GROOTERHORST
& PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Sommaire

- Actualités : l'immobilier écocompatible
- Droit de l'immobilier : obligations d'information incombant au vendeur d'un terrain
- Régime légal du bail actuel
- Droit public : l'obligation de faire preuve de ménagement dans le droit de la planification – droit de la passation de marchés publics

Chers Lecteurs,

Notre troisième lettre pour les mandants de l'année 2009 se consacre en priorité aux nouveaux développements légaux et à la jurisprudence actuelle dans le monde de l'immobilier.

Nous évoquerons en particulier de nouvelles tentatives du législateur – dont certaines prêtent à contestation – pour faire participer les propriétaires de biens immobiliers à la lutte contre le changement climatique.

Je vous souhaite une agréable lecture.

Avec mes cordiales salutations

Dr. Grooterhorst
Avocat

A. Actualités

L'immobilier écocompatible – Nouvelles prescriptions légales pour les énergies renouvelables

Le 1er janvier 2009 a vu entrer en vigueur la loi sur les énergies renouvelables dans le domaine thermique (EEWärmeG). La loi se propose de promouvoir l'utilisation des énergies renouvelables et, par son article 3 EEWärmeG, introduit en particulier l'obligation d'utiliser des énergies renouvelables pour les nouveaux bâtiments devant être construits. Les länder fédérés peuvent aussi fixer une obligation correspondante pour le parc immobilier existant.

L'EEWärmeG

Dans l'intérêt de la protection du climat, du ménagement des ressources fossiles et de l'atténuation de la dépendance vis-à-vis des importations d'énergie, la loi veut permettre un développement durable de l'approvisionnement en énergie. Aux termes de l'article 1 alinéa 2 EEWärmeG, la loi veut contribuer à faire passer à 14 %, d'ici à l'année 2020, le taux des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale pour la chaleur (chaleur ambiante, de rafraîchissement et de processus ainsi qu'eau chaude).

Obligation pour tous les bâtiments d'une superficie supérieure à 50 m²

Aux termes de l'article 4 EEWärmeG, l'obligation d'utiliser des énergies renouvelables s'applique à tous les bâtiments dont la surface utile dépasse 50 m² et qui sont chauffés et rafraîchis en faisant appel à l'énergie. La loi ne prévoit des exceptions, notamment, que pour les édifices souterrains, les bâtiments édifiés à des fins religieuses ou les bâtiments résidentiels qui sont destinés à être utilisés pendant une durée inférieure à quatre mois par an.

Les taux de couverture de différentes énergies

L'obligation d'utilisation prescrite à l'article 3 alinéa 1 EEWärmeG est respectée par une couverture proportionnelle des besoins d'énergie : en cas d'utilisation d'énergie de rayonnement solaire, le besoin d'énergie thermique doit être couvert au minimum à raison de 15 % par des énergies renouvelables ; en cas d'utilisation de biomasse gazeuse, à raison d'au minimum 30 % et en cas d'utilisation de biomasse liquide ainsi que solide, au minimum à raison de 50 % (ce qui s'applique aussi à l'utilisation de la géothermie et de la chaleur environnante). A son article 10 EEWärmeG, la loi impose aux propriétaires des bâtiments d'administrer la preuve de cette proportion d'énergies renouvelables dans les besoins d'énergie.

Subventions publiques

Conformément à l'article 13 EEWärmeG, l'utilisation d'énergies renouvelables pour la production de chaleur est subventionnée par l'Etat fédéral jusqu'à concurrence de 500 millions d'euros par an de 2009 à 2012. Les mesures qui permettent (exclusivement) de respecter l'obligation d'utilisation aux termes de l'article 3 alinéa 1 EEWärmeG ne peuvent cependant pas être subventionnées. Tant que les länder n'obligent pas à utiliser des énergies renouvelables pour les bâtiments existants, des subventions au titre des équipements correspondants d'édifices existants ainsi qu'au titre de mesures prises entrent en ligne de compte dès lors qu'elles vont au-delà du programme obligatoire prévu par la loi EEWärmeG.

