



L'oeuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et d'assurance des constructeurs

Dorothee Ngoungoure Mfenjou

► To cite this version:

Dorothee Ngoungoure Mfenjou. L'oeuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et d'assurance des constructeurs. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2007. Français.

HAL Id: tel-00186806

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00186806>

Submitted on 12 Nov 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE Lille 2- Droit et santé
Ecole doctorale n° 74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

THESE
Pour obtenir le grade de
DOCTEUR en Droit

Discipline droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Dorothée NGOUNGOURE MFENJOU

Le 26 juin 2007

**L'ŒUVRE CREATRICE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE DE
RESPONSABILITE CIVILE ET D'ASSURANCE DES CONSTRUCTEURS**

JURY

Madame Anne PENNEAU

Professeur à l'Université de Lille 2
Directrice de Thèse

Monsieur Hugues PERINET-MARQUET

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Monsieur David NOGUERO

Professeur à L'Université de Poitiers

**L'ŒUVRE CREATRICE DE LA JURISPRUDENCE EN
MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE ET
D'ASSURANCE DES CONSTRUCTEURS**

DEDICACE

A mon cher époux Arsène ASSAGA

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont :

- Tout d'abord à ma directrice de thèse Mme le professeur Anne PENNEAU, pour son écoute, son soutien, ses conseils avisés et sa diligence pour l'aboutissement de ce travail.
- Ensuite à toute l'équipe de l'école doctorale, en particulier à Monsieur le directeur Christian- Marie WALLON LEDUCQ, qui a bien voulu m'y accueillir.
- A mon cher époux, Monsieur Arsène ASSAGA, qui non seulement m'a encouragé à faire cette thèse, mais n'a cessé de me soutenir tout au long de ce travail de longue haleine ;
- A toute la famille MUSHILI MFENJOU Martin pour le soutien moral, mais particulièrement mon cher papa pour ses encouragements et son dévouement en tant que lecteur ;
- A Madame Claire LATERADE, pour m'avoir mise en contact avec des personnes importantes, dont la grande expérience et la connaissance m'ont été fort utiles pour cette thèse.
- A Monsieur Francis DEPAUW, Juliette DESCHAMPS et Françoise GRAVIER de la SARETEC pour leurs précieux conseils, leur disponibilité et la mise à ma disposition de documents ;
- Mais aussi à Monsieur Benoît GARIN et Monsieur Pierre MALAVAL de la compagnie d'assurances ALBINGIA, pour les mêmes raisons ;
- A Dorothée HERBAUT du centre René DEMOGUE pour sa gentillesse et sa disponibilité.
- Aux membres du jury qui ont bien voulu m'honorer de leur présence.
- Je remercie enfin toutes les personnes qui, de près ou de loin m'ont soutenue pour la réalisation de cette thèse et que je n'ai pu nommément citer.

SOMMAIRE

Introduction.....	6
Première partie Une application jurisprudentielle dynamique du dispositif Spinetta favorable à la protection du maître de l'ouvrage.....	24
Titre I Une application extensive favorable aux intérêts du maître de l'ouvrage.....	27
Chapitre I L'extension du champ d'application de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire	29
Chapitre II L'interprétation extensive de la période de garantie.....	70
Titre II Les limites à l'application extensive: Quelques décisions favorables à l'assureur	98
Chapitre I Une application plus stricte du dispositif Spinetta.....	100
Chapitre II Une jurisprudence responsabilisant les acteurs de la construction.....	117
Conclusion de la première partie	138
Deuxième partie Une application jurisprudentielle facteur de déséquilibre du système d'assurance construction.....	139
Titre I Un déséquilibre relatif résultant de l'interprétation jurisprudentielle extensive de la réparation.....	142
Chapitre I Le principe de réparation intégrale.....	144
Chapitre II Les restrictions à la réparation intégrale.....	185
Titre II Un déséquilibre relatif résultant des difficultés liées au fonctionnement de l'assurance construction.....	199
Chapitre I Les difficultés liées au mécanisme de la subrogation: D'une garantie de préfinancement à une garantie de financement.....	201
Chapitre II La sauvegarde du recours subrogatoire de l'assureur de dommages : la subrogation anticipée.....	224
Conclusion de la deuxième partie	228
Conclusion générale	229

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
Art.	Article
AN	Assemblée nationale
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull. Civ.	Bulletin civil
CA	Cour d'appel
Cah.	Cahier
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de Cassation, première chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de Cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de Cassation, chambre commerciale
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
Constr. et urb.	Revue droit de la construction et de l'urbanisme
D.	Dalloz
DP	Dalloz Périodique
Doctr.	Doctrine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	information rapide
JCP	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
Jurisp.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale du droit et de la jurisprudence
Mon. TP	Moniteur de travaux publics
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observation
P.	Page
PA	Petites Affiches
Panor.	Panorama
PUF	Presse universitaire de France
PUAM	Presse universitaire D'Aix- Marseille
RDI	Revue de droit immobilier
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance

RGDA	Revue générale du droit des assurances
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RM	Réponse ministérielle
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
Somm.	Sommaire du Dalloz
Trib. de l'assur.	Tribune de l'assurance
TGI	Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

La recherche de la sécurité juridique est une préoccupation constante des acteurs de la vie économique comme de tous les utilisateurs du Droit.

Le droit de la construction n'échappe pas à cette règle. En effet, l'acte de construire implique des enjeux financiers importants, pour tous les acteurs intervenant dans une opération de construction immobilière. En l'occurrence, des maîtres d'ouvrage, des architectes, des entrepreneurs, des fabricants, des contrôleurs, leurs bureaux d'étude et les assureurs.

Le droit de la construction est riche par sa diversité, mais il occupe une petite place dans le droit des assurances.

De par son contenu, cette diversité se traduit tout d'abord par **les constructions**. Sont pris en compte des bâtiments de toutes sortes : habitations, commerces, immeubles de bureau, immeubles à caractère industriel, bâtiments de ferme, ouvrages de génie civil : routes, ponts, barrages, ensembles industriels plus ou moins complexes, livrés clés en main, etc. Ensuite par **les destinataires**, à travers des simples particuliers, personnes physiques, les entreprises et les personnes morales de droit privé, mais aussi des personnes morales de droit public: l'Etat, les entreprises publiques ou les collectivités locales, etc. Enfin par **la réglementation**. De manière générale, le droit de la construction est transversal car il peut faire appel aux dispositions du Code civil, du Code des assurances, du Code pénal, du Code de la construction et de l'habitation, du Code de la consommation mais également aux directives européennes qui imposent certaines règles, notamment en matière de normes techniques et de certification de produits et de services.¹

De par sa place, le droit de la construction représente une infime partie du droit des assurances en général. Au regard du chiffre d'affaires et selon les résultats de l'année 2005, les cotisations principales des assurances (assurances de dommages aux biens et de responsabilité) sont estimées à 2 milliards d'euros et représentent 4,8 % de l'ensemble des assurances aux biens et responsabilité, soit environ 41,7 milliards d'euros.²

¹ Penneau (A) et Périnet-Marquet (H), La certification de produits et de services dans le domaine de la construction, étude réalisée pour le compte du Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, 2004, (en ligne sur le site du GRIDAUH) ; Penneau (A), impact du droit communautaire sur les normes techniques, la réglementation française et les règles de l'art dans le domaine de la construction, extrait du colloque les opérations transfrontalières de construction, journée franco-belge, par l'université de valenciennes, 1^{er} déc. 2006, Larcier 2007 (En cours d'édition)

² Source FFSA (Fédération Française des Sociétés d'assurance), L'assurance française en 2005, p. 35

Sur le plan scientifique, c'est une matière qui génère un foisonnement intellectuel énorme, compte tenu du nombre d'ouvrages, d'articles d'auteurs, de jurisprudences et de notes jurisprudentielles ou de listes de colloques autour de la matière.

Le droit de la construction est évolutif depuis le Code civil de 1804.

1 - Evolution légale depuis le Code civil

a Le Code civil

Historiquement, dans un premier temps, c'est le Code civil qui consacre quelques articles³ au droit de la construction. Mais on note déjà les prémices de ce droit à travers l'article 114 de la coutume de Paris. Selon les commentaires de Monsieur Degodets, cité par Messieurs Périnet-Marquet et Auby⁴ qui énonce que : *« les entrepreneurs, maçons et charpentiers sont garants des édifices qu'ils ont construits, chacun à leur égard, pendant le temps de 10 années après leur construction. Les autres ouvriers qui contribuent à la construction des édifices et bâtiments sont garants de leurs ouvrages, chacun en particulier pendant la première année après achèvement et perfection d'iceux ouvrages, pour ce qui concerne la façon et la qualité des matières qui y sont employées mais non pour leur entretien et ce qui se peut user ou rompre par violence ou par la négligence de ceux qui occupent les lieux soit maîtres locataires et autres semblables »*. A ce moment là, il n'est encore que question de responsabilité des constructeurs et pas encore d'obligation d'assurance. Mais il existe déjà des polices facultatives garantissant le risque décennal. L'article 1792 dans sa version de 1804, dispose en effet que, si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans.

Il se trouve qu'à cette époque, les constructions d'ouvrage sont peu nombreuses, l'autonomie de la volonté joue pleinement et une intervention du législateur n'est pas nécessaire. Mais progressivement, les besoins en logement augmentent, les nécessités d'éviter des constructions sauvages en vue de préserver une certaine architecture et la nécessité de protéger le maître de l'ouvrage, poussent le législateur à intervenir. Dans la mesure où, *« une très forte demande de construction entraîne des risques d'offres peu sérieuses de la part des constructeurs. La défaillance involontaire du constructeur ou du*

³ 1779, 1787, 1799 inclus

⁴ Droit de l'urbanisme et de la construction, Monchrestien 1998, p. 3

promoteur choisi est fréquente. Le constructeur peut, pour des raisons d'économie ou d'incompétence, livrer un bâtiment dont la solidité ou les caractéristiques ne correspondent pas à l'attente légitime de celui qui va en bénéficier. Pire, les travaux commencés sont susceptibles de n'être jamais achevés, en raison de la déconfiture de l'entreprise. Ces risques ont conduit le législateur à mettre en place un régime impératif, complet et lourd en matière de construction »⁵.

b La loi du 3 janvier 1967

C'est donc pour remédier aux difficultés suscitées, qu'intervient la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967. Cette loi se caractérise par la possibilité de recours qu'elle offre aux maîtres d'ouvrage. Avec cette nouvelle loi, le régime de la responsabilité et celui de l'assurance se côtoient désormais.

Du point de vue de **l'assurance**, la loi du 3 janvier 1967 impose la garantie décennale aux constructeurs non réalisateurs faisant construire pour autrui, et institue la police maître d'ouvrage, pseudo assurance de l'ouvrage, ancêtre de la police dommages ouvrage. Si l'assurance construction est généralisée, elle n'est obligatoire que pour les architectes et non pour les entrepreneurs. On note à cette époque une sous assurance notoire des acteurs de la construction en dehors des architectes. Il s'agissait des ingénieurs, des maîtres d'œuvre, des entrepreneurs, des fournisseurs et des maîtres d'ouvrage.

Les garanties sont limitées et comportent de très nombreuses exclusions à caractère technique. La pérennité décennale de l'assurance n'est pas garantie, les contrats étant de durée annuelle ou résiliables annuellement et gérés en répartition. Les règlements en cas de sinistre sont tardifs, ce qui a pour conséquence, l'aggravation des désordres et des malfaçons et l'augmentation du coût des sinistres.

Dès les années 1970, l'assurance construction est en crise. La sinistralité a considérablement augmenté en fréquence, coût et volumes liés au programme de reconstruction. Un désaccord oppose les constructeurs et les assureurs qui entendent reporter sur eux leurs pertes techniques.

⁵ Auby (J) et Périnet- Marquet (H), Droit de l'urbanisme et de la construction, p. 9

Du point de vue de **la responsabilité des constructeurs**, deux articles du Code civil fondent les principes de la garantie bienno-décennale (articles 1792 et 2270). L'article 1792 énonce que « *si l'édifice périt en tout ou partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant 10 ans* ». L'article 2270 dudit Code institue quant à lui, une garantie de 10 ans pour les gros ouvrages et une garantie de 2 ans pour les menus ouvrages. La difficulté résidait dans la fixation de la frontière entre les deux types d'ouvrages. Une autre source de difficulté résidait dans la rédaction des articles 1792 et 2270 du Code civil. Le premier évoquant « *l'édifice* », et le second « *les ouvrages* ».

