

Oliver Berg
Docteur en droit (Strasbourg) – Doctor iuris (Freiburg i. Br.)
Chargé de cours à l'Université de Lorraine
Avocat au barreau de Paris

La responsabilité des constructeurs en droit allemand

En droit allemand de la construction, le droit public n'occupe qu'une place réduite, gouvernant notamment le droit des marchés publics (*Vergaberecht*) et celui de l'occupation des sols (*Bauplanungsrecht*)¹. Pour le reste, la matière est régie par le code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) et plus exactement par le droit des contrats, peu importe que le maître de l'ouvrage soit une personne privée ou une personne publique (*Körperschaft des öffentlichen Rechts*).

Le « contrat de construction » (*Bauvertrag*) est ainsi en toute hypothèse un contrat de services de droit privé, au sens des § 631 à 651 BGB². Il se forme lorsque le maître de l'ouvrage (*Bauherr*) charge l'entrepreneur (*Unternehmer*) de réaliser, de rénover, de modifier ou d'enlever un bâtiment (*bauliche Anlage*) relié à un terrain (*Baugrundstück*)³. Par opposition au contrat de service générant une obligation de moyens (*Dienstvertrag*), l'entrepreneur est tenu par une obligation de résultat (*Werkvertrag*)⁴. Il doit en effet réaliser dans le délai convenu un ouvrage conforme aux caractéristiques convenues et dépourvu de vices⁵.

On distingue généralement⁶ le contrat de construction conclu avec un entrepreneur principal (*Generalunternehmer-Vertrag*, *Generalübernehmer-Vertrag*⁷), de celui conclu avec un groupement d'entreprises (*Arbeitsgemeinschaft von ausführendenden Bauunternehmern*⁸), une entreprise de construction (*ausführender Bauunternehmer*), un architecte (*Architekten-Vertrag*) ou encore, pour ne citer que les plus courants, avec un ingénieur (*Ingenieur-Vertrag*). N'est en revanche pas un contrat de construction, l'accord qui porte uniquement

¹ V. K. Kapellmann, W. Langen, *Einführung in die VOB/B*, 23^{ème} éd., Werner Verlag, Köln 2014, n° 3.

² K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 3 et ss.

³ V. N. Kleine-Möller, in : N. Kleine-Möller, H. Merl, *Handbuch des privaten Baurechts*, 4^{ème} éd., C.H. Beck, Munich 2009, p. 7.

⁴ V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 7.

⁵ § 633 BGB.

⁶ V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 1.

⁷ Le premier exécutant lui-même, le second faisant exécuter.

⁸ Les groupements d'entrepreneurs sont des sociétés civiles (*Gesellschaften bürgerlichen Rechts*), liées par un contrat unique au maître de l'ouvrage ; elles sont de ce fait solidairement responsables (§ 427 BGB).

sur la fourniture de « *biens corporels à réaliser* »⁹, par exemple des murs préfabriqués en béton, même si les biens sont réalisés sur mesure, voire selon les plans du client. Selon le § 651 BGB, en effet, la fourniture de tels biens obéit aux règles du droit de la vente¹⁰.

Le droit commun n'est toutefois pas la seule source en la matière. Tout aussi important sont les conditions générales modèle « Attribution de marchés et construction » (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*), dont la dernière version date de 2012¹¹. Dès 1926, le législateur allemand, jugeant le droit commun peu adapté à la matière¹², a mis en place une commission composée de représentants des maîtres d'ouvrages publics, des entreprises du bâtiment, des architectes et des ingénieurs (*Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen – DVA*), chargée d'assurer la rédaction et la mise à jour de conditions générales, tout en devant rechercher un équilibre des intérêts en cause¹³. Largement adoptées en pratique¹⁴, d'aucuns voient dans les VOB le « véritable droit commun »¹⁵ de la construction.

Les VOB sont divisées en trois parties. La première partie (« A ») concerne la phase précontractuelle, en comportant notamment des règles d'attribution des marchés publics. La deuxième partie (« B ») définit les obligations respectives des parties, y compris les sanctions en cas de retards ou de vices. La troisième partie (« C ») comporte des conditions techniques (*Allgemeine Technische Vertragsbedingungen – ATV*), précisant les matériaux à utiliser, les moyens d'exécution, l'utilisation de voies d'accès ou d'échafaudages ; elle impose encore le respect des normes DIN¹⁶ (*Deutsche Industrienorm, équivalent de l'AFNOR*) et fixe les règles de paiement (*Abrechnung*).