Les mesures concernant le parc immobilier existant devraient normalement consister en mesures d'économies d'énergie. Les locataires sont tenus de tolérer de telles mesures dans les limites visées à l'article 554 BGB (Code civil allemand) et les coûts correspondants peuvent, aux termes de l'article 559 alinéa 1. 1. ancien BGB être répercutés sur les locataires en tant que mesures de modernisation.

L'EnEV 2009

Le 18.03.2009, le gouvernement fédéral a, en outre, adopté le règlement concernant l'amendement du règlement sur les économies d'énergies (EnEV 2009) qui doit entrer en vigueur le 01.10.2009. L'EnEV pose des exigences plus sévères pour le bilan énergétique des bâtiments et veut mobiliser les possibilités d'économies d'énergie pour le parc immobilier existant. Conformément à l'EnEV 2009 aussi, de concert avec la nouvelle loi EEWärmeG, des stimulations sont données à une utilisation plus fréquente des énergies renouvelables. Ainsi, à titre d'exemple, le courant obtenu à partir d'énergies renouvelables peut-il être déduit des besoins d'énergie du bâtiment.

Conclusion : les maîtres de l'ouvrage, les développeurs de projets et les gestionnaires d'un parc immobilier existant doivent encore plus fortement tenir compte qu'auparavant des mesures d'économies d'énergie et de l'utilisation des énergies renouvelables.

Isabel Gundlach

B. Droit du bâtiment et droit immobilier

Obligations d'information incombant au vendeur pour les contrats de vente de terrains représentant des risques de danger pour la santé

I. Selon la jurisprudence de la BGH (Cour fédérale de justice), les obligations d'information incombant au vendeur lors de la conclusion d'un contrat de vente de terrain vont très loin. Dans un arrêt actuel rendu le 27.03.2009 (V ZR 30/08), la BGH a approuvé une obligation d'information relative au traitement de matériaux du bâtiment (amiante) qui, même s'ils étaient d'un usage courant au moment de la construction du bâtiment, ont été identifiés plus tard comme représentant un risque pour la santé.

Aucune exclusion de garantie pour les vices dangereux

Conformément à l'état des faits à l'origine du litige, les vendeurs ont vendu aux acheteurs un bâtiment d'habitation avec exclusion de la « garantie pour erreurs et vices ». Le bâtiment a été édifié dans les années 80 selon le principe des bâtiments préfabriqués, à l'occasion de quoi des plaques de fibrociment à l'amiante ont été utilisées pour la façade. Avant la conclusion du contrat, les vendeurs étaient parfaitement informés de l'utilisation de ces plaques d'amiante, mais ils ont pourtant omis d'en informer les acheteurs. Avec leur plainte, les acheteurs exigent des dommages-intérêts pour la réhabilitation de la façade.

Dommages-intérêts en cas de dangers graves pour la santé

La BGH précise tout d'abord que l'on peut déjà être en présence d'un vice matériel assujetti à une information et qui entraîne un droit à dommages-intérêts dès lors qu'il existe un danger sérieux que des substances induisant un considérable potentiel nocif pour la santé puissent être découvertes dans le cadre de l'utilisation usuelle de l'objet acheté. Dans le cas d'un bâtiment d'habitation, ceci est le cas lorsque des mesures usuelles de transformation, rénovation ou modification ne peuvent pas être réalisées sans dangers graves pour la santé.

Droits dans le contexte de vices et dommages-intérêts résultant du culpa in contrahendo.

Simultanément, la BGH a précisé que, outre les droits dans le contexte de vices résultant du contrat d'achat, une responsabilité des vendeurs entre également en ligne de compte en raison d'une faute commise lors de la conclusion du contrat (§ 280 en conjonction avec l'article 311 alinéa 2 no 1 BGB). Cette dernière condition dépend de la question de savoir si les vendeurs se sont rendus coupables d'une tromperie frauduleuse en n'informant pas les acheteurs au sujet de l'existence de l'amiante.

Dans ce contexte, la BGH a attiré l'attention sur le fait qu'un vendeur est tenu de répondre aux questions de l'acheteur correctement et intégralement et, aussi, d'attirer son attention sur les dangers pour la santé même si l'acheteur ne le lui demande pas. Si un vendeur enfreint cette obligation d'information, il ne peut pas, a posteriori, invoquer une exclusion contractuelle de la responsabilité.