La loi de 1967 étend le nombre de personnes soumis à la garantie décennale. Cette garantie s'applique désormais aux architectes, entrepreneurs et toute personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, à compter de la réception des travaux acceptés sans réserve et/ ou à la levée des réserves.

Dans le cadre des relations entre les constructeurs et le maître d'ouvrage, plusieurs régimes sont applicables. Face à un litige, plusieurs possibilités s'offrent au maître d'ouvrage. Il peut se fonder :

- D'une part, sur la présomption de responsabilité de l'article 1792 du Code civil qui se prescrit par 10 ans à compter de la réception ;
- D'autre part, sur la responsabilité de droit commun qui se prescrit au bout de 30 ans. Il s'agit de la responsabilité contractuelle (article 1147 du Code civil) et la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (articles 1382 et 1384 du Code civil) pour faute prouvée des dommages survenus.

Cependant, la loi de 1967 reste insuffisante, elle révèle son impuissance à assurer la protection effective de l'usager. Une nouvelle réforme est donc envisagée, notamment pour instituer une obligation d'assurance des constructeurs et des maîtres d'ouvrages, et réglementer spécialement la situation de certains fabricants.

c La loi du 4 janvier 1978

Sous l'égide des Ministères de l'Economie et des Finances, de la Justice et de l'Equipeement, une Commission Interministérielle voit le jour sous la présidence de Monsieur Spinetta, ingénieur général des Ponts et Chaussées, pour dresser un constat de la situation et proposer des idées en vue de réformer la loi.

Les raisons invoquées en faveur de la réforme étaient les suivantes⁶ :

- Les modalités d'intervention de l'assurance dans le domaine de la construction ne permettaient jusqu'alors de réaliser ni une protection suffisante de l'usager, ni une prévention satisfaisante des sinistres.
- Une meilleure protection de l'usager était nécessaire car jusqu'alors il n'y avait pas d'obligation de s'assurer pour les professions qui participent à l'acte de construire sauf pour les architectes⁷.
- Les délais de règlement de sinistre étaient trop longs entre 7 et 8 ans même lorsqu'une assurance était souscrite.
- Une prévention améliorée des sinistres était nécessaire, car on notait à cette époque un accroissement de la charge des sinistres supérieurs à celui du coût de la construction.
- L'insuffisance de la prévention a eu également pour conséquence d'affaiblir l'incitation au progrès technique en particulier en ce qui concerne la recherche de la qualité.

A partir de ce constat, le législateur définit trois orientations principales :

- Une prévention efficace est nécessaire pour enrayer la tendance à la dégradation et à la qualité de la construction.
- Le système de garantie et de responsabilité doit être remodelé pour être mieux adapté aux évolutions technologiques récentes ou prévisibles du secteur de la construction.
- La protection de l'usager doit s'exercer conformément à l'évolution des mœurs et de la jurisprudence.

⁶ Note d'information du Ministère de l'Economie et des Finances, déc. 1978 (extraits), Code commenté Argus 1999, p.11s

⁷ Loi du 31 déc. 1940, art 3, D 1941, p. 30 ; décret du 24 sept. 1941, D 1941, p. 498, modifié par le décret du 31 mai 1943, D 1943, p. 87 et la loi n° 77-2 du 3 janv. 1977 sur l'architecture, D. 1977, p. 71

L'ensemble des réflexions va aboutir après discussion parlementaire, pour ce qui concerne **la responsabilité des constructeurs**, à la refonte des articles 1792 et 2270 du Code civil par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978. Elle institue une présomption de responsabilité des constructeurs qui n'existait pas de manière claire dans l'ancienne version. Elle est étendue aux promoteurs et aux vendeurs d'immeuble à construire. La distinction entre gros et menus ouvrages, fait place à une distinction entre la fonction construction et la fonction équipement. La notion de responsabilité solidaire des fabricants apparaît. La loi institue la garantie de parfait achèvement, d'une durée d'un an, une garantie de bon fonctionnement d'une durée de deux ans, et la garantie décennale de 10 ans. Elles ont toutes les trois pour point de départ, la réception de l'ouvrage.

Pour ce qui concerne **l'assurance**, il a été institué une obligation d'assurance à double détente : C'est-à-dire d'une part, une assurance de responsabilité individuelle des constructeurs qui doivent supporter en définitive la charge des dommages qui auront été constatés. D'autre part, une assurance dommages ouvrage à la charge du maître de l'ouvrage, dont la contrepartie est la garantie de l'assureur en cas de dommages. Cette obligation d'assurance se traduit par un mécanisme de préfinancement, dont l'assureur dommage ouvrage est l'acteur principal. Après indemnisation rapide et complète des désordres, il se retourne ensuite contre les constructeurs responsables pour récupérer les sommes avancées.

Toutefois, l'obligation d'assurance n'englobe pas l'intégralité des risques liés à la construction. Elle est limitée aux dommages à l'ouvrage, dits de nature décennale. Notion qui sera source d'interprétation puisque le législateur ne la définit pas. Elle suscitera également des difficultés lors de la mise en œuvre des assurances dépendant finalement du caractère décennal du dommage. Cette obligation d'assurance sera accompagnée par des clauses-types très structurées et très protectrices, qui figurent aux annexes I et II à l'article A 243-1 du Code des assurances.

L'annexe I donne, pour les contrats d'assurance de responsabilité, des détails sur la nature de la garantie, la durée et leur maintien dans le temps, la franchise et les exclusions.

L'annexe II, relative aux contrats d'assurance dommages ouvrage, précise notamment, en détail, les modalités d'expertise et de règlement du sinistre au profit de la victime.

La loi institue un Bureau Central de Tarification pour obliger les sociétés à couvrir les risques de la construction. Elle renforce et organise le contrôle, qui intervient à la demande

du maître de l'ouvrage. Sa soumission à la présomption de responsabilité, ne se fera que dans les limites exactes de la mission qui sera fixée par le maître de l'ouvrage.

On note cependant que cette grande réforme de 1978 n'est pas parfaite puisque d'autres réformes lui ont succédé.

2 - **Les réformes postérieures à 1978**

L'objet de ces diverses réformes est d'améliorer le système mis en place en 1978, parfois c'est la loi qui va être retouchée, parfois ce sont les clauses types.

S'agissant **des modifications de la loi**, on peut citer la réforme de 1982⁸ concernant notamment la précarité dans le temps de l'assurance décennale, non maîtrisée en 1978. L'assurance responsabilité passe en capitalisation, c'est-à-dire la gestion des primes des cotisations afin de pouvoir fournir au terme du contrat, les prescriptions prévues. Contrairement à la répartition qui consiste à collecter des primes pour les reverser au cours d'un exercice à ceux qui subissent un risque⁹. Cette assurance de responsabilité garantit désormais pendant 10 ans fermes les ouvrages assurés. Un fonds d'indemnisation, alimenté par une taxe est créé pour apurer la sinistralité attachée au parc immobilier sous garantie décennale existant alors.

La réforme de 1989¹⁰ concerne essentiellement l'assurance dommages ouvrage. L'obligation d'assurer est supprimée pour les grands risques et le secteur public, sauf pour les bâtiments d'habitation. La procédure de règlement des sinistres est améliorée et les franchises sont interdites.

⁸ Loi n° 82-540 du 28 juin 1982

⁹ Krajewski (D.), droit des assurances, Monchrestien 2004, p. 19; Lardet (J.) et Charré-Serveau (M.), lexique des termes d'assurance, éd., l'argus de l'assur. 2003, p. 77

¹⁰ Loi n° 89-1014 du 31 déc. 1989, JO 1^{er} janv. 1989

La dernière réforme en date est celle de l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005,¹¹ portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts. Sans remettre en cause la jurisprudence existante, elle clarifie le champ d'application de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire. L'ordonnance modifie donc certaines dispositions du Code civil, du Code de la construction et le Code des assurances. L'objet principal de cette réforme c'est de redéfinir à la fois le domaine de la présomption de responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire, dans le souci de permettre aux parties de mieux maîtriser leurs engagements pendant la durée du risque.

S'agissant des **modifications des clauses types**, elles ont réformé certains points concernant aussi bien l'assurance de responsabilité que l'assurance dommages ouvrage.

En matière d'assurance de responsabilité, on peut citer :

- L'arrêté du 27 décembre 1982 limitant l'assurance aux dommages matériels avec une garantie acquise au bout de 10 ans;
- L'arrêté du 7 janvier 1987 qui a institué une cause de déchéance pour non-respect des règles de l'art.

En matière d'assurance dommages ouvrage, on peut citer :

- L'arrêté du 16 août 1984, modifiant le processus de désignation de l'expert dans le cadre de la procédure de règlement amiable des sinistres, en instituant une possibilité de récusation de l'expert et en allongeant les délais d'instruction et de règlement ;
- L'arrêté du 13 juillet 1990, pris à la suite des modifications des dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances modifié par la loi du 31 décembre 1989, actualise les clauses types.

¹¹ JO 9 juin 2005, p. 10094 ; Emon (C), Responsabilité et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer n° 390, juil. 2006, p. 10 ; Malinvaud (PH), La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, RDI juil.-août 2005, p. 237 ; Bigot (J), Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, ordonnance du 8 juin 2005, JCP éd. G, juin 2005, p. 1220 ; Pagès de varenne (ML), Concrétisation d'une réforme relative à l'assurance de la responsabilité dans le domaine de la construction, Constr. et urb. Juil.-août 2005, p. 16 et Responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005, Constr. et urb ; sept. 2005, p. 8 ; Leguay (G), Assurance construction : la réforme, Bull. d'actualité, Lamy droit immobilier juil. 2005, p.5 ; Périnet-Marquet (H), Assurance construction (1), les constructeurs mieux responsabilisés, Mon. TP 16 sept. 2005, p.114 ; Assurance construction (2), tous les ouvrages sont concernés, sauf..., Mon. TP 23 sept. 2005, p. 94 ; Karila (JP), Responsabilité assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP 16 sept. 2005, cah. détaché n° 2

- L'arrêté du 30 mai 1997,¹² assouplit les clauses types et modifie l'annexe II à l'article L 243-1 du Code des assurances en vue de la définition des éléments constitutifs de la déclaration d'assurance et de la dispense de l'expertise amiable.
- L'arrêté du 7 février 2001,¹³ modifiant l'annexe II à l'article A 243-1 du Code des assurances.

Bien que le droit de la construction fasse l'objet de soins particuliers depuis 1978, les difficultés dans la matière subsistent et engendrent chaque année des millions d'euros en coût de sinistre et de contentieux toujours persistant.

Le contentieux de la construction est un domaine où s'affrontent des intérêts opposés entre les assureurs qui doivent assurer le préfinancement des travaux, des constructeurs qui doivent réaliser et livrer des ouvrages exempts de vices et enfin les maîtres d'ouvrage qui sont en droit d'attendre des ouvrages parfaits et conformes aux normes en vigueur et exécutés conformément aux règles de l'art c'est-à-dire selon les règles de savoir-faire technique correspondant aux données actuellement acquises de la science et de la technique.¹⁴ D'où des conflits de plus en plus nombreux. Ainsi, lorsque le juge est saisi, le procès est caractérisé par une multitude de participants (techniciens, magistrats et avocats). L'avocat saisit le juge, le juge saisit l'expert, l'expert examine l'ouvrage ou les travaux en litige; L'avocat quant à lui, tente de traduire devant le juge le litige en termes juridiques. Le juge rendra une décision qui deviendra plus tard, la jurisprudence et qui sera peut être même une source de droit. Que faut-il entendre par le terme jurisprudence ? La jurisprudence est-elle source de droit ?