Si l'adoption des VOB suppose nécessairement l'accord des parties, c'est la loi elle-même¹⁷ qui oblige les maîtres d'ouvrages publics à les intégrer, de sorte que ces stipulations sont en l'occurrence qualifiées de « législation indirecte »¹⁸. Il n'en demeure pas moins que, pour trouver à s'appliquer, le contrat doit encore porter sur des « *prestations de construction* » (*Bauleistungen*), c'est-à-dire sur des « *travaux de toutes sortes destinés à réaliser, rénover, modifier ou enlever un bâtiment (bauliche Anlage)* »¹⁹, étant entendu que la notion de bâtiment vise, comme en droit commun²⁰, non seulement l'ouvrage *stricto sensu* – une

⁹ § 651 BGB.

¹⁰ L'assimilation, qui date de la réforme de 2001, a pour objectif de mettre un terme aux difficultés récurrentes relatives à la distinction entre vente et entreprise. V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 5 et ss.

¹² V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 1.

¹³ D'aucuns critiquent l'absence de représentants de maîtres d'ouvrages de droit privé (par ex. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 12).

¹⁴ Toutefois, il n'en est pas ainsi dans certains secteurs, comme la construction de centrales électriques, où l'on s'en tient au droit commun, v. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 6.

¹⁵ K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 6.

¹⁶ Dont le respect est obligatoire, mais insuffisant lors l'état des connaissances a évolué, v. BGH *BauR* 1998, 872.

¹⁷ Précisément, l'obligation ressort d'une multitude de disposition relatives aux finances publiques et d'instructions ministérielles fédérales et des Länder (v. V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 12 et s.).

¹⁸ V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ § 1^{er} VOB/A.

²⁰ § 643a BGB. V. également H. Merl, in : N. Kleine Möller, H. Merl, *op. cit.*, p. 1301, § 15, n° 1130.

maison, un pont, une route –, mais encore les installations et appareils, électriques ou non, indissociablement liés à ce dernier, c'est-à-dire qui ne sauraient être retirés sans dommage pour servir de façon autonome²¹.

I) Garantie contre les vices et non-conformités

Que ce soit en droit commun ou dans le cadre des VOB, l'entrepreneur garantit la réalisation d'un ouvrage conforme au contrat et dépourvu de vices (*Mängel*)²². En droit commun, cela découle du § 633 alinéa 1^{er} BGB. Inspiré de la directive de 1999 relative à la vente aux consommateurs²³, cette disposition précise que

« (1) *L'entrepreneur doit fournir au maître de l'ouvrage une œuvre ne comportant pas de vices de fait ou de droit.*

(2) *L'œuvre ne comporte pas de vices de fait si elle présente les caractéristiques convenues. Dans la mesure où des caractéristiques n'ont pas fait l'objet d'un accord, l'œuvre ne comporte pas de vices*

1. si elle est apte à l'usage prévu par le contrat, ou, à défaut

2. si elle est apte à l'usage que l'on peut normalement en attendre et qu'elle présente des caractéristiques usuelles pour une œuvre du même genre, et auxquelles le maître de l'ouvrage pouvait s'attendre.

L'œuvre est encore viciée si l'entrepreneur réalise une autre œuvre que celle qui a été commandée ou s'il réalise un moins grand nombre d'œuvres que prévu.

(3) *L'œuvre est sans vice de droit si aucun tiers ne peut faire valoir de droit sur l'œuvre ou seulement les droits convenus contractuellement contre le maître de l'ouvrage. »*

En dépit de quelques divergences rédactionnelles, le § 13 VOB/B prévoit une garantie identique, tout en adoptant la même définition du vice²⁴. Ainsi, constitue par exemple un vice le défaut de caractéristiques convenues²⁵, mais aussi, plus généralement, le manquement aux règles de l'art (*anerkannte Regeln der Technik*)²⁶, c'est-à-dire à « l'ensemble des normes

²¹ Sont ainsi des travaux au sens de cette disposition, par exemple, la pose de rails dans un site industriel; l'installation d'une cuisine ou d'un poêle en faïence sur mesure dans une maison (BGH NJW 2002, 2100); la pose d'une nouvelle toiture (BGH NJW 1956, 1195) ou de nouveaux revêtements, collés au sol (BGH NJW 1979, 419); l'installation d'un chauffage central (BGH BauR 1973, 246); mais pas la réfection de la peinture extérieure ou des cadres des vitres à des fins simplement esthétiques (OLG Celle NJW 1954, 1607), ni l'installation d'une machine, bien que fixée au sol, dans une usine (BGH BauR 2002, 1260).