Rainer Burbulla

Admissibilité de la convention d'honoraires d'architecte à la vacation

II. Dans son arrêt du 17.04.2009 (no de dossier : VII ZR 169/07), la Cour fédérale de Justice devait statuer au sujet de la plainte pour honoraires déposée par un architecte. Le contrat d'architecte prévoyait que l'activité de l'architecte au titre des « prestations partielles comparaison du contrat, constatations et documentation des vices, management des vices, évaluation des montants de diminution, réceptions ultérieures » devait être rémunérée à raison d'un taux horaire de 205,00 euros (expert), 130,00 euros (collaborateur) et 50,00 euros (travaux de secrétariat).

Honoraires à la vacation et barème du HOAI

La Cour fédérale de Justice n'a pas reçu l'objection, formulée par le donneur d'ordre, selon laquelle seules les prestations saisies dans le HOAI et pour lesquelles le HOAI ordonnait ou autorisait un tel décompte devaient être décomptées en taux horaires. Les missions de définition, documentation, évaluation et élimination de vices du bâtiment confiées à l'architecte seraient des prestations devant être jugées conformément au droit sur les contrats d'ouvrage. Les parties n'auraient pas été empêchées de convenir de façon efficace des honoraires à la vacation même si des éléments essentiels des prestations fournies étaient assujettis au domaine de réglementation du HOAI.

De l'avis de la BGH, l'article 4 alinéa 1 HOAI permet aux parties contractantes de convenir dans le cadre de l'autonomie privée des honoraires pour les prestations saisies par le HOAI. La liberté contractuelle des parties ne serait limitée que par l'obligation de respecter les taux minima et maxima stipulés dans le HOAI.

Ralf-Thomas Wittmann

C. Droit de bail professionnel

Résiliation extraordinaire en cas de paiement constamment irrégulier du bail

I. Avec son arrêt du 08.07.2008 (no de dossier : I-24 U 177/07), le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf a statué que le paiement constamment tardif du bail justifie une résiliation sans préavis après avertissement préalable même si, en fin de compte, le bail a toujours été payé ou si les reliquats n'ont pas atteint deux mois de bail.

Selon la jurisprudence maintenant promulguée par les tribunaux supérieurs, un paiement irrégulier du bail justifie la résiliation extraordinaire du contrat de bail dès lors que, en raison de paiements toujours en retard du bail, on ne peut exiger du bailleur le maintien en vigueur du contrat de bail. Pour cela, de l'avis du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, il ne joue aucun rôle que le bailleur ait, en fin de compte – mais malgré tout toujours en retard – été réglé en ce qui concerne ses créances de bail.

La question de l'intolérabilité

Dans le cas faisant l'objet de l'arrêt, un locataire avait, pendant plus de six mois, toujours payé avec retard le bail devant être payé mensuellement, retard qui dépassait fréquemment la durée d'un mois et, dans un cas, a même atteint la durée de

trois mois. Le tribunal régional supérieur de Düsseldorf a jugé ceci intolérable pour le bailleur, en particulier du fait que le bailleur ne pouvait pas tabler avec la sécurité nécessaire sur l'arrivée ponctuelle du paiement.

Tobias Törnig

Résiliation extraordinaire sans préavis pour retard de paiement

II. Aux termes de l'article 543 alinéa 2 no 3 a BGB, le bailleur est habilité à prononcer une résiliation extraordinaire sans préavis du contrat de bail dès lors que le locataire accuse un retard de paiement pour deux mensualités consécutives avec le versement du bail ou une partie non négligeable du bail.

Proportion non négligeable du bail

Selon un arrêt actuel de la BGH du 23.07.2008 (no de dossier : XII ZR 134/06), on est en présence d'un tel retard avec une partie non négligeable du bail en ce qui concerne le bail de locaux commerciaux dès lors que l'arriéré du paiement du bail excède le montant d'un bail mensuel. Toutefois, de l'avis de la BGH, un tel retard ne suffit pour une résiliation extraordinaire sans préavis que lorsqu'il résulte de deux périodes de paiement consécutives.