3 - **La jurisprudence source de droit, créatrice de règles juridiques ?**

a La définition de la jurisprudence

Le mot jurisprudence aujourd'hui, n'a plus que deux sens, selon qu'on prend le mot dans un sens large ou dans un sens restrictif.¹⁵

Au sens large, « *la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions rendues par les juridictions. C'est dans ce sens qu'on parle par exemple des « recueils de jurisprudence »*,

¹² JO 1^{er} juin 1997, p. 8712

¹³ JO 8 fév. 2001, p. 2151

¹⁴ Penneau (A), La notion de règle de l'art dans le domaine de la construction, RDI oct.-déc. 1988, p. 409

¹⁵ Bach (L), Jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 4-5-6 ; Jestaz (P), La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D. 1987, chron. III, p.11 ; Boulanger (J), Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTDC 1961, p. 417

*pour désigner les ouvrages dans lesquels sont reproduites les décisions des cours et des tribunaux ». Plus précisément, « ces décisions fixent la solution des problèmes de droit. C'est l'œuvre de révélation du droit positif accomplie par les juges ».*¹⁶

Dans un sens plus étroit, *« la jurisprudence désigne la façon dont telle ou telle difficulté est habituellement tranchée par ces mêmes juridictions. Dans ce sens, on dit par exemple que « la jurisprudence est fixée » sur tel ou tel point de droit, pour signifier que telle question de droit est habituellement résolue, à l'occasion des procès auxquels elle donne naissance, de telle manière. C'est dans ce sens qu'on parle aussi de « jurisprudence acquise », de « jurisprudence constante » ou de revirement de jurisprudence ».*

De façon plus claire, *« la jurisprudence désigne l'interprétation d'une règle de droit définie telle qu'elle est admise par les juges. Il s'agit donc de la règle de droit vivante envisagée dans son exacte portée telle qu'elle ressort de l'interprétation qu'en donnent les magistrats à mesure qu'ils tranchent les litiges ».*¹⁷

C'est dans ce sens étroit que sera basée notre étude.

Si on part de l'idée de Bach,¹⁸ il se trouve que le pouvoir créateur de la jurisprudence, (c'est-à-dire les circonstances susceptibles de présider à la formation de normes juridiques générales), se détecte à deux niveaux :

- Ces circonstances se trouvent déjà réunies en cas d'interprétation stricto sensu de la loi. C'est-à-dire la démarche (du juge), qui nécessite l'application d'un texte lorsque celui-ci est obscur ou ambigu. Lorsqu'un texte est clair et précis, la Cour de cassation affirme qu'il ne doit pas être interprété, mais qu'il doit être appliqué purement et simplement.¹⁹ Or interpréter la loi, c'est par *« différentes façons, en recourant à des précédents, à l'équité, aux textes préparatoires, à la doctrine, aux principes généraux de droit civil... »*.²⁰
- Ces circonstances se trouvent aussi en cas de *« comblement »* par le juge, des *« lacunes volontaires »* ou des *« lacunes involontaires »* de la loi.

¹⁶ Aubert (JL), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey 2006, p. 120

¹⁷ Aubert (JL), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey 2006, p.120

¹⁸ Bach, La jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 103

¹⁹ Bach, La jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 105

²⁰ Buffelan-Lanore (Y), Droit civil première année, Armand Colin 2005, p. 19 ; Bihr (P), Droit civil général, Mémentos Dalloz 2004, p.8

La lacune « volontaire »²¹ ou « *intra legem* » est une lacune voulue. « *Le législateur sait que la règle qu'il édicte est incomplète, mais il charge le juge... de la compléter* ». Quant à la lacune « involontaire »²² ou « *praeter legem* » « *ne serait pas voulue et consciente* ». Elle ne serait pas dans la loi mais « *en quelque sorte hors d'elle, en ce sens que la disposition ne régit pas du tout une certaine situation qui pourtant appelle une réglementation* ».

Si ces circonstances peuvent justifier le pouvoir créateur de la jurisprudence, cette question reste controversée.

b La controverse doctrinale sur le pouvoir créateur de la jurisprudence

Si le fait jurisprudentiel²³ semble reconnu aujourd'hui, c'est-à-dire « *la prise de conscience du rôle créateur de droit des juges...* » est « *autre chose* » que la simple application « *de la loi ou de la coutume* », « *les décisions judiciaires ne sont pas seulement la solution de cas particuliers, c'est-à-dire de litiges opposant deux justiciables, mais qu'il se dégage de l'ensemble qu'elles forment, pour un observateur attentif, des solutions que le législateur n'avait pas prévues, du moins expressément ou complètement* », la doctrine n'est pas unitaire sur cette question. En effet, deux thèses s'affrontent sur la reconnaissance d'un pouvoir créateur détenu par la jurisprudence.²⁴

Pour les partisans d'un pouvoir créateur de la jurisprudence, et notamment Portalis,²⁵ déclarait à l'occasion « *du discours préliminaire sur le projet de Code civil* » que: « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une... on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les « *cas rares et extraordinaires* », qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux

²¹ Bach, La jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 125

²² Bach, La jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 133

²³ Marty(G) et Raynaud (P), droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, 1992, n° 117, p. 211

²⁴ Mazeaud (H ,L ,J) et Chabas (F), introduction à l'étude du droit, tome 1, éd., Montchrestien 2000, p. 8

²⁵ Cité par Bach, la jurisprudence, Répertoire droit civil, n° 12 et Belaid (S), Essai sur le pouvoir normatif du juge, LGDJ 1974, p.32

qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger ».

De manière générale, les partisans en faveur du pouvoir créateur de la jurisprudence, tirent leurs arguments de la formule de l'article 4 du Code civil, selon lequel, le juge ne peut se cacher derrière l'absence de loi ou son obscurité pour ne pas juger, sous peine de déni de justice, qui, selon Géný,²⁶ lui « confère un pouvoir souverain d'interprétation, ce qui lui permet d'étendre ou de diminuer considérablement la portée du texte de la loi », en fonction des fondements découverts à l'occasion du litige ou d'une situation de fait.

Ainsi, Ledru-Rollin cité par Monsieur Bach,²⁷ énonçait que : « la jurisprudence comble les lacunes de la loi, elle fait mieux, elle sait aller *contra legem* », ou Planiol²⁸ qui disait que : « Les cours et les tribunaux reconstituent perpétuellement, en dehors des codes et des lois, un droit coutumier de nouvelle formation ».

Pour la plupart des auteurs²⁹, « les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine qui complète, enrichit, amende l'œuvre législative ». Le pouvoir d'interprétation souverain tiré de l'article 4 du Code civil, est donc le corollaire du pouvoir créateur du juge, notamment lorsqu'il détermine la portée d'une loi ou supplée aux lacunes que celle-ci peut présenter.

Pour les auteurs³⁰ défavorables au pouvoir créateur de la jurisprudence, ils estiment que le « pouvoir de statuer *generaliter*... est dénié au juge, qui ne peut, en fait de droit, créer que du droit d'espèce. C'est en ce sens et pour ce motif qu'il faut énergiquement affirmer que la jurisprudence ne saurait aucunement être envisagée en France comme une source générale de droit positif... ». « La jurisprudence n'est pas une véritable source de droit civil, comparable à la loi ou même à la coutume ». Leurs arguments sont issus de plusieurs sources résumées dans l'ouvrage de Monsieur Belaid.³¹ Il distingue d'une part, des

²⁶ Méthode d'interprétation, I, réédition 1995, p. 77

²⁷ Jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 13

²⁸ Traité élémentaire de droit civil, tome 1, 1922, p. 6

²⁹ Rieg (A), Rapport français, l'interprétation par le juge des règles écrites, journées Louisianaises, Travaux de l'association Capitant, tome XXIX, 1978, p. 71s ; Ghestin (J) et Goubeaux (G), Traité de droit civil, introduction générale, sous la dir. de J.Ghestin, LGDJ 1994, p. 344s Mazeaud (H et L), Chabas (F), Introduction à l'étude du droit, tome 1, éd. Monntchrestien, 1996 p. 10 ; Bihr (P), droit civil général, mémentos Dalloz, 2004, p. 8 ; Buffelan-Lanore (Y), droit civil première année éd. Armand colin 2005, p. 19 ; Aubert (JL), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, éd. Sirey 2006, p. 120

³⁰ Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. 1, Sirey 1920, p. 744-745 ; Ripert (G), Les forces créatrices du droit, LGDJ 1955, n° 160 cités par Bach, jurisprudence, Répertoire civile Dalloz, n° 46

³¹ Essai sur le pouvoir normatif du juge, LGDJ 1974, p. 12s

arguments d'ordre théorique et constitutionnel et d'autre part, des arguments d'ordre législatif.

Pour les arguments d'ordre théorique et constitutionnel, les auteurs s'inspirent de *l'esprit des lois de Montesquieu*. A partir de certains passages on peut lire que « *les juges de la Nation ne sont comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* ». Pour en déduire que « *la puissance de juger ne serait pas une force active* » et « *ne constitue pas une force politique, comme la puissance législative et la puissance exécutive* ».

Les auteurs s'inspirent aussi, des textes révolutionnaires, qui ont réservé à la puissance législative la compétence d'édicter la loi.³² Ils en déduisent que « *l'autorité juridictionnelle était placée dans une position de subordination et d'infériorité absolue vis-à-vis du législateur, étant tenue d'appliquer sans résistance possible, tous les décrets de celui-ci, même contraire à la constitution* ».

Pour les arguments d'ordre législatif, les auteurs³³ les trouvent dans les articles 5 et 1351 du Code civil, qu'ils considèrent comme la limitation de la portée de la compétence du juge et de sa décision au cas d'espèce qu'il est appelé à régler.

Par l'article 5 du Code civil, les auteurs expliquent que la compétence du juge ne peut s'analyser comme un moyen de création du droit, puisque cet article prohibe les arrêts de règlements.³⁴

Par l'article 1351 du Code civil, qui pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée, les auteurs en déduisent qu'un jugement ou un arrêt rendu à la suite d'un procès ne lie que les personnes parties à ce procès, par conséquent, « *le droit dit par le juge ne vaut que comme droit d'espèce* ».³⁵

Malgré cette thèse qui dénie tout pouvoir créateur à la jurisprudence, ce pouvoir est incontesté aujourd'hui. « *Le juge a donc interprété et complété la loi à de nombreuses*

³² Loi de 16-24 Août 1790 titre III art. 10 et 12, et la constitution du 3 sept. 1791 titre III chap. V art. 3 ; art. 5 et 6 de la Déclaration des Droits de 1789

³³ Bach, Jurisprudence, Répertoire civil Dalloz, n° 42 ; Belaid (S), Essai sur le pouvoir normatif du juge, LGDJ 1974, p. 15

³⁴ « C'est-à-dire des arrêts par lesquels une juridiction disposerait que toutes les difficultés semblables à celles qu'elle viendrait de résoudre à l'occasion d'un procès déterminé, seraient dorénavant résolues de la même manière », Bach, Répertoire civil Dalloz précité, n° 42

³⁵ Carré de Malberg (R), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920, p. 745

reprises » et dans différentes branches du droit,³⁶ « parfois avec le souci de provoquer l'intervention du législateur, lorsque les textes en vigueur apparaissent inadaptés, il ne peut plus guère dans ces conditions, être considéré que la bouche d'une loi dont le texte n'a pas varié ».³⁷

Le domaine de la responsabilité et celui de l'assurance des constructeurs, n'échappent pas à cette évolution.

La loi Spinetta, qui régit le domaine de la responsabilité et celui de l'assurance construction, recèle quelques faiblesses. Rappelons cependant que la philosophie de la loi, est d'apporter une protection efficace au maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, par une réparation rapide et intégrale, à travers le mécanisme de préfinancement des dommages. Autrement dit, au moyen de l'assurance. Conformément aux dispositions du Code civil, « le maître de l'ouvrage est la personne généralement propriétaire, pour le compte de laquelle une construction ou des ouvrages immobiliers sont effectués sur la base d'un marché d'entreprise »³⁸. Cela étant, le législateur ne distingue pas le maître d'ouvrage professionnel du maître d'ouvrage non professionnel.³⁹ Pourtant leur poids financier n'est pas comparable. C'est la première faiblesse de cette loi. Le maître de l'ouvrage non professionnel peut être défini comme toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Autrement dit, il n'a ni la compétence technique et juridique, ni la puissance économique qui lui permettraient de négocier les termes de son contrat.

D'autres faiblesses relèvent cependant des lacunes et omissions du législateur dans la définition de certaines notions, pourtant déterminantes, dans la mise en œuvre de la loi.

S'agissant des responsabilités, les articles 1792 et 1792-2 du Code civil édictent une responsabilité de plein droit des constructeurs, le premier à propos des dommages, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Le second à propos des dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un

³⁶ Exemple, dans le domaine de la responsabilité civile avec la théorie du vice apparent, de l'enrichissement sans cause...