²² V. F. Peters, F. Jacoby, in : *Staudinger BGB-Kommentar*, §§ 631 – 651, éd. 2014, Sellier – de Gruyter, Berlin, § 633, n° 192 ; N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 9.

²³ V. O. Berg, « La vente aux consommateurs selon le nouveau droit allemand – l'exemple d'une transposition ambitieuse de la directive du 25 mai 1999, » *RJComm* 2003, p. 252.

²⁴ Tout en adoptant les mêmes solutions, il existe quelques divergences rédactionnelles, v. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 221 et ss.

²⁵ V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 83.

²⁶ V. § 13 VOB/B ; pareil en droit commun, sur le fondement de l'attente légitime (BGH BauR 2006, 375).

qui se sont imposées sur le plan théorique et ont fait leur preuves en pratique »²⁷, comme les normes DIN (*Deutsche Industrienorm*), les règles éditées par les différents corps de métiers, mais aussi des pratiques reconnues sans consécration textuelle.

II) Rôle charnière de la réception

En toute hypothèse, pour déterminer la responsabilité du constructeur, l'événement charnière est la réception de l'ouvrage (*Abnahme*)²⁸. Il s'agit de l'acte par lequel le maître de l'ouvrage accepte l'ouvrage et reconnaît qu'il est pour l'essentiel conforme au contrat²⁹, étant entendu que la réception est obligatoire et ne saurait être refusée en cas de « vices non essentiels » (*unwesentliche Mängel*)³⁰, qu'elle peut être intégrale ou partielle³¹ et intervenir de façon expresse, implicite³² ou en raison de l'écoulement d'un délai fixé par l'entrepreneur³³.

A) Avant la réception

Pour les vices ou non-conformités apparaissant dès avant la réception, c'est-à-dire pendant la phase d'exécution des travaux, il existe des divergences marquées entre le droit commun et les VOB. Le droit commun n'offre pas de moyen parfaitement adapté à cette situation. Le maître de l'ouvrage pourra s'appuyer sur le § 323 alinéa 4 BGB qui permet de se retirer d'un contrat s'il apparaît déjà avant le terme que le débiteur ne parviendra pas à l'exécuter – sans vice, en l'occurrence – dans les délais³⁴, mais le créancier supporte alors le risque d'un pronostic erroné³⁵. Sinon, il devra attendre la date de livraison et invoquer le vice pour arguer d'un retard³⁶. La faute contractuelle étant établie dans ces deux cas, le maître de l'ouvrage pourra demander réparation de son dommage³⁷, par exemple pour les frais de mise en conformité³⁸ ou des pertes de loyers³⁹.

²⁷ Telle la formule de K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 224.

²⁸ V. F. Jacoby, M. von Hinden, in *Kropholler, BGB-Studienkommentar*, 11^{ème} éd, C.H. Beck, München 2011, § 640 n° 1 à 4 ; K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 208.

²⁹ V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 183 ; aucune définition ne figure dans la loi, ni dans les VOB.

³⁰ § 640 BGB ; pareil, § 12 VOB/B, exigeant des « vices essentiels » (*wesentliche Mängel*) pour justifier un refus ; l'appréciation s'opère par rapport aux règles de l'art et de l'aptitude de l'ouvrage à sa destination normale ou contractuelle .

³¹ A condition de concerner « *une partie de la prestation ayant une autonomie fonctionnelle propre* » (§ 12 VOB/B), telle une chaufferie.

³² Par exemple, par la mise en service de l'ouvrage ou le paiement sans réserves de la facture finale.

³³ V. § 640 BGB : « *Le maître de l'ouvrage est obligé de procéder à la réception de l'ouvrage commandé, sauf si la réception est exclue en raison de la nature de la chose. Il ne peut y avoir de refus de réception pour des vices mineurs. Est assimilé à la réception l'écoulement d'un délai raisonnable fixé par l'entrepreneur si le maître de l'ouvrage était tenu de procéder à la réception.* »

³⁴ V. par ex. BGH *NZBau* 2008, 576.

³⁵ V. F. Peters, F. Jacoby, *op. cit.*, § 633, no 89.

³⁶ V. N. Kleine-Möller, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ Soit en raison du retard (§ 286 BGB), soit pour inexécution (§ 326 BGB).

³⁸ BGH *NJW* 2000, 2997.

³⁹ BGH *NJW-RR* 2000, 1260.

