différentes :

- Au JO du 6 août 2020 pour celui définissant le contenu des études géotechniques à réaliser. La notice explicative de l'arrêté précisait que « les dispositions du présent arrêté sont applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 ». Cependant, à la suite d'une modification du 7 août, cette mention a disparu comme le montre la comparaison de la version initiale et de la version actuelle du texte.

- Au JO du 9 août 2020 pour celui définissant les zones exposées au phénomène de mouvement de terrain différentiel, lequel a fait l'objet d'un rectificatif publié au JO du 15 août 2020 concernant l'accès à la carte des sols. La notice explicative du texte précise que : « les dispositions du présent arrêté entrent en vigueur le lendemain de sa publication ».

→ Suite page 2

Construction-Urbanisme REVUE MENSUELLE DU JURISCLASSEUR

Président-Directeur général,
Directeur de la publication :
Philippe Carillon

Directrice éditoriale :
Clémentine Kleitz
clementine.kleitz@lexisnexis.fr

Directeurs :
Hugues Périnet-Marquet,
professeur à l'université
Panthéon-Assas (Paris II)

Patrice Cornille, avocat au
barreau de Bordeaux
Neyla Gonzalez-Gharbi,
docteur en droit, consultant fiscal
Marie-Laure Pagès-de Varenne,
professeur à l'ICJ-Paris,
docteur en droit, avocate au
barreau de Paris
Christophe Sizaire, professeur
à l'ICJ-Paris, avocat au barreau
de Paris

Xavier Couton, docteur en droit,
avocat associé - Cabinet FIDAL
Laetitia Santoni, avocate
associée - Cabinet FIDAL

Rédactrice en chef :
Claudine Le Marchand
Tél. : 01 45 58 92 06
claudine.lemarchand@lexisnexis.fr

Chargée d'édition :
Anabela Rodrigues
anabela.rodrigues@lexisnexis.fr

Direction Marketing Opérationnel / Publicité
Caroline Spire
Responsable clientèle publicité
caroline.spire@lexisnexis.fr - 01 45 58 94 69
Catherine Thevin
Responsable du marketing opérationnel
catherine.thevin@lexisnexis.fr - 01 45 58 93 05
Abonnement annuel 2020
France métropolitaine : 325,70 € TTC
Prix de vente au numéro : 35,74 € TTC
Dom-Tom et Étranger : 355,00 € HT
Prix de vente au numéro : 39,00 € HT
Offre spéciale étudiants :
http://www.droit.lexisnexis.fr/

Crédit photo :
Stanislav / iStock / via Getty Images Plus

Relations clients :
Tél. : 01 71 72 47 70
relation.clients@lexisnexis.fr
www.lexisnexis.fr

LexisNexis SA
SA au capital de 1 584 800 €
552 029 431 RCS Paris
Principale associée :
Reed Elsevier France SA
Siège social :
141, rue de la Loi
75747 Paris Cedex 15
Commission paritaire n° 1024 T 79089
Dépôt légal à parution
Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : P₃₀₁ = 0,01 kg / tonne



- Au JO du 15 août 2020 pour celui relatif aux techniques particulières de construction dans les zones exposées au phénomène de mouvement de terrain différentiel. Ce texte, dans sa version d'origine, comportait un article 3 indiquant que « Les dispositions du présent arrêté sont applicables aux contrats mentionnés aux articles L. 112-22 et L. 112-23 du code de la construction et de l'habitation conclus à compter du 1^{er} janvier 2020 », cette date d'entrée en vigueur étant reprise dans la notice explicative. Or, à la suite d'une modification du texte faite le 16 août, la référence à l'entrée en vigueur dans la notice explicative du texte a disparu, mais l'article 3 est resté inchangé.

Ainsi, tous ces arrêtés ont fait l'objet de deux versions successives depuis leur publication initiale, ce qui est révélateur de la difficulté de leur élaboration et, notamment, de la gêne des ministères concernés au regard de leur date d'entrée en vigueur. Manifestement, le système avait été calé pour une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020, comme le montre le texte du décret, mais le retard de la publication des arrêtés oblige les ministères concernés à un exercice de funambule sur la corde raide de l'application de la loi dans le temps.

À la lecture de la version actuelle des textes, il apparaît donc que l'arrêté relatif au contenu des études géotechniques est censé s'appliquer implicitement (en vertu des règles de l'article 1^{er} du code civil citées infra) le 7 août 2020 et celui relatif aux zones exposées le 10 août 2020 (comme cela est explicitement indiqué dans la notice explicative). Ces deux dates, qui sont celles du lendemain de la publication au journal officiel, sont cependant incompatibles avec celle du 1^{er} janvier 2020 fixée à l'article 2 du décret du 22 mai 2019. En revanche, alors que le décret du 22 mai ne le concerne pas, l'arrêté relatif aux techniques particulières de construction dans les zones exposées est censé s'appliquer, à lire son article 3 (mais plus sa notice explicative) au 1^{er} janvier 2020. Il faut donc distinguer ces deux situations.