³⁷ Boulloche (FR), La Cour de cassation et la responsabilité contractuelle des constructeurs, Mélanges en l'honneur de J. Boré, D. 2007, p. 39

³⁸ Liet-veaux (G.) et Thuillier (A.), Droit de la construction, 10^e éd., Litec 1991, p.368 ; Selon la norme AFNOR P 03- 001, le maître de l'ouvrage est « la personne physique ou morale, désignée par ce terme dans les documents du marché et pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés »

³⁹ Bigot (J), L'adéquation de l'assurance aux risques », Extrait des actes du colloque 20ans de loi Spinetta, organisé par l'union des experts judiciaires des Alpes-Maritimes et du Sud-est, 27 nov. 1998, p. 68

bâtiment, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Les éléments d'équipement dissociables du bâtiment au sens de l'article 1792-3 du même Code, (par opposition à ceux de l'article 1792-2 du Code civil), relevant normalement de la garantie biennale de bon fonctionnement sont, quant à eux, soumis à la garantie décennale par l'effet de l'article 1792 du Code civil, s'ils ont pour conséquence de rendre l'ouvrage, dans son ensemble, impropre à sa destination.

S'agissant de l'assurance obligatoire, l'article L 241-1 du Code des assurances impose une couverture d'assurance à toute personne dont la responsabilité peut être engagée « *sur le fondement de la présomption de responsabilité établie par les articles 1792 et suivant du Code civil, à propos de travaux de bâtiment* ». L'article L 242-1 dudit Code, impose quant à lui, une obligation d'assurance dont l'objet est de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilité, les dommages ..., à la charge de toute personne physique ou morale qui agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de bâtiment. La loi ne définit pas les notions d'ouvrage, d'élément d'équipement ou de bâtiment. Elles seront objet d'interprétation par la jurisprudence.

Il résulte de la lecture des travaux préparatoires⁴⁰ relative à la loi du 4 janvier 1978, que le législateur laissait au pouvoir exécutif le soin de définir par décret, les notions précitées, c'est-à-dire l'ouvrage, les éléments d'équipement et les bâtiments.

Il se trouve, qu'effectivement, le pouvoir exécutif à travers l'article A 241-2 du Code des assurances dans sa rédaction issu de l'arrêté du 17 novembre 1978 a défini les notions d'ouvrage, d'éléments d'équipement et de bâtiment. Mais cet article a été annulé par le Conseil d'Etat⁴¹ pour excès de pouvoir.

Face à cette carence, il appartenait à la jurisprudence d'apporter des précisions au sens de ces notions. Cependant, il faut préciser qu'en raison du lien existant entre la présomption de responsabilité et l'assurance obligatoire, le domaine d'application de la responsabilité décennale et celui de l'assurance obligatoire ne se recoupent pas totalement. Le premier plus vaste, inclut la construction de tout « *ouvrage* », que celui-ci soit un bâtiment ou non. Le

⁴⁰ JO sénat, séance du 3 nov. 1977, p.2539-2559 ; JO AN, séance du 19 déc 1977, p.8967-8992

⁴¹ 30 déc. 1979, section construction, 2è t 66è sections réunies, RGAT 1979, p. 483

second, c'est-à-dire le domaine de l'assurance obligatoire est limité pour sa part aux « *travaux de bâtiment* ».

D'autres notions comme le dommage, l'impropriété à destination, la réception ou la réparation seront également sujet à interprétation.

Notre objectif dans cette étude n'est pas simplement d'analyser la loi Spinetta, mais de mettre en avant l'action du juge, à travers sa jurisprudence, notamment son œuvre créatrice, eu égard à son interprétation de cette loi, et de mesurer les effets de cette action sur le système d'assurance tout entier.

Autrement dit, comment se manifeste la jurisprudence pour trancher entre les intérêts opposés des constructeurs, des assureurs et des maîtres d'ouvrage ? Comment sont conciliées les règles de la responsabilité des constructeurs et celles de l'assurance construction en sachant que leur domaine d'application respectif ne se recoupe pas totalement. Comment est matérialisée la protection des maîtres d'ouvrage ? et enfin comment sont palliées les imperfections de la loi ?

Nous organiserons nos développements autour de la garantie décennale qui a pris le pas, non seulement sur la garantie de parfait achèvement et la garantie de bon fonctionnement qui ne sont pas obligatoires, que nous invoquerons accessoirement quand cela est nécessaire, mais aussi sur la responsabilité contractuelle de droit commun, applicable pour les dommages survenus avant la réception, ou après, mais ne réunissant pas les critères de gravité de l'article 1792 du Code civil (atteinte à la solidité et impropriété à destination). Nous n'envisagerons pas non plus, la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, même s'il est vrai que les locataires d'ouvrages peuvent causer des dommages à bien d'autres personnes que le maître de l'ouvrage. En effet, il n'existe pas, en matière délictuelle de textes comparables aux articles 1792 et 2270 du Code civil, qui aménageraient en fonction des particularités de la matière, cette responsabilité des réalisateurs d'ouvrage à l'égard des tiers.⁴² Le seul texte qui s'y rapporte, est l'article 1386 du Code civil, qui vise le dommage causé par la ruine d'un bâtiment, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction, encore que ce texte vise le propriétaire de l'immeuble et non les constructeurs. Pour cette question, nous renvoyons donc aux ouvrages généraux qui traitent de la responsabilité civile.⁴³

⁴² Saint Alary (R), Droit de la construction, PUF 1977, p. 616

⁴³ Viney (G) et Jourdain (P), traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, sous la dir. J Ghestin LGDJ 2006; Soinne (B), La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, LGDJ 1969

Pour ce qui concerne l'assurance obligatoire, seule également la jurisprudence civile retiendra notre attention. Bien que l'obligation d'assurance soit assortie d'une sanction pénale⁴⁴ en cas de non souscription, le contentieux reste très marginal car les parties ont intérêt à ce que les assurances soient souscrites. Les notaires et les architectes y veillent sérieusement. En outre, s'il est vrai que les textes à connotation pénale qui se trouvent dans le Code de la consommation, s'appliquent au contrat de louage d'ouvrage, le contentieux est également marginal. Ces règles sont orientées vers la protection du patrimoine financier de celui qui achète une maison clé en main ou s'inscrit dans un programme de construction immobilière, autrement dit le consommateur de l'immobilier,⁴⁵ notamment si l'ouvrage est considéré comme un bien de consommation.⁴⁶ Sa préoccupation et ses attentes ne sont pas les mêmes que pour le maître de l'ouvrage, que le législateur protège contre les pièges de la mauvaise exécution du contrat.⁴⁷

Comme nous l'avons explicité plus haut, l'interprétation des textes, mais encore la carence des textes offre à la jurisprudence la possibilité de faire œuvre créatrice. Il s'agira parfois de véritables innovations, mais parfois il s'agira de l'adaptation des règles de droit commun de l'assurance ou des principes généraux du Code civil, à celui de l'assurance construction. La question de la place du droit commun au sein du droit de l'assurance construction a fait débat. Pour certains, dont Monsieur Lesage,⁴⁸ « *La loi du 4 janvier 1978, dans ses dispositions relatives à l'assurance, a pour seul objectif d'organiser au profit des maîtres de l'ouvrage et propriétaires successifs, des garanties d'assurance les plus complètes et efficaces possibles* ». En conséquence, « *ce système qui crée le particularisme des règles applicables à la matière devrait avoir pour effet d'exclure totalement le droit civil de son champ d'application dans la mesure où ce droit n'a pas pour ambition, contrairement au droit de l'assurance construction, de tenir compte de la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent assureurs et assurés ou tiers bénéficiaires des garanties d'assurance* ». Il ajoute

⁴⁴ Art. L 243-3 Code des assurances

⁴⁵ Il s'agit notamment des dispositions du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile (Art. L 272-2), à la publicité mensongère (L 121-1) et à l'abus de faiblesse (L 122-8).

⁴⁶ Colloque, le risque pénal dans la construction, RDI, nov. - déc. 2001, p. 415s ; BIHR (P), droit pénal de la construction, thèse Nancy 1969, 289p. ; MASSON (A), La dimension pénale des opérations de construction immobilière, thèse Nice-sophia- Antipolis 2002, 437P ; Bigot (J), L'assurance des risques de construction, Travaux de l'association Capitant, Litec, t. XLII 1991, p. 343-474

⁴⁷ Malinvaud (P), Rapport de synthèse aux journées égyptiennes, la responsabilité des constructeurs, Travaux de l'association Capitant, Litec, t XLII 1991, p. 1-22

⁴⁸ Confrontation droit commun- droit spécial au moment de la révision des règles de l'assurance construction, Gaz. Pal. 17 fév. 1998, doct. p. 207 ; L'articulation des clauses types et du droit commun, Assur. Françaises mai 1995, p. 57s

« qu'il en est de même pour les règles du droit commun de l'assurance mais à un degré moindre ».

Pour d'autres en revanche, dont Monsieur Bigot,⁴⁹ pour lequel nous partageons la position, cette question n'a pas lieu d'être. D'une part, en vertu du principe de la hiérarchie des normes juridiques, « *les lois spéciales ne sont censées déroger aux lois générales qu'à la condition que leurs dispositions expresses soient inconciliables avec celles de la loi générales. En d'autre termes, en cas de silence ou de lacune de la loi spéciale, il ne peut y être supplée que par appel au droit commun* ». D'autre part, il suffit de lire les dispositions de l'article L 243-7 du Code des assurances qui énumèrent de façon limitative les dispositions du droit commun des assurances inapplicables à l'assurance construction. Elles énoncent que : « *les dispositions de l'article L 113-16 et du deuxième alinéa de l'article L 121-10 du présent Code ne sont pas applicable aux assurances obligatoires prévues par le présent titre* ». Ce qui veut dire qu'à contrario, les autres dispositions du Code des assurances sont applicables.

Après cette mise au point, il en découle que la jurisprudence concilie la loi de 1978 avec les principes généraux de droit civil et le droit commun de l'assurance (livre I). Ainsi, à travers une application jurisprudentielle dynamique du dispositif Spinetta favorable au maître de l'ouvrage (première partie), le juge va innover pour définir le domaine de la présomption de responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire. Seulement, cette application dynamique, si elle contribue effectivement à la protection de l'utilisateur, ne va pas, sans laisser des traces sur le système d'assurance tout entier et a pour conséquence de le déséquilibrer. C'est la raison pour laquelle, nous consacrerons le second point de notre étude à une application jurisprudentielle facteur de déséquilibre du système d'assurance construction (deuxième partie).

Au cours de notre étude, il nous arrivera de faire référence soit à la première chambre civile (compétente autrefois en matière d'assurance), soit à la troisième chambre civile (compétente en matière de responsabilité), même si dorénavant, cette dernière est compétente pour l'ensemble du contentieux de l'assurance construction depuis mai 2003.

⁴⁹ A propos de l'assurance construction : droit commun ou droit spécial ? un problème mal posé, Gaz. Pal. 4 juin 1998, doct. p. 699

PREMIERE PARTIE

***UNE APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DYNAMIQUE DU DISPOSITIF
SPINETTA FAVORABLE A LA PROTECTION DU MAITRE DE L'OUVRAGE***

Dans la loi 78-12 du 4 janvier 1978 dite loi Spinetta,⁵⁰ le législateur institue d'une part, une présomption de responsabilité pour tout constructeur d'un ouvrage à raison des dommages causés à cet ouvrage. Cette présomption est prévue par les dispositions des articles 1792 et suivants du Code civil. Elle vise à protéger les maîtres d'ouvrage contre les aléas et les lenteurs judiciaires pour la recherche des responsabilités⁵¹. Planiol, Ripert et Boulanges justifiaient la présomption par le fait que « *la seule existence du vice est une preuve qu'il y a une faute* »⁵². D'autre part, le législateur institue un système d'assurance à double détente. Cette double assurance oblige d'une part, tout constructeur d'un ouvrage de couvrir sa responsabilité professionnelle s'il effectue des travaux de bâtiment, et d'autre part, oblige tout maître d'ouvrage à souscrire une assurance dommages ouvrage, lorsqu'il fait effectuer des travaux de bâtiment.

Ainsi, par le biais de cette loi, le législateur régit à la fois la responsabilité des constructeurs et l'assurance construction obligatoire. Cette loi votée dans un contexte de consumérisme grandissant, avait pour but de garantir une meilleure protection aux maîtres d'ouvrage et notamment à celui qui accède au bâtiment pour se loger.⁵³ Le législateur va se démarquer du rapport Spinetta qui cantonnait cette protection qu'aux logements. Il ne distingue pas entre le maître d'ouvrage simple consommateur et le maître d'ouvrage professionnel. La loi va donc s'appliquer non seulement à tous les maîtres d'ouvrages, mais aussi à divers types d'ouvrage et de travaux de bâtiment.

En effet, les garanties légales instituées par la loi de 1978, ne peuvent être mises en œuvre que si la réception est prononcée et si les désordres présentent certaines caractéristiques tenant à leur siège ou à leur gravité sont réunies.