Les VOB appréhendent le problème plus directement. Elles prévoient que le maître de l'ouvrage peut dès l'exécution des travaux exiger la mise en conformité et, si le vice est imputable à l'entrepreneur, demander des dommages et intérêts, que ce soit pour des dépenses engagées – par exemple pour une expertise – ou encore pour des pertes de bénéfices⁴⁰. Selon le § 4, alinéa 7 VOB/B :

« Lorsqu'il apparaît en cours d'exécution que des prestations sont viciées ou non conformes au contrat, il incombe au maître d'œuvre de les remplacer par des prestations non viciées. Si le vice ou la non-conformité est imputable au maître d'œuvre, il doit réparer le dommage en résultant. Si le maître d'œuvre ne s'exécute pas, le maître de l'ouvrage peut lui imposer un délai raisonnable d'exécution et l'informer du fait que, faute de s'exécuter dans le délai, il sera mis fin au contrat. »

B) Après la réception

Après la réception, il convient de distinguer. Pour les désordres ayant fait l'objet de réserves, ainsi que pour les vices cachés, le maître de l'ouvrage conserve la garantie contre les vices et les non-conformités, comme en l'absence de réception, que ce soit en droit commun⁴¹ ou selon les VOB⁴². Il peut demander l'exécution en nature, en faisant appel à un tiers si nécessaire, sinon réduire le prix⁴³ voire, du moins en droit commun, résilier le contrat.

Une divergence existe cependant quant au droit à réparation pour les dommages causés par les vices et non-conformités. Selon le droit commun, l'entrepreneur peut demander réparation sur le fondement du § 280 BGB, qui prévoit une responsabilité pour faute présumée, et ceci quelque soit le dommage en cause. Il précise en effet :

« Celui qui manque à un devoir né d'un rapport d'obligation est tenu de réparer le dommage qui en résulte. Il en va autrement si la violation ne lui est pas imputable. »⁴⁴

Les VOB, en revanche, prévoient une simple responsabilité pour faute. Selon le § 4, alinéa 7, « si le vice ou la non conformité est imputable au maître d'œuvre, il doit réparer le

⁴⁰ BGH NJW-RR 2000, 1260 ; F. Peters, F. Jacoby, *op. cit.*, § 633, n° 106.

⁴¹ § 634 BGB : « Si l'œuvre comporte un vice, celui qui l'a commandée peut, si les conditions des dispositions suivantes sont remplies et sauf convention contraire, 1) demander la mise en conformité selon le § 635 2) remédier par ses propres moyens au vice conformément au § 637 et demander réparation pour les frais concomitants 3) se retirer du contrat selon les § 636, 323 et 326 alinéa 5 ou réduire le prix selon le § 638, et 4) demander des dommages et intérêts selon les § 636, 280, 281, 283 et 311a ou réparation des dépenses inutiles selon le § 284 ».

V. F. Jacoby, M. von Hinden, *op. cit.*, § 634 n° 1 à 3.

⁴² § 13 alinéa 5 VOB/B.

⁴³ § 13 alinéa 6 VOB/B, supposant toutefois que le débiteur refuse la réparation en nature.

⁴⁴ Au sujet de cette disposition, v. O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruylant – LGDJ, 2006, n° 357 et ss.

dommage en résultant »⁴⁵. Là aussi, le maître de l'ouvrage peut demander réparation pour toute sorte de dommage, allant de désordres consécutifs causés à l'ouvrage, à la perte de loyers, en passant par des frais d'hôtel⁴⁶.

La situation est différente si le maître de l'ouvrage n'a pas émis de réserves, alors qu'il peut être démontré qu'il avait connaissance du vice (sachant qu'il ne suffit pas de pouvoir démontrer qu'il aurait pu en avoir connaissance, car il n'existe aucune obligation de rechercher activement des vices)⁴⁷. En droit commun, le maître de l'ouvrage perd dans ce cas les droits à l'exécution en nature, à la résiliation unilatérale et à la réduction du prix. Il conserve en revanche son droit à réparation en application du § 280 BGB.

Les VOB prévoient un régime plus nuancé. D'une part, le maître de l'ouvrage conserve la garantie contre les vices et non-conformités, qu'il peut exercer jusqu'à l'expiration du délai de prescription, ce qui fait dire à certains auteurs que l'on « surestime »⁴⁸ les effets de la réception qui, en fait, n'entraîne qu'un renversement de la charge de la preuve⁴⁹. Il suffit en effet que le maître de l'ouvrage puisse prouver l'existence d'un vice pour pouvoir exiger la mise en conformité. Ainsi, selon le § 13 alinéa 5,