Deux périodes de paiement consécutives

Tout retard qui ne remplit pas ces conditions – par ex. parce qu'il provient (aussi) d'autres périodes de paiement – ne justifie la résiliation extraordinaire sans préavis que lorsque son montant atteint deux bails mensuels.

Tobias Törnig

Blocage de l'approvisionnement par le bailleur à l'encontre d'un locataire défaillant après l'achèvement du contrat de bail

III. Par un arrêt du 06.05.2009 (no de dossier : XII ZR 137/07), la Cour fédérale de Justice a statué que le bailleur est en droit de suspendre les prestations d'approvisionnement à l'encontre d'un locataire qui, malgré l'achèvement du contrat de bail, n'évacue pas l'objet du bail.

Pas d'arbitraire interdit

Avec cet arrêt, la Cour fédérale de Justice a pris à contre-pied l'opinion jusqu'ici défendue de façon majoritaire par les tribunaux supérieurs et par la littérature spécialisée dans le droit du bail qui ont vu, dans le blocage d'approvisionnement, ce que l'on appelle un arbitraire interdit qui serait comparable au remplacement des serrures de l'objet du bail. La protection particulière de sa possession résultant d'un tel arbitraire interdit permet au propriétaire de se prémunir contre les troubles et, par principe, continuer d'agir même lorsque le contrat de bail est arrivé à son terme et que le bailleur est astreint à évacuer les locaux. Le bailleur n'a donc pas le droit d'enlever tout simplement au locataire l'objet du bail ayant fait l'objet de la résiliation.

Pas d'intervention de l'extérieur

La BGH a maintenant toutefois souligné que la possession de l'objet du bail à elle seule ne justifie pas un droit à un type particulier d'utilisation, mais seulement des droits à se défendre contre des interventions de l'extérieur. Mais on n'est pas en présence d'une telle intervention dans le droit de possession lorsque le bailleur se contente de suspendre des prestations. En effet, la possession est seulement protégée contre des interventions lui portant préjudice, mais cela ne confère pas le droit à une livraison poursuivie avec des biens d'approvisionnement. Le bailleur serait donc habilité à suspendre l'approvisionnement d'un locataire en chauffage, courant électrique et eau dès lors que le locataire est astreint à évacuer l'objet du bail.

Tobias Törnig

D. Droit public

Droit de la planification de la construction : renforcement des centres villes

I. Dans son arrêt du 26.03.2009 (no de dossier : 4 C 21.07), la Cour fédérale administrative a statué que le renforcement des centres urbains, par la concentration d'utilisations comme commerces de détail dans des centres de districts urbains et de quartiers, est un objectif qui permet de justifier, sur le plan de l'urbanisme, l'exclusion d'entreprises du commerce de détail dans des emplacements non centraux à l'intérieur des plans d'occupation des sols.

Exclusion d'emplacements non centraux

Dans le cas faisant l'objet du présent litige, la Ville de Dortmund a profité d'une demande préalable de construction relative à la nouvelle édification d'une superette en self-service dans une zone mixte pour modifier le plan d'occupation des sols et pour exclure presque totalement toute utilisation comme commerce de détail. L'exclusion d'utilisations comme commerce de détail dans cette zone de planification a eu lieu, à ce propos, sous l'angle d'un concept de commerce de détail à l'échelle de toute la ville de Dortmund et avait pour objectif, pour renforcer les centres qui y sont définis, de réserver ce que l'on appelle des types d'utilisation « constitutifs de centres » exclusivement à ces centres.