Par une jurisprudence extensive favorable aux intérêts du maître de l'ouvrage (Titre I), le juge va peu à peu repousser la frontière entre les ouvrages qui relèvent de la garantie décennale et ceux qui n'en relèvent pas a priori.

⁵⁰ J O 5 janv. 1978, p. 189

⁵¹ Liet-veaux (G) et Thuillier (A), Droit de la construction, Litec 1991, p. 867

⁵² Traité élémentaire de droit civil, LGDJ 1958, t. III, n° 2082

⁵³ Lambert-Faivre (Y), Droit des assurances, 12^e éd. D. 2005, p. 4

Cette application extensive, n'est pas sans effet sur l'assurance obligatoire, dont la mise en œuvre dépend de la présomption de responsabilité des articles 1792 et suivant du Code civil. L'extension du domaine de la présomption de responsabilité, déteint forcément sur celui de l'assurance, l'élargissant par conséquent, ce qui n'était pas le vœu du législateur qui souhaitait le cantonner « *aux travaux de bâtiment* ». Pour limiter l'application extensive, la jurisprudence va adopter quelques décisions favorables à l'assureur (Titre II).

TITRE I

UNE APPLICATION EXTENSIVE FAVORABLE AU MAITRE DE L'OUVRAGE

L'action extensive du juge se manifeste dans deux domaines, à savoir : la détermination du champ d'application de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire (Chapitre I), et la détermination de la période de garantie (Chapitre II).

CHAPITRE I L'EXTENSION JURISPRUDENTIELLE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS ET CELUI DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

L'article 1792 du Code civil fait peser sur tout constructeur d'un ouvrage une responsabilité de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage à raison des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de cet « *ouvrage* » ou qui, l'affectant dans l'un de ces éléments constitutifs ou l'un de ses « *éléments d'équipement* », le rendent impropre à sa destination.

Par ailleurs, le Code civil étend la responsabilité du constructeur aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un bâtiment, à condition que ces éléments fassent corps avec l'ouvrage lui-même. Le législateur vise à la fois l'ouvrage et les éléments d'équipement du bâtiment pour déterminer l'objet de la responsabilité des constructeurs.

Le Code des assurances quant à lui, utilise la notion de travaux de bâtiment pour définir le domaine de l'assurance obligatoire. Il oblige donc tout maître d'un ouvrage à souscrire une assurance de dommages ouvrage dès lors qu'il fait effectuer des travaux de bâtiment, et pareillement, tout constructeur de couvrir sa responsabilité professionnelle par une assurance, s'il effectue « *des travaux de bâtiment* ».

Le législateur fait dépendre la mise en œuvre de l'assurance obligatoire qui repose sur la notion de travaux de bâtiment plus restrictive, de la présomption de responsabilité établie par l'article 1792 qui, elle, repose sur la notion plus large de l'ouvrage. Si le législateur semble distinguer le domaine de la responsabilité et celui de l'assurance, cette volonté ne s'est pas traduite de manière totale, dans les travaux préparatoires de la loi, ni dans les rapports présentés aussi bien au sénat qu'à l'assemblée nationale,⁵⁴ ni dans le contenu du projet de loi. La seule indication qu'on peut trouver, c'est une discussion à propos de l'amendement n° 98⁵⁵ pour lequel Monsieur Mesmin souhaitait qu'on supprime de l'article L 241-1 alinéa 1, les termes « *à propos des travaux de bâtiment* ». Il souhaitait que soient inclus, dans le champ d'application de l'assurance, les travaux de génie civil, industriel ou agricole. La réponse de monsieur Foyer, président de la commission des lois, fut de dire que :

⁵⁴ JO AN débats, 1^{ère} séance 19 déc. 1977, p. 8967 ; JO Sénat débats, 3 nov. 1977, p. 2539

⁵⁵ JO AN débats, 2^e séance 19 déc. 1977, p. 8997

« Sur le fond des choses, il n'a jamais été dans la philosophie de ce texte de faire coïncider l'obligation d'assurance avec la responsabilité de l'article 1792 du Code civil. L'objectif du texte est d'accorder une garantie maximale à une catégorie de personne qui traite avec un constructeur au sens large, c'est-à-dire à tous ceux qui font construire un logement. Lorsqu'il s'agit de la construction d'un bâtiment industriel ou à usage économique, de génie civil, la construction n'a plus le même caractère social... » La détermination des contours de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire devient cruciale. Elle pose le problème de l'une des questions fondamentales du droit de la construction.

La jurisprudence ne respectera pas cette distinction. Au contraire, elle étendra considérablement les deux domaines au point de les confondre en pratique.

Mais comme cette distinction entre les deux domaines était voulue par le législateur, nous la respecterons et examinerons en toute logique d'une part, le domaine de la responsabilité des constructeurs (Section 1) et d'autre part, le domaine de l'assurance obligatoire (Section 2).

SECTION 1 DE LA NOTION « D'OUVRAGE » A CELLE DE « TRAVAUX DE CONSTRUCTION », ELEMENT DETERMINANT DU DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS

L'ouvrage est susceptible de deux approches différentes. En se référant au dictionnaire⁵⁶, l'ouvrage apparaît comme « *un ensemble d'actions coordonnées par lesquelles on met quelque chose en œuvre, on effectue un travail* ». L'ouvrage dans cette hypothèse s'apparente alors à « un travail, ou une entreprise ».

En cela, on peut dire que le contrat de louage d'ouvrage s'inscrit dans cette définition, en ce que l'ouvrier ou l'artisan travaille pour le donneur d'ordre.

Dans un second sens, l'ouvrage s'apparente à une construction. C'est-à-dire, « *le terme générique englobant non seulement les bâtiments mais tous les édifices et plus généralement toute espèce de construction, tout élément concourant à la construction d'un édifice par opposition aux éléments d'équipement* ». ⁵⁷ Pour le comité pour l'application de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (COPAL),⁵⁸ la présomption de responsabilité s'applique à toute construction d'un ouvrage, qu'il s'agisse d'un bâtiment ou de toute autre construction édifiée par la main de l'homme. Cette notion de construction fait appel à des ouvrages très variés. Il peut s'agir d'un ensemble tel qu'il se poursuit avec tous ses éléments, ouvrage de génie civil ou alors d'un ouvrage au sens du bâtiment.

On remarquera alors que cette double approche de l'ouvrage dans le langage courant se reflète également dans le langage juridique⁵⁹. Puisque pour définir l'objet de la responsabilité des constructeurs, le législateur utilise la notion d'ouvrage et celle de bâtiment qui fait corps avec l'ouvrage. La notion de bâtiment dans ce cadre semble donc limiter la garantie aux ouvrages constituant des constructions bâties c'est à dire immobilières.

Cette double approche nous invite à analyser d'une part, les critères de l'ouvrage dans son sens global (§1) et d'autre part, dans son sens le plus étroit en tant qu'élément d'équipement du bâtiment (§2) et enfin, nous analyserons la clarification du champ d'application de la responsabilité des constructeurs par l'ordonnance du 8 juin 2005 (§ 3).

⁵⁶ Le petit Robert

⁵⁷ Vocabulaire Capitant, cité par M. Malinvaud dans son ouvrage Responsabilités des constructeurs, Dalloz Action Construction 1998, p. 1129

⁵⁸ Créée en 1982 à la suite de la loi du 28 juin 1982 à propos de la précarité dans le temps de l'assurance décennale, non maîtrisée en 1978 et présidée par A. Spinetta, avis de 1986, Mon. TP, 21 fév. 1986, p. 46

⁵⁹ Saint Alary Houin, la notion d'ouvrage de bâtiment, extrait du colloque 20 ans de loi Spinetta, de l'union des experts judiciaires des Alpes-Maritimes et du Sud-Est 27 nov. 1998, p. 42

§ 1 Les critères de l'ouvrage dans son sens global

L'ouvrage est certes l'élément permettant de définir l'objet de la responsabilité des constructeurs, seulement le législateur ne l'a pas défini. Il a seulement pris soin de dissocier les parties d'ouvrage, éléments constitutifs et éléments d'équipement, pour les soumettre à la présomption de responsabilité en fonction de leur gravité c'est-à-dire, l'atteinte à la solidité ou l'impropriété à destination du dommage l'affectant. Si on se réfère à l'ouvrage de manière générale ou globale, il convient de l'analyser dans un premier temps, en tant que toute construction (A), par opposition à la notion d'édifice pour laquelle tous les ouvrages ne sont pas des édifices. et dans un second temps, de voir que cet ouvrage s'entend aussi au sens d'une construction immobilière (B).

A - L'ouvrage en tant que toute construction

Par référence à la volonté du législateur, l'ouvrage tel qu'il figure dans l'article 1792 du Code civil est envisagé comme une construction. Car si on vise l'article 1791 du Code civil, on se rend vite compte que l'ouvrage dont il est question, correspond à un travail ou à un contrat d'entreprise, puisque cet article parle « *d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure* ». ⁶⁰

En outre, l'ancien article 1792 du Code civil faisait référence à « *l'édifice qui périt, en tout ou partie par le vice de la construction* ». En substituant l'ouvrage à l'édifice, on peut penser que le législateur de 1978 avait une vision plus large car même si les deux notions restent voisines, elles se réfèrent l'une et l'autre à une « *globalité... l'ensemble de la construction avec tous ses éléments constitutifs et d'équipement* ». ⁶¹

Mais techniquement, l'édifice est une notion beaucoup plus étroite que celle d'ouvrage. Tous les ouvrages en effet ne sont pas des édifices, tels les terrains de tennis, les voies et réseaux divers, les golfs et les travaux de génie civil; Sous l'empire de la loi de 1967, ces derniers ne relevaient pas, comme tels, de la garantie décennale, même si la

⁶⁰ Art. 1791 Code civil ; Code commenté Argus 1999, p. 111 ; Communication du COPAL, RDI 1984, p. 273; RDI 1989, p. 373

⁶¹ Malinvaud (Ph) et Jetstaz (Ph), Droit de la promotion immobilière, D. 1996 n° 104 ; .Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs, (Droit privé), Dalloz Action Construction 1998, n° 7203 s. ; Caston (A), la responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 290

jurisprudence s'est montrée extensive en appliquant celle-ci à des serres⁶² ou à des constructions légères.⁶³

En revanche, sous l'empire de la loi Spinetta, tous ces ouvrages constituent des constructions au sens de la loi et celle-ci s'appliquera à des constructions extrêmement variées : véranda,⁶⁴ cheminée,⁶⁵ chauffage central,⁶⁶ monument funéraire,⁶⁷ dalle de béton, travaux confortatifs de génie civil ou plus récemment une aire de stationnement industrielle.⁶⁸ On précisera toutefois que cette loi Spinetta s'appliquera également à toute personne qui participe même partiellement, à la construction d'un tel ouvrage.

Pour tous ces ouvrages, le juge exige qu'il s'agisse de **véritables constructions** et emploie fréquemment la notion de « **travaux de construction** ». De ce fait, une simple rénovation d'un habitat existant ne sera pas considéré comme un ouvrage.

En principe, les travaux de rénovation sont des travaux réalisés sur les existants, ces travaux sont dits de réparations, voire d'entretien.

Lors de l'élaboration de la loi Spinetta, on lui avait reproché de ne viser que des travaux neufs ; Une proposition d'amendement avait suggéré de compléter la loi en énonçant :

*« Est assimilée à la réalisation d'ouvrage... l'exécution sur les constructions existantes des travaux ayant pour effet d'en changer la destination, de modifier leur volume ou de créer des niveaux supplémentaires ou des travaux comportant une reprise de gros œuvre ».*⁶⁹

Cet amendement qui paraissait trop restrictif avait été rejeté. Il appartenait donc au juge de déterminer à partir de quel moment des travaux sur des ouvrages existants pouvaient être considérés comme relevant de la garantie décennale.