« L'entrepreneur est tenu de remédier à ses frais à tous les vices apparaissant avant le terme de la prescription et qui résultent d'une exécution non conforme du contrat, dès lors que le maître de l'ouvrage le demande par écrit dans le délai de la prescription. »

D'autre part, le droit à réparation est cependant, très strictement encadré et modulé en fonction de la gravité de la faute ou de la qualité du vice⁵⁰. Le § 13 alinéa 7 dispose ainsi que

*« 1. L'entrepreneur est responsable en cas de vices causés par sa faute, pour les dommages résultant d'une atteinte à la vie, au corps ou à la santé.
2. En cas de vice résultant d'une faute intentionnelle ou grave, il est responsable pour tout dommage.
3. En outre, il doit réparer le dommage causé à l'ouvrage qu'il s'est engagé de construire, rénover ou modifier, en cas de vice substantiel portant une atteinte significative à l'usage de l'ouvrage et résultant d'une faute de l'entrepreneur.
Un dommage dépassant ce dernier n'ouvre droit à réparation que si
a. le vice résulte d'une violation des règles de l'art, ou bien
b. le vice résulte de l'absence d'une caractéristique convenue, ou bien*

⁴⁵ V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 307, Abb. 7.

⁴⁶ V. BGH *BauR* 2003, 1211.

⁴⁷ V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 217.

⁴⁸ V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 216.

⁴⁹ Avant la réception, l'entrepreneur doit prouver l'absence de vice – après la réception, le maître de l'ouvrage doit démontrer l'existence d'un vice.

⁵⁰ V. F. Peters, F. Jacoby, *op. cit.*, Anh. I zu § 638, n° 37 et ss., soulignant le caractère « confus » du régime.

c. le dommage est couvert par l'assurance responsabilité obligatoire de l'entrepreneur ou aurait pu être couvert à des conditions tarifaires normales, sans primes exceptionnelles, par un assureur admis dans le pays ».

Ainsi, même en cas de connaissance du vice et de réception sans réserves, le maître de l'ouvrage conserve la garantie contre les vices. En outre, il peut demander réparation des dommages causés à l'ouvrage, à condition de prouver un vice substantiel⁵¹ portant une atteinte significative à la destination de l'ouvrage, et résultant d'une faute de l'entrepreneur. Pour obtenir réparation d'autres dommages, par exemple de préjudices purement économiques, des conditions complémentaires doivent être remplies, tenant notamment à une violation des règles de l'art ou à l'absence d'une caractéristique convenue.

III) Prescription

La prescription court en toute hypothèse à partir de la réception⁵², mais sa durée varie. Alors que le droit commun allemand prévoit en principe une prescription triennale, en matière de contrats d'entreprises portant sur la construction de « bâtiments » (*Bauwerke*)⁵³, voire sur la « planification » ou « la surveillance » d'une telle entreprise, le délai est porté à cinq ans. Selon le § 634a BGB,

« Les droits résultant du § 634 no 1, 2 et 4 se prescrivent...en cinq ans si l'œuvre dû est un bâtiment ou la contribution à ce dernier par des prestations de planification ou de surveillance. »

Opportunément, en matière de vente, la garantie des vices obéit au même délai. De deux ans en principe, il est de cinq ans « pour les bâtiments et pour les biens ayant fait l'objet d'un usage, conforme à leur destination courante, pour la réalisation d'un bâtiment et ayant vicié ce dernier »⁵⁴, permettant le plus souvent à l'entrepreneur dont la responsabilité est recherchée, de se retourner contre son fournisseur⁵⁵.

Les VOB, en revanche, prévoient un délai de prescription de quatre ans pour la garantie de conformité⁵⁶, tout en renvoyant à la prescription quinquennale de droit commun pour les actions visant à obtenir réparation d'un dommage⁵⁷.

* * *

⁵¹ Apprécié objectivement, admis par exemple en cas d'utilisation de matériaux qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques ou résistances que ce qui était prévu, comme l'utilisation d'un bois moins résistant aux conditions climatiques ou d'un enduit atteignant la stabilité de l'ouvrage (v. F. Peters, F. Jacoby, *op. cit.*, ainsi que les réf. citées).

⁵² § 634a BGB.

⁵³ Pour la définition, v. supra, § 1^{er} VOB/A.

⁵⁴ § 438 BGB.

⁵⁵ V. F. Jacoby, M. von Hinden, *op. cit.*, § 438 n° 3 et 634a n° 3.

⁵⁶ Qui sont toutefois en pratique très souvent portés à cinq ans, V. K. Kapellmann, W. Langen, *op. cit.*, n° 298.

⁵⁷ § 13 al. 7 VOB/B.