Différenciation selon le type d'utilisation

La Cour fédérale administrative juge ce point de vue étant recevable. Sur la base d'un concept cohérent de commerce de détail, une commune se voit régulièrement autorisée à exclure dans d'autres zones de la commune des types d'utilisations qui ne sont pas ou ne sont que peu représentés dans les centres avec pour objectif de déclencher la création de nouveaux établissements éventuels dans les centres aux fins d'augmentation et de préservation de l'attractivité. *Isabel Gundlach*

L'obligation de faire preuve de ménagement dans le droit de la planification comme limite du droit de la construction

II. Même s'ils devaient être autorisés par principe conformément au droit de la construction en vigueur pour un terrain, des projets de construction peuvent, à titre exceptionnel, être non autorisés, dès lors qu'ils enfreignent l'obligation de faire preuve de ménagement dans le droit de la planification. C'est sur ce principe que s'appuie un arrêt rendu tout récemment par le Tribunal administratif supérieur de Münster en date du 04.09.2008 – (no de dossier : 10 A 1678/07).

Admissibilité selon le droit de la planification de la construction contre l'obligation de faire preuve de ménagement

Dans cet arrêt, le Tribunal administratif supérieur souligne que, malgré l'admissibilité selon le droit de la planification de la construction, il convient, pour le reste, dans chaque cas individuel, de contrôler si l'obligation de faire preuve de ménagement général est violée. Dans le cas concret, le Tribunal administratif supérieur estimait l'obligation de faire preuve de ménagement violée parce qu'une installation de garages s'étendait profondément dans la zone de terrains à l'arrière et se trouvait à la même hauteur que la zone de jardin et de terrasse du terrain voisin.

Les limites du droit de la construction

L'obligation de faire preuve de ménagement général peut ainsi, d'une part, être incriminée, par le voisin concerné, pour attaquer les permis de construire à la condition que l'on ne puisse justifier que concrètement le caractère intolérable du projet. D'autre part, l'arrêt illustre les limites générales du droit de la construction pour le maître de l'ouvrage : le maître de l'ouvrage ne peut pas, sans autre forme de procès, extrapoler ce qui est autorisé à la lumière du plan d'occupation des sols ou des autres prescriptions de droit de la planification de la construction. Il doit toujours aussi avoir présent à l'esprit le contexte architectural concret rencontré sur place. *Niklas Langguth*

Droit de la procédure : le contrôle judiciaire de plans d'occupation des sols a été restreint par une nouvelle loi

III. Par la loi du 21.12.2006, via son article 47 alinéa 2a VwGO (Code de procédure administrative), le législateur a restreint le droit de plainte dans le domaine de la procédure de contrôle des normes. Conformément à l'article 47 alinéa 2a VwGO nouveau, toute demande de contrôle des normes déposée contre des plans d'occupation des sols est désormais irrecevable dès lors qu'elle n'est pas fondée sur des objections qui ont déjà été formulées dans le cadre de la procédure relative à l'implantation du plan.

Par décision en date du 29.08.2008 – no de dossier : 7 B 915/08.NE – le tribunal administratif supérieur de Münster a, pour la première fois, statué au sujet de la question de savoir si, de ce fait, à l'avenir, seules pourront être invoquées, lors de la procédure de planification, les objections qui auront déjà été formulées au stade de la procédure de planification de la construction.

Pas de préclusion dans la procédure de contrôle des normes

Le tribunal administratif supérieur fait une interprétation stricte de l'article 47 alinéa 2a VwGO et précise que la prescription n'induit pas une préclusion pour les objections devant être contrôlées, lors de la procédure de contrôle des normes, contre le plan d'occupation des sols. L'auteur de la demande de procédure de contrôle des normes n'est donc pas limité aux objections qu'il a formulées à l'occasion de la participation du public ou lors de l'interprétation publique de la procédure de planification de la construction. Lors de la procédure devant les tribunaux, il peut bien au contraire faire valoir toute objection dès lors qu'il a déjà formulé au minimum l'une d'elles au stade de la procédure de planification de la construction. *Niklas Langguth*

Droit de la passation des marchés publics : surcroît de rémunération pour cause de retard de la procédure de passation

IV. Avec l'arrêt (de principe) en date du 11.05.2009 (VII ZR 11/08), la BGH a pris position sur la question de savoir si, après un retard de la procédure de passation, un entrepreneur peut avoir droit à un surcroît de rémunération au titre du report du moment de la construction.