⁶² Cass. 3^e civ., 21 mars 1979, RDI 1979, p. 344, obs. Malinvaud et Boubli

⁶³ Cass. 3^e civ., 8 déc. 1981, RDI 1982, p. 517, obs. Malinvaud et Boubli

⁶⁴ Cass. 3^e civ., 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 179, p. 98

⁶⁵ Cass. 3^e civ., 25 fév. 1998, Bull. civ. III, n° 46, p. 31

⁶⁶ Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 298, p. 184

⁶⁷ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, n° 02-17.388, juris-data n°2003-02-15.09 ; Resp. civ. et assur. mars 2004, p. 19

⁶⁸ Cass. 3^e civ., 9 juin 2004, JCP 2004, éd. G. IV, n° 2631

⁶⁹ JO AN 1^{ère} séance, 19 déc. 1977, p. 8977

Pour que des travaux de rénovation rentrent dans le champ d'application de la garantie décennale, même s'ils ont trait à un « *bâtiment* », le juge se fonde sur **l'ampleur des travaux**. C'est le cas pour une « *reconstruction intérieure* » dont l'importance des travaux justifie la qualification d'ouvrage.⁷⁰ En effet, l'emploi du critère de l'ampleur des travaux par le juge se justifie par une succession de circonstances telles que l'impossibilité de dissocier les existants des travaux neufs, l'erreur de diagnostic et des travaux non-conformes aux règles de l'art.

La Cour de cassation se réfère aussi à **l'apport de matériaux nouveaux**. Elle l'a ainsi admis pour la reprise complète d'une toiture vétuste,⁷¹ ou encore une rénovation avec surélévation du bâtiment pour lequel l'apport de matériaux nouveaux en remplacement des anciens et la confection d'un nouvel appareillage, justifiait l'application de la garantie décennale.⁷²

Elle a également admis que **des travaux de ravalement assurant une étanchéité** soient assimilés à des travaux de construction⁷³. On rappellera toutefois que les travaux de ravalement sont des travaux d'entretien dont le but est de reconstituer ou de maintenir l'ouvrage à l'identique. Ils sont en principe exclus de la garantie décennale sauf lorsqu'ils assurent l'étanchéité. De ce fait, des travaux qui consistent en un simple nettoyage de la façade avec une réfection de peinture ne sont pas considérés comme des ouvrages.⁷⁴

L'ouvrage en tant que toute construction ou « *travaux de construction* » est très varié, on s'aperçoit que le juge fait une appréciation *in concreto* c'est-à-dire selon les circonstances de l'espèce. En revanche, l'ouvrage en tant que construction immobilière s'appuie sur des critères précis .

⁷⁰ Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, D. 1994, IR. 114 ; D. 1995, p. 279, obs. Raffi , Bull. civ. III, n° 70; Cass. 3^e civ., 31 oct. 2001, n° 99-20.046, RDI 2002, p. 363, note G.Leguay

⁷¹ Cass. 3^e civ., 31 oct. 2001, précité

⁷² Cass. 3^e civ., 9 nov. 1994, Bull. civ. III, n° 184

⁷³ Cass. 3^e civ., 3 mai 1990, RGAT 1990, p. 862, obs. J. Bigot ; 5 janv. 1994, RGAT 1994, p. 575, obs. J. P. Karila

⁷⁴ Cass. 3^e civ., 4 avril 2002, RDI 2002, p. 234

B - L'ouvrage en tant que construction immobilière

L'ouvrage en tant que construction immobilière relève forcément de la responsabilité des constructeurs. Encore faut-il que cet ouvrage réunisse les critères d' **incorporation dans le sol ou sous-sol** et d'**ampleur**.⁷⁵

L'article 516 du Code civil énonce que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Plus loin dans l'article 517 du même Code, il est dit que « *les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou pour l'objet auquel ils s'appliquent* ». Le Code ne donne pas plus de définition que ça. Mais de façon traditionnelle, le caractère immobilier des constructions ne résulte pas de leur nature propre, mais de leur incorporation au sol, c'est-à-dire à la matière comprise dans l'emprise de l'immeuble. Mais il est aussi possible que sans être incorporé, ni même fixé au sol, qu'un ouvrage simplement posé sur le sol, ou sur un ouvrage lui-même incorporé au sol, puisse être immobilier, s'il n'a pas vocation à la mobilité.⁷⁶

De ce fait, la garantie décennale ne sera pas applicable à des constructions qui ne sont pas incorporées au sol. Ce qui sous entend que la référence à une construction, reflète une double résonnance, à savoir la fixité de la construction et son ampleur.

S'agissant de l'exigence de la fixité au sol, elle suppose donc un ancrage, une incorporation dans le sol. En d'autres termes, le rattachement physique des travaux, à ce qui existe déjà, est déterminant dans la qualification desdits travaux en tant qu'ouvrage. C'est la raison pour laquelle, la garantie décennale ne s'applique pas par exemple pour un mobil home⁷⁷ ou encore des péniches.⁷⁸

A ce titre, la Commission des Communautés Européennes a d'ailleurs rappelé qu'un ouvrage est : « *tout ce qui est construit ou résulte d'opération de construction et qui est fixé au sol* ». ⁷⁹

⁷⁵ Saint Alary Houin, La notion d'ouvrage extrait du colloque 20 ans de loi Spinetta précité, p. 45 ; Karila (J.P.), les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrage immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparation d'ouvrages existants, Constr. et urb. Fév. 2006, p. 7; Lesage (F.), existe-t-il des limites à la responsabilité décennale ? Rev. Administrer, mai 2003, p.13-24

⁷⁶ Leguay (G) et Dubois (P), Assurance construction, Dalloz action construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz 1998, p. 31

⁷⁷ Cass. 3^e civ., 28 avril 1993, JCP 1993, 22103, obs. H. Périnet-Marquet

⁷⁸ TGI Nanterre 21 juin 1986, RDI 1996, p. 575, note Ph. Malinvaud

⁷⁹ Communication de la commission concernant les documents interprétatifs de la directive 89/106/ CEE du conseil, JOCE n° C 62 28 fév. 1994, § 1.31

Lorsqu'on parle d'ouvrage en tant que construction immobilière, il est tout à fait logique que l'existence de fondations et des travaux d'implantation au sol soient exigés. Néanmoins, la même exigence sera faite pour des ouvrages qui ne correspondent pas à proprement parlé à un ouvrage au sens de construction immobilière. C'est le cas par exemple pour une chaudière, qui dès lors qu'elle était enterrée, relève de la garantie décennale,⁸⁰ ou encore une cheminée, une véranda, ou un silo.⁸¹

Outre la fixité au sol sur ce qui existe déjà, le juge exige également que les travaux exécutés requièrent une certaine ampleur.

S'agissant de l'exigence d'une certaine ampleur des travaux, la justification de la qualification d'ouvrage, déterminant à l'application de la garantie décennale, exclut du champ d'application de la responsabilité des constructeurs, les constructions ou ouvrages de faible ampleur. Il a été jugé par exemple que l'installation d'un insert dans une cheminée n'était pas un ouvrage, dans la mesure où il s'agissait d'un simple aménagement d'une installation préexistante sans reprise de maçonnerie.⁸² Il en est de même pour des abris de jardins, la pose d'un chauffe-eau ou d'un ballon d'eau chaude. En revanche, en s'appuyant sur l'importance des travaux, il a été jugé que : les travaux de réhabilitation d'un immeuble comportant notamment le ravalement des façades, le remplacement des parties pourries, l'assainissement des endroits humides, le piquetage et le rebouché des fissurations, la pose d'une dalle, la réfection des murs, toitures, cloisons, le percement des trémies, l'édification des murs des cages d'ascenseurs, l'installation de ceux-ci, la création de salle de bain,⁸³ sont des ouvrages. De même que des travaux concernant les murs, les cloisons, les planchers, les plafonds et l'isolation de l'immeuble d'un montant supérieur à 45000 euros.⁸⁴

La notion d'ouvrage est donc très variée comme nous venons de le voir, elle recoupe à la fois l'ouvrage, en tant que travaux de constructions diverses. Elle intègre les éléments d'équipement d'un bâtiment lorsqu'ils sont indissociables avec certains éléments de l'ouvrage.

⁸⁰ Cass. 3^e civ., 11 mars 1992, Bull. civ. III, n° 8, p. 47

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, Bull. civ. I, n° 374, p. 260

⁸² Cass. 3^e civ., 6 fév. 2002, RDI mars-avril 2002, p. 149

⁸³ Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, Bull. civ. III, n° 70, p. 42

⁸⁴ Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 01-13.034, Bull. civ. III, n° 18, p. 16 ; Constr. et urb. 2003, comm. 99

§ 2 Les critères de l'ouvrage dans son sens plus étroit en tant qu'élément d'équipement du bâtiment

La garantie de solidité édictée par les dispositions de l'article 1792-2 du Code civil englobe en effet des dommages qui ne sont pas relatifs à la structure, à la constitution de l'ouvrage, mais seulement à ses éléments d'équipement, dans la mesure où ils sont indissociables des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

L'ouvrage dans cette hypothèse correspond à une partie de bâtiment. C'est-à-dire un élément d'un ensemble plus vaste. L'appréciation par le juge de l'ouvrage dans ce cadre paraît restrictive (A). Néanmoins, on relève une extension à cette appréciation restrictive en ce qui concerne les accessoires du bâtiment (B).

A - La notion restrictive de l'ouvrage en tant qu'élément d'équipement du bâtiment

Le bâtiment apparaît comme une notion étroite, celle d'un édifice creux à l'intérieur duquel l'homme peut se mouvoir. Un lien semble donc avoir été voulu entre la garantie décennale des éléments d'équipement et l'obligation d'assurance.

Bien que le Conseil d'Etat⁸⁵ ait annulé l'arrêté du 17 novembre 1978, tous les acteurs de la construction se conforment toujours à cette définition pour comprendre ce que renferme la notion de bâtiment.

Le COPAL quant à lui avait considéré le bâtiment comme un édifice qui abrite le travail ou le loisir de l'homme.

Dès lors, on peut considérer que les éléments d'équipements désignent tous les éléments qui équipent la construction pour la rendre utilisable. La garantie de solidité ne concerne pas les ouvrages constituant des aménagements du sol comme des terrains de sport, des routes et des ouvrages de viabilité qui ne sont pas des « *éléments d'équipements du bâtiment* » mais qui relèvent néanmoins de l'article 1792.

En revanche, elle concerne les éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS). Ils sont fondés sur les dispositions de l'article 1792-4 du Code civil. Il s'agit « *d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu ou produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance* ».

⁸⁵ CE Section construction 2è et 66è sections réunies, 30 nov. 1979, RGAT 1979, p.483

Dans cette hypothèse, la responsabilité du fabricant d'EPERS est fondée sur la solidarité légale de nature décennale avec l'entrepreneur qui a mis en œuvre le produit, à l'exclusion des autres constructeurs. On précisera toutefois que des difficultés existent quant à la mise en œuvre de ce type de responsabilité, par rapport à la notion même d'EPERS qui ne coïncide pas toujours avec les techniques, elles mêmes diverses.⁸⁶ Monsieur Malinvaud explique que les éléments constitutifs sont des matériaux simples (ciment, plâtre, acier), transformés par l'entrepreneur dans le cadre de la fonction construction. Par opposition aux appareils, matériaux plus élaborés et posés en l'état. Il indique aussi que la césure n'est pas simple. Il prend pour exemple des feutres qui permettent de réaliser l'étanchéité. Sont-ils des éléments constitutifs ou des éléments d'équipement ? Pour l'entrepreneur, sa responsabilité est identique dans les deux hypothèses en cas de défaut. En revanche pour le fabricant, la distinction est fondamentale, car seuls les fabricants d'éléments d'équipement sont soumis à l'article 1792-4 du Code civil.⁸⁷ On comprend dès lors que, la préconisation de la Commission Spinetta de distinguer l'activité du fabricant, pour lui appliquer un régime de garantie selon la fonction construction ou la fonction équipement, n'a pas été suivie d'effet. Le fabricant d'EPERS est soumis à l'obligation d'assurance au même titre que les autres constructeurs. De ce fait, les EPERS qui peuvent s'analyser comme des composants simples ou multifonctionnels appelés à jouer un rôle dans la fonction construction ou d'équipement, sont soumis à la garantie décennale. En effet, la Cour de cassation applique de manière très restrictive la notion d'EPERS. Elle n'a admis la qualification d'EPERS que dans des cas très rares : pour une pompe à chaleur,⁸⁸ un plancher chauffant,⁸⁹ une coque de piscine⁹⁰ et des panneaux d'insolation d'un poulailler industriel.⁹¹

Il ressort de ces différentes espèces que la Cour de cassation s'appuie sur trois critères pour distinguer l'EPERS du matériau ou du produit indifférencié. Elle prend en compte **l'originalité de la conception, la spécification pour répondre à un usage précis et**

⁸⁶ Chemillier (P) et Blachère (G) extraites de l'ouvrage de J. Bigot et A. D'hauteville, Resp. civ. et assur., p. 66; Valdès (A), le point de la jurisprudence sur les EPERS du fabricant de composants au sens de l'article 1792-4 du Code civil, Rev. Administrer déc 2006, p.56 ; Malinvaud (Ph), responsabilité du fabricant à l'égard du maître de l'ouvrage, JCP 1986,II, 20616 ; Carcenac, La condition juridique du fabricant d'élément préfabriqués, RGDA 1997, p. 655 ; Périnet-Marquet, le fabricant sous-traitant, une hybridation difficile, JCP 1989, II, 3399

⁸⁷ Responsabilité des constructeurs (droit privé), la responsabilité spécifique des articles 1792 et suivants domaine et régime, Dalloz Action construction, 1998, p.1146s

⁸⁸ Cass. 3^e civ., 20 janv. 1993, Bull. civ. III, n°4, p.2

⁸⁹ Cass. 3^e civ., 25 juin 1997, Bull. civ. III, n° 150, p. 101; D. 1998, p.360, note Raffi

⁹⁰ Solution implicite, Cass. 3^e civ., 17 juin 1998, Bull. civ. III, n° 126, p. 85; RDI 1998, p.379

⁹¹ Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, Bull. civ. III, n° 133, p. 115 ; RDI, 2002, p.421 obs. Ph Malinvaud ; Mon. TP 2 août 2002.

déterminé, pour l'ouvrage considéré et enfin l'aptitude du produit ou du matériau à être mis en œuvre sans modification.