1) Application dans le temps des arrêtés relatifs aux zones concernées et au contenu des études géotechniques

On ne peut qu'approuver l'application non rétroactive des arrêtés relatifs aux zones et au contenu des études, même si elle est en déphasage par rapport aux dispositions du décret de 2019. L'article 1^{er} du Code civil précise, en effet, que : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures ». Or tel était bien le cas.

Certes, l'arrêté du 22 juillet 2020 définissant les zones exposées au phénomène de mouvement de terrain consécutifs à la sécheresse et à la réhydratation des sols argileux, ne fait, pour l'essentiel, que reprendre les dispositions du décret en ce qui concerne les critères applicables. Il intègre une carte définissant les zones, dont l'article 3 précise qu'elle est disponible sur le site Géorisques. Elle comprend bien les 4 types de zone et montre que le champ d'application de cette

nouvelle réglementation sera tout sauf marginal, puisque les terrains en zone d'exposition moyenne ou forte représentent 48% du territoire et leur localisation les place dans des zones d'importante constructibilité (région Parisienne, Sud-Est ainsi qu'une grande partie du Sud-Ouest et du Centre). Les nouvelles contraintes légales s'appliqueront donc à une bonne majorité des ventes de terrain ou des constructions de maisons individuelles. Or, dès avant la publication des arrêtés du 22 juillet 2020, existaient des cartes locales qui étaient reprises dans les Plans de Prévention des Risques Naturels et faisaient déjà apparaître plusieurs niveaux de risques identiques à ceux que l'on retrouve dans l'arrêté. On peut donc penser que la carte finalement présentée sur le Géoportail n'est pas nouvelle et que les pouvoirs publics se sont contentés de reprendre, dans le décret et l'arrêté, les critères déjà existants et les délimitations déjà présentes. Si l'arrêté ne présente ainsi qu'une sorte de caractère déclaratif, pourquoi ne pas l'appliquer rétroactivement ? Mais, la possibilité de faire un raisonnement rétroactif ne justifie en rien la rétroactivité du texte. En effet, s'il est facile de dire, aujourd'hui, que la carte finalement publiée ressemble beaucoup à un assemblage des cartes déjà existantes, cette réalité actuelle ne pouvait être présupposée. Il s'avère donc difficile de soutenir que la loi ou le décret ne nécessitait pas de mesures d'application. Cela reviendrait, en effet, à considérer que les opérateurs auraient dû, dès le 1^{er} janvier 2020, appliquer les règles existantes sans savoir si leur champ d'application finalement retenu recouvrirait bien les zones déjà existantes à cette date. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que l'article L. 112-20 du code de la construction prévoit que « les zones dans lesquelles la réglementation s'applique sont définies par arrêté des Ministres chargés de la Construction et de la Prévention des risques majeurs ». Si l'article L. 112-25 renvoie à un décret en Conseil d'Etat, celui-ci doit simplement préciser les modalités de définition des zones mentionnées à l'article L. 112-20. Il n'est donc pas illogique de prendre comme date d'application du système celle d'entrée en vigueur de l'arrêté définissant les zones, puisque la loi, elle-même, y renvoie directement.

Le même raisonnement peut être fait sur le contenu des études géotechniques nécessaires. Certes, l'arrêté du 22 juillet 2020, le définissant, indique qu'une étude géotechnique préalable de type G1 réalisée conformément aux exigences de la norme NFP 94500 de novembre 2013 vaut présomption de conformité aux dispositions du présent article et qu'il en va de même de l'étude géotechnique de conception de type G2. Ainsi donc, existaient, bien avant la parution des arrêtés, des modèles d'études techniques qui pouvaient être suivis valablement. Mais cet argument, comme celui sur l'existence de cartes préalables à l'arrêté du 22 juillet 2020 n'est pas déterminant. En effet, rien n'empêchait la loi et le décret de se référer directement à ces études géotechniques de type G1 et G2. Or, ce choix n'a pas été fait et si de telles études peuvent être admises comme études préalables ou de conception, cette solution, qui n'est que partielle, ne pouvait pas être anticipée.

→ Suite page 3

Une question ne peut d'ailleurs être éludée : les études géotechniques étaient-elles obligatoires pour les contrats passés entre le 7 Août (date d'entrée en vigueur de l'arrêté sur les études et le 10 Août (date d'entrée en vigueur de la détermination des zones concernées). La réponse de bon sens est bien évidemment négative. On ne peut exiger une étude si on ne connaît pas encore la classification du terrain et si on ne sait pas si une telle étude est obligatoire sur la parcelle donnée. Peut-être est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle l'arrêté concernant le contenu de ces études ne comporte aucune allusion, dans sa notice explicative, à son application dans le temps. Contrairement à celui sur la délimitation des zones, il n'indique pas entrer en vigueur le lendemain de sa publication. Dès lors, les études géotechniques ne doivent, à notre sens, s'appliquer qu'aux contrats conclus à partir du 10 août 2020.