Attribution au bout d'un an de durée de la procédure

Lors de la procédure de passation faisant l'objet du litige juridique, le preneur d'ordre a obtenu l'adjudication inchangée pour son offre après que la procédure de passation se soit retardée pendant plus d'un an en raison d'une procédure de contrôle. Par sa plainte, le preneur d'ordre a revendiqué, contre le donneur d'ordre, un droit à un surcroît de rémunération du fait que, entre-temps, les prix des matériaux avaient augmenté. La BGH a fait droit à la plainte.

Retards dus à un contrôle

La possibilité, pour un soumissionnaire n'ayant pas obtenu l'adjudication, de faire contrôler l'adjudication projetée à un autre soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de contrôle selon les articles 107 et suiv. GWB (loi contre la restriction de la concurrence) entraîne régulièrement un retard dans le temps de la procédure de passation avec pour conséquence que les dates de construction prévues dans l'appel d'offres public ne peuvent pas être respectés et que les délais d'engagement pour les offres remises arrivent à expiration. Les soumissionnaires sont alors priés de proroger le délai d'engagement pour leur offre soumise suite à l'appel d'offres public. Si les soumissionnaires prorogent le délai d'engagement, l'adjudication (sans changement) peut aussi être attribuée à un moment auquel il n'est plus possible de respecter la date de construction.

Augmentation des prix dues au report du moment de la construction

Si l'adjudication est attribuée et si le soumissionnaire a vu ses coûts augmenter (par ex. en raison de l'augmentation du prix d'achat) en raison du report du moment de la construction, le soumissionnaire peut également exiger le remboursement de ces coûts par le donneur d'ordre si l'adjudication pour l'offre reste inchangée. Dans ce cas-là, en raison de la sévérité formelle de la procédure de passation et à cause de l'interdiction de principe de l'amendement de l'appel d'offres en raison de l'adjudication, c'est un contrat avec les dates prévues dans l'appel d'offres qui naît. Or, étant donné que ces dates ne peuvent plus être respectées, il convient d'interpréter le contrat de façon complémentaire. Dans le cadre de cette interprétation complémentaire du contrat, il convient de prendre en considération de nouveaux moments de construction et, ce qui va de pair avec cela, un surcoût sous la forme d'une adaptation de la rémunération conformément à l'article 2 no 5 VOB/B (Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux de construction). Si les parties contractantes ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'adaptation, ce sont alors les tribunaux qui statuent au sujet de l'adaptation de la rémunération.

Rainer Burbulla

Manifestations – Actualités

Si vous deviez être intéressé par la participation à l'une de ces manifestations, veuillez prendre contact avec l'intervenant respectif sous : www.grooterhorst.de

1. **Union Internationale des Avocats – 53ème congrès** 27.10. au 31.10.2009
   « La profession d'avocat et la crise économique globale : possibilités et pièges »
   Intervenant : Johannes Grooterhorst
   28.10.2009 à Séville

2. **German Council Forum Droit et Consultation**
   « Commerce de détail et biens immobiliers du commerce de détail face à la crise »
   05.11.2009 à Düsseldorf
   Intervenants : Johannes Grooterhorst
   Tobias Törnig

3. **Annonce de publication de livres**
   Fin octobre 2009 va paraître :
   Rechtshandbuch
   Immobilien-Asset-Management
   Potenziale und Strategien für Investoren und Eigentümer
   Edité par Johannes Grooterhorst, Udo Becker, Rolf-Ulrich Dreyer, Tobias Törnig
   Nos auteurs : Dr. Johannes Grooterhorst
   Dr. Ursula Grooterhorst
   Tobias Törnig
   Dr. Rainer Burbulla
   Niklas Langguth

Notice

Editeur
Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
D-40212 Düsseldorf
Tel. +49/211/864 67-0
Fax +49/211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de

Concept et agencement
Ufer und Compagnie
Werbeagentur GmbH
Darmstädter Landstraße 184
60598 Frankfurt am Main
Tel. +49/69/96 87 20-0
Fax +49/69/96 87 20-30
www.uferundcie.de

Impression
Krautstein & Hampf
Druck GmbH
Kappeler Str. 39
40597 Düsseldorf
Tel. +49/211/99 60 10
Fax +49/211/996 01 44