Si la Cour de cassation applique restrictivement la notion d'EPERS, c'est en raison d'une part, de sa difficulté de mise en œuvre et d'autre part, de la confusion qui existe dans les dispositions régissant la responsabilité des constructeurs et plus précisément la notion d'élément d'équipement. Pour l'application des éléments d'équipement découlant de l'article 1792-2, le législateur fait appel à la notion restrictive de bâtiment tandis que pour les EPERS, elle utilise la notion d'ouvrage et parle de partie d'ouvrage ou d'élément d'équipement considéré. Pourtant, le fabricant des EPERS est soumis à la responsabilité des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du Code civil.

Dès lors, se pose la question de savoir si cet emploi de notions différentes résulte simplement d'un manque de rigueur rédactionnelle, ou d'une réelle volonté de distinguer les choses par une application restrictive de la notion de bâtiment.

La question s'est aussi posée en ce qui concerne **les éléments d'équipement industriels**. La doctrine majoritaire considérerait que les éléments d'équipement visés par l'article 1792-2 du Code civil, ne sont que des « *équipements du bâtiment d'habitation* », comme les ascenseurs, les escaliers etc..., et non des « *équipements industriels du bâtiment* ».

Il est vrai que dans l'esprit du législateur, la construction d'ensembles industriels échappe au domaine de la garantie décennale. Cependant, le contenu des dispositions de l'article 1792-2 dans leur version de 1978, n'exclut en aucune façon la possibilité de soumettre les éléments d'équipement industriels à la garantie décennale. Ce n'est donc que par référence à la volonté implicite du législateur qu'il est logique d'exclure les éléments d'équipement industriels du domaine de l'ouvrage au sens de la construction.

On notera toutefois que, contrairement à la première chambre civile de la Cour de cassation qui a admis dans un arrêt important⁹² la possibilité de soumettre les éléments d'équipement industriels à l'assurance obligatoire, la troisième chambre quant à elle s'est montrée réticente. Ainsi, dans un arrêt en date du 22 juillet 1998, la Cour de cassation a cassé une décision de la cour d'appel de Riom qui avait soumis à la garantie des constructeurs, l'installation d'une machine destinée à l'alimentation du bétail, incorporée

⁹² Cass. 1^{re} civ., 26 fév. 1991, Bull. civ. I, n° 75, p. 49

dans une porcherie, sans avoir recherché si « *le matériel atteint de désordre relevait des travaux de construction faisant l'objet de la garantie légale* ». ⁹³

Si cette jurisprudence a permis d'exclure les éléments d'équipements industriels du champ d'application de la responsabilité décennale, il n'en demeure pas moins qu'elle s'appuie sur le critère incertain de la notion de « *travaux de construction* » dont on ne sait pas toujours à quoi cela correspond. Un arrêt plus récent semble démontrer le caractère subjectif et incertain de cette notion de « *travaux de construction* ». ⁹⁴ Alors que la Cour de cassation exige de déterminer la nature des travaux, en travaux de construction, dans cette espèce, elle ne le fait pas, et justement le pourvoi incident formé par l'installateur ainsi que le pourvoi principal formé par l'assureur, faisaient justement grief à l'arrêt de ne pas avoir caractérisé en quoi la réalisation frigorifique litigieuse constituait des travaux de construction au sens de l'article 1792 du Code civil. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation de décider :

«Qu'une installation frigorifique comprenant une salle de machines qui alimente les réseaux indépendants de tuyauteries, relevait de l'article 1792 du Code civil ».

En l'espèce, la qualification des travaux était d'autant plus importante, que la police souscrite par l'installateur sous le régime de la loi de 1967, comportait une exclusion de garantie pour les actions en responsabilité fondées sur l'article 1792 et 2270 du Code civil.

Sur ce point, la Cour de cassation a jugé que la clause de garantie ne vise que les articles 1792 et 2270 du Code civil, et non les éléments d'équipement occasionnant des dommages rendant l'ouvrage impropre à sa destination et donnant lieu à la garantie de l'article 1792 du même Code dans sa rédaction de 1978. Elle approuve la cour d'appel, qui a pu en déduire sans violer le principe de contradiction, que la garantie couvrait la construction, les ventes d'installation ou de matériel frigorifique industriel construit ou acheté par le locateur d'ouvrage. Dès lors était justifiée la condamnation de l'assureur à indemniser l'assuré sur le fondement de l'article 1792 du Code civil.

En tout cas, la jurisprudence ne démentira pas la confusion de l'application de l'article 1792-2 du Code civil. Elle n'hésite donc pas à faire jouer la garantie décennale prévue par ce

⁹³ Cass. 3^e civ., 22 juil. 1998, JCP 1998, éd. G. 10183, p.1970, RGDA 1998, p. 745, obs. Périnet-Marquet

⁹⁴ Cass. 3^e civ., 18 juil. 2001, Rev. Administrer 2002, p. 32, note J. F. Artz

texte pour des accessoires du bâtiment qui ne sont pas au sens strict des éléments d'équipement du bâtiment.

B - L'extension des éléments d'équipement soumis à la garantie décennale : les accessoires du bâtiment

Le juge étend parfois la garantie décennale **aux accessoires du bâtiment**, alors qu'ils n'en constituent pas au sens strict des éléments d'équipement. En effet, la théorie de l'accessoire suppose que des éléments d'équipement soient soumis à l'obligation d'assurance s'ils sont accessoires à un ouvrage relevant lui-même de l'obligation d'assurance. En outre, il faut caractériser la nécessité de cet élément d'équipement pour l'ouvrage. Ce qui n'est pas le cas pour une fosse à lisier qui a pu être considérée comme l'accessoire d'une porcherie, conçue elle-même comme un ouvrage à part et non inclut dans la même opération immobilière;⁹⁵ ou encore une installation électrique défectueuse d'un court de tennis;⁹⁶ et même un mur de soutènement éloigné du bâtiment et non destiné à assurer la stabilité des fondations de ce bâtiment.⁹⁷ La Cour de cassation a admis que les voiries et réseaux divers sont des ouvrages même s'ils ne sont pas rattachés à un bâtiment et ne relèvent pas de l'obligation d'assurance⁹⁸. Le juge ne regarde pas seulement la proximité de l'élément d'équipement accessoire de l'ouvrage, mais se fonde sur la nécessité ou l'utilité des travaux réalisés au fonctionnement du bâtiment.

L'incertitude qui règne à propos des éléments d'équipement est révélatrice de celle qui détermine les contours de la responsabilité des constructeurs. A l'avenir, les choses vont peut être s'améliorer en raison de l'application de l'ordonnance du 8 juin 2005 portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction. Elle apporte une clarification au champ d'application de la responsabilité des constructeurs.

⁹⁵ TGI Laval 27 mars 1984, cité par Mme Saint Alary Houin, extrait du colloque, 20 ans de loi Spinetta précité, p. 47

⁹⁶ CA Versailles, 23 sept. 1987, Juris-data, n° 040892

⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1993, Bull. civ. I, n° 133, p. 88

⁹⁸ Cass. 3^e civ., 29 mars 2000 Dussoubs / Mutuelles de l'Indre, Bull. civ. III, n° 67, p. 45

§ 3 La clarification du champ d'application de la responsabilité des constructeurs

L'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 porte « modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts ».⁹⁹ En dehors des modifications apportées aux articles 1792-2 et 1792-3 du Code civil, et aux articles L 111-23 et L 111-24 du Code de la construction et de l'habitation, l'ordonnance introduit dans le Code civil deux articles nouveaux : l'article 1792-7 du Code civil qui écarte de la responsabilité des constructeurs, les éléments d'équipement à fonction exclusivement professionnelle et l'article 2270-2 qui aligne la prescription des actions en responsabilité des sous-traitants sur celle de l'article 2270 pour les constructeurs.¹⁰⁰

Cette ordonnance est le résultat d'une réflexion qui avait été confiée, par le Ministère de l'Équipement en mai 1997,¹⁰¹ à un Comité de trois juristes, présidé par Monsieur Périnet-Marquet. Le Comité avait pour mission de « *poursuivre la réflexion (...) sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire et de proposer toute solution permettant de circonscrire l'obligation d'assurance* ». La proposition devant « *servir de base à la discussion avec les professionnels en vue de la formulation d'une solution* ». Le Rapport de ce comité a été déposé le 18 décembre 1997.¹⁰²

Dans le Rapport au Président de la République,¹⁰³ il a été rappelé que :

« L'ordonnance se propose de modifier diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance et à la responsabilité dans le domaine de la construction, figurant au Code civil et au Code des assurances. Elle « a pour objet d'améliorer le régime de l'obligation d'assurance des risques de la construction dont le champ d'application n'est pas strictement délimité ».

Nous avons vu dans nos précédents développements que le législateur a utilisé des termes différents (ouvrage, éléments d'équipement du bâtiment) pour déterminer l'objet de la responsabilité des constructeurs. Or même si l'objet de la responsabilité des constructeurs ne doit pas coïncider avec celui de l'assurance obligatoire, il n'en demeure pas moins que la

⁹⁹ JO 9 juin 2005, p.10094

¹⁰⁰ Malinvaud (Ph), La responsabilité en matière de construction après l'Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, RDI août 2005, p.237 ; Leguay (G), Chronique assurance construction, RDI août 2005, p. 250

¹⁰¹ Par lettre du 13 mai 1997, de M. Claude Martinand, Directeur des affaires économiques et Internationales du Ministère de l'Équipement et du logement, du Transport et du tourisme, Code commenté Argus 1999, p. 497

¹⁰² Rapport sur le champ d'application de l'assurance obligatoire, RDI 1998, p. 1-112 ; RGDA 1998, p. 171-213

¹⁰³ Relatif à l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts, JO 9 juin 2005, p. 10093 ; Rev. Administrer n° 379, juil. 2005, p. 61

corrélation qui existe entre les deux domaines, nécessite que leur champ d'application respectif soit strictement délimité.

C'est ce qui justifie que l'ordonnance, avalisant les propositions du Comité, va donc retoucher les dispositions des articles 1792-2, 1792-3 et créer deux articles : les articles 1792-7 et 2270-2, afin de mieux cerner les contours de la responsabilité des constructeurs. La détermination de l'objet de la responsabilité des constructeurs passe donc par le maintien de la notion d'ouvrage (A) et par la clarification de la responsabilité des constructeurs et des fabricants pour les éléments d'équipement (B).

A - Le maintien de la notion d'ouvrage

L'ordonnance maintient donc la notion d'ouvrage relative à la détermination du domaine de la responsabilité des constructeurs. Pour mémoire, nous avons précédemment vu que la notion d'ouvrage, recoupe des sens différents. Que l'ouvrage dans un sens global renferme un nombre varié de constructions. Qu'il peut aussi avoir un sens restrictif et ne concerner que les éléments d'équipement du bâtiment. Or le problème qui se posait en pratique, c'est que, sous l'effet de l'action du juge, des ouvrages ont été soumis à l'obligation d'assurance, alors qu'ils ne devraient pas normalement y être. (Travaux de génie civil, même lorsqu'ils ne sont pas l'accessoire de travaux de bâtiment comme les voies et réseaux divers, de murs de soutènement ou encore d'ouvrages divers comme les chauffages, les vérandas... Pour ces différents ouvrages, ils doivent correspondre à des travaux de construction, et être fixés dans le sol ou à l'ouvrage qui le reçoit).