Cela conduit à une autre interrogation lorsque, ce qui est fréquent, l'acte authentique a été précédé d'un avant-contrat signé entre le 1^{er} janvier et le 9 Août. Dans cette hypothèse, les études doivent-elles être annexées à l'acte authentique ? L'article L. 112-21 précise que : « Cette étude est annexée à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. En cas de vente publique, l'étude est annexée au cahier des charges ». Au regard de ce texte, la discussion est permise car l'on pourrait soutenir que, seuls, les actes ayant fait l'objet de promesses postérieures à l'entrée en vigueur sont concernés. Cependant la prudence commande d'appliquer le texte aux actes authentiques postérieurs même si ces derniers ont été précédés d'un avant-contrat antérieur à l'entrée en vigueur des arrêtés. Le juge pourrait considérer que la volonté d'une information forte du cocontractant impose cette application, d'autant que la solution contraire conduirait à faire une distinction, injustifiée, entre les ventes publiques, pour lesquelles le texte s'appliquerait, faute d'avant-contrat, et les autres, entre les actes authentiques précédés d'une promesse et les autres. D'ailleurs, souvent, dans les avant-contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2020, le vendeur a pris l'engagement de fournir l'étude géotechnique, si l'arrêté attendu venait à être publié avant l'acte authentique.

2) Application dans le temps de l'arrêté relatif aux techniques particulières de construction

Cet arrêté présente, par rapport aux autres, deux particularités. D'une part, son article 3 (mais plus sa notice explicative) précise expressément qu'il s'applique aux contrats conclus à partir du 1^{er} janvier 2020. D'autre part, il a un impact et donc une sanction particulière puisque l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation impose que le contrat de construction de maisons individuelles indique « la consistance et les caractéristiques techniques du bâtiment comportant tous les travaux d'adaptation au sol, notamment, le cas échéant, ceux rendus nécessaires par une étude géotechnique mentionnée aux articles L. 112-22 et L. 112-23 du présent code dont une copie est annexée au contrat ». Le contrat de construction de maisons individuelles avec fourni-

ture de plans doit donc obligatoirement comporter, en annexe, soit l'étude géotechnique préalable, soit l'étude géotechnique de conception prévues à l'un des deux textes précités. Les travaux d'adaptation au sol devront nécessairement prendre en compte ceux préconisés par l'arrêté.

Que se passera-t-il, dès lors, pour les contrats signés au début de l'année 2020 pour lesquels les constructeurs n'auront pas d'études géotechniques préalables et pour lesquels ils n'auront pu respecter à la lettre des prescriptions qu'ils ne pouvaient pas connaître. Même si la nullité du contrat de construction de maisons individuelles n'est plus, aujourd'hui, aussi systématique que par le passé, notamment compte tenu de l'application de la règle de proportionnalité, le risque est grand que, certains, pour sortir du contrat, tentent de plaider l'absence d'études préalables ou de travaux d'adaptation conformes.

La réponse doit être trouvée dans les principes généraux régissant l'application de la loi dans le temps. Si la loi civile peut, dans certaines hypothèses bien balisées, être rétroactive, tel n'est pas le cas pour des textes réglementaires. La solution a été dégagée d'abord par le juge administratif (CE, 25 juin 1948, *Sté du Journal « L'Aurore »* : Lebon, p. 289 ; CE, 13 janv. 1992, n° 89477 ; CE, 11 juin 1993, n° 112810 ; CE, 13 juin 1997, n° 173646) avant d'être reprise par la loi. L'article L. 221-4 du Code des relations entre le public et l'administration, situé dans une sous-section relative aux actes réglementaires précise ainsi : « Sauf s'il en est disposé autrement par la loi, une nouvelle réglementation ne s'applique pas aux situations juridiques définitivement constituées avant son entrée en vigueur ou aux contrats formés avant cette date ».

Or, en l'espèce, le seul texte prévoyant une application au 1^{er} janvier 2020, l'article 2 du décret du 22 mai 2019, est un texte de valeur réglementaire qui ne peut donc prévoir valablement la rétroactivité des arrêtés à venir et qui, d'ailleurs, ne l'a pas fait expressément. Dès lors, l'article 3 de l'arrêté relatif aux techniques de construction, prévoyant une application rétroactive de ses dispositions, contrevient directement à l'article L. 221-4 du Code des relations entre le public et l'administration précité, sans que cette rétroactivité n'ait été autorisée par un texte législatif. Il est donc illégal, ce que les ministères concernés ont sans doute implicitement reconnu en faisant disparaître cette date d'application de la notice explicative.

Les techniques particulières de construction dans les zones exposées au phénomène de mouvement de terrain différentiel ne s'appliquent donc, à notre sens, que dans le respect de l'article 1 du Code civil, c'est dire le lendemain de la publication au JO du texte les précisant. Elles ne concernent donc que les contrats conclus à partir du 16 août 2020.

On ne peut que regretter que les difficultés d'élaboration de ces arrêtés conduisent à un tel imbroglio juridique qui ne doit pas conduire à sanctionner ceux qui ne pouvaient pas appliquer les règles, tout simplement parce qu'ils ne pouvaient pas prévoir, à l'avance, quel en serait le contenu.