Pour remédier à ces difficultés, le nouvel article L 243-1-1 du Code des assurances, en excluant une série d'ouvrages de l'obligation d'assurance, permet de circonscrire plus restrictivement les contours de la responsabilité des constructeurs. Désormais, relèvent de la responsabilité des constructeurs « les ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux, les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, ferroviaires, les ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents.

On notera également que :

« Les voiries, les ouvrages piétonniers, les parcs de stationnement, les réseaux divers, les canalisations, les lignes ou câbles et leurs supports, les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie, les ouvrages de télécommunication, les ouvrages sportifs non couverts » sont des ouvrages. On précisera toutefois que les éléments

d'équipement de ces ouvrages, même s'ils sont visés par l'article L 243-1-1 du Code des assurances, ne devraient pas relever de la responsabilité des constructeurs, dans la mesure où, en application de l'article 1792-7 du Code civil, ils en seront le plus souvent exclus au motif que leur fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage. En fait, l'article 1792-7 du Code civil définit à contrario les éléments d'équipement d'un ouvrage.¹⁰⁴

Le principe et les termes de l'ordonnance sont à peu près identiques à la version présentée par le Ministère de l'Équipement le 19 octobre 1998, à l'exception du contenu des ouvrages exclus de l'obligation d'assurance et de la question de l'exclusion des dommages aux existants.¹⁰⁵

B - La clarification de la responsabilité des constructeurs et des fabricants pour les éléments d'équipement

En raison de la confusion qui existait entre les dispositions des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du Code civil par l'utilisation des notions d'ouvrages et d'éléments d'équipement du bâtiment, l'ordonnance vient donc clarifier ces dispositions en maintenant la notion d'ouvrage pour tous les articles précités. Elle procède à l'exclusion des éléments d'équipement à vocation industrielle du champ d'application de la responsabilité des constructeurs.

1. Des éléments d'équipement du bâtiment aux éléments d'équipement de l'ouvrage

Nous avons vu précédemment qu'il existait dans la loi de 1978, une confusion par rapport aux éléments d'équipement. En effet, l'article 1792 du Code civil prévoyait l'application de la garantie décennale aux dommages rendant l'ouvrage impropre à sa destination par suite de la défaillance de l'un de ces éléments d'équipement. En revanche, la garantie de solidité de l'article 1792-2 dudit Code et la garantie de bon fonctionnement de l'article 1792-3 du même Code ne s'appliquaient qu'aux éléments d'équipement d'un bâtiment.

¹⁰⁴ Malinvaud (Ph), La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, p. 238s

¹⁰⁵ Pagès de Varenne (M. L), Responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005, Constr. et Urb. sept. 2005, p.8

Il se trouve qu'en pratique, cette distinction n'est pas visible. Ainsi comme l'a souligné Monsieur Périnet-Marquet,¹⁰⁶ certaines décisions de justice n'hésitent pas à gommer cette différence et à appliquer les articles 1792-2 et 1792-3 du Code civil aux éléments d'équipement d'ouvrage comme ceux d'un bâtiment. Cela étant, il est difficile d'apprécier l'ampleur de ces décisions, faute de statistiques fiables.

La confusion entre les dispositions des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 avait été considérée comme l'une des causes de la dérive jurisprudentielle, source de l'extension de l'obligation d'assurance à des ouvrages autres que des bâtiments.

A ce titre, le Rapport au Président de la République rappelle cette confusion et énonce que :

*« Les articles L 241-1 et suivants du Code des assurances imposent une obligation d'assurance pour les travaux de bâtiment. Cependant, la jurisprudence, s'appuyant sur la notion d'ouvrage visée à l'article 1792 du Code civil, a considéré, jusqu'à présent, que cette obligation d'assurance s'étendait à certains ouvrages qui ne sont pas des bâtiments, tels par exemple les travaux de génie civil comme la réalisation d'une digue, d'un remblai... ».*¹⁰⁷

C'est donc pour mettre fin à cette confusion ayant une incidence en matière d'assurance que conformément à la proposition du Comité Périnet-Marquet,¹⁰⁸ le terme ouvrage a été substitué à celui de bâtiment dans les articles 1792-2 et 1792-3 du Code civil. Le législateur a choisi de généraliser l'obligation d'assurance à tous les ouvrages. Il a cependant pris soin d'exclure expressément un certain nombre d'entre eux dans l'article L 243-1 du Code des assurances. Le Comité avait considéré que du fait de l'extension de la responsabilité des constructeurs, il était donc nécessaire *« pour assurer une parfaite harmonie entre le fait et le Droit et pour simplifier le Droit applicable, que les notions de*

¹⁰⁶ Droit de l'urbanisme et de la construction, p. 636s ; Responsabilité des constructeurs, Dalloz 1996, p.41

¹⁰⁷ Rapport au Président de la République, Rev. Administrer juil. 2005, p. 61; Périnet-Marquet (H), Assurance construction (1), Les constructeurs mieux responsabilisés, Mon. TP 15 sept 2005, p. 114 ; Emon (C), Responsabilité et assurance construction la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer juil. 2006, p. 10; Leguay(G), Assurance construction la réforme, Bull. d'actualité Lamy immob., juil. 2005, p. 5; Karila (JP), Responsabilité assurance construction la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP cah. Détaché n° 2, p. 4

¹⁰⁸ Rapport sur le champ d'application de l'assurance obligatoire, RDI 1998, p.110; RGDA 1998, p. 210

*bâtiment et de travaux de bâtiment soient exclus de la loi de 1978 et remplacées par celle unique d'ouvrage ».*¹⁰⁹

L'ordonnance vient donc corroborer la jurisprudence existante. Elle conforte donc une certaine jurisprudence dans l'extension de la garantie bienno-décennale des éléments d'équipement, mais en contrepartie, elle exclut les éléments d'équipement à fonction exclusivement professionnelle. Ce qui suppose que désormais, les éléments d'équipement d'ouvrage et non plus seulement des éléments d'équipement d'un bâtiment sont soumis à la garantie bienno-décennale. On notera toutefois que l'ordonnance entérine la suggestion faite par le Comité à l'origine de cette modification, de consacrer la jurisprudence.

Monsieur Bigot¹¹⁰ estime que la nouvelle rédaction de l'article 1792-3 Code civil emporte également modification du point de départ du délai de deux ans et que ce délai commencerait à courir « *à compter de la réception de l'élément d'équipement considéré* » et non pas de la réception de l'ouvrage.

En effet, l'ancien article 1792-3 du Code civil disposait : « *Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de 2 ans à compter de sa réception* ». Si on examine l'exégèse de la phrase « *à compter de sa réception* », on peut légitimement penser que la réception s'applique à l'ouvrage dans son ensemble, et non aux « *autres éléments d'équipement* ». Sinon, comme l'ont écrit M. Malinvaud¹¹¹ et Monsieur Karila,¹¹² il aurait fallu écrire « *à compter de leur réception* ».

En dehors de cette précision grammaticale, il n'a jamais été question ni dans les suggestions faites par le Comité, ni dans le Rapport au Président de la République, ni dans les travaux préparatoires de la loi de simplification qui a habilité le gouvernement à légiférer par ordonnance,¹¹³ de fixer le point de départ de la garantie des éléments d'équipement à compter de leur réception. Au contraire, la volonté du législateur tend plutôt à unifier les prescriptions comme en témoigne le nouvel article 2270-2 du Code civil à propos des actions contre les sous-traitants. Dès lors, il est donc illogique de penser que les auteurs de cette modification

¹⁰⁹ Rapport précité, RGDA 1998, p. 211

¹¹⁰ Bigot. (J) Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, ordonnance du 8 juin 2005, JCP éd. G. n°26, juin 2005, p.1220

¹¹¹ Malinvaud (Ph), La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, p.239

¹¹² Karila, Responsabilité assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP 16 sept. 2005, p.8

¹¹³ Loi n°2004-1343, 9 déc. 2004, JO 10 déc. 2004, p. 20857

aient voulu créer une nouvelle source de contentieux en instituant une dissociation de prescription entre l'ouvrage et les éléments d'équipement.

En conclusion, il est plus aisé de ne pas distinguer le point de départ des prescriptions à l'encontre du maître de l'ouvrage et de ne retenir qu'une seule réception qui court du jour de la réception de l'ouvrage.

Cependant, une réception séparée des éléments d'équipement dissociables peut être envisagée s'ils sont installés à posteriori sur des ouvrages existants. Dans cette hypothèse, il est envisageable que le délai de garantie commence à courir à compter de la réception de l'élément d'équipement considéré.

Toutefois, on relève dans la jurisprudence, que la garantie biennale « *ne concerne pas les éléments d'équipement dissociables seulement adjoints à l'ouvrage existant* ». ¹¹⁴ Si l'ordonnance a admis que les éléments d'équipement d'ouvrage soient soumis à la responsabilité des constructeurs, elle en a exclu les éléments d'équipement à vocation purement professionnelle.

2. Exclusion des éléments d'équipement à vocation professionnelle du champ d'application de la responsabilité des constructeurs

La création du nouvel article 1792-7 du Code civil qui exclut les éléments d'équipement à vocation professionnelle du champ d'application de la responsabilité des constructeurs, est une précision importante qui va mettre non seulement un terme à la divergence jurisprudentielle entre la première et la troisième chambre, mais va éclaircir la situation des fabricants d'EPERS. Le Comité Périnet-Marquet soulignait dans son Rapport que :

« Les éléments d'équipement industriels, et plus généralement professionnels, sont extérieurs au champ d'application du Droit de la construction. Leur exclusion du champ d'application de l'assurance obligatoire n'est donc que la conséquence de leur extériorité par rapport au champ d'application de la garantie décennale de l'article 1792 ».

¹¹⁴ Cass. 3^e civ., 10 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 224, p. 198; RDI 2004, p.193, obs. Ph. Malinvaud ; Défreinois 2005, art. 38079, n°3, obs. H. Périnet-Marquet

a *Les répercussions de l'article 1792-7 du Code civil sur les éléments d'équipement à vocation industrielle*

On rappellera que le régime de 1967 excluait de la garantie bienno-décennale, « *les appareils mécaniques ou électriques que l'entrepreneur installe en l'état où ils lui sont livrés* ». La loi de 1978 quant à elle soumettait à cette garantie tous les éléments d'équipement des ouvrages¹¹⁵ ou des bâtiments.¹¹⁶

Avant l'ordonnance du 8 juin 2005, une divergence opposait les jurisprudences de la première et troisième chambre civile de la Cour de cassation. Il se posait la question, une fois de plus, de savoir si les éléments d'équipement devaient s'entendre seulement de ceux qui relèvent de la fonction construction, où s'ils concernaient également ceux dont le rôle était de satisfaire la destination professionnelle de l'ouvrage comme par exemple un entrepôt frigorifique ou une usine.

A cette question, la doctrine¹¹⁷ avait proposé de distinguer les éléments d'équipement selon qu'ils jouaient un rôle dans la fonction bâtiment ou un rôle purement industriel. Ainsi, dans la première hypothèse, ils étaient soumis à l'article 1792 et suivant du Code civil, et dans la seconde, ils sortiraient des prévisions de la loi.

La première chambre¹¹⁸ de la Cour de cassation avait écarté cette distinction, sans toutefois affirmer de manière explicite que les éléments d'équipement industriels ou professionnels devaient être soumis à la garantie décennale. Elle estimait qu'aucune distinction ne devait être faite selon que les techniques des travaux de bâtiment mises en œuvre concernaient un local d'habitation ou un local industriel et commercial.

Ce n'est donc que de manière implicite que cette jurisprudence faisait rentrer tous les éléments d'équipement aussi bien dans le domaine de la responsabilité des constructeurs que dans celui de l'assurance obligatoire.

La troisième chambre quant à elle écartait l'application de la garantie décennale aux éléments d'équipement à caractère professionnel. Elle fondait sa décision sur la nécessité de préciser si les désordres relevaient des travaux de construction faisant l'objet de la garantie

¹¹⁵ Art. 1792 Code civil

¹¹⁶ Art. 1792-2 et 1792-3 Code civil

¹¹⁷ Bigot (J), La réforme de l'assurance construction, l'Argus 1980, p. 90 ; Karila (J. P), Les responsabilités des constructeurs, Delmas, 2^e éd. 1991, J-47

¹¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, Bull. civ. I, n°149, p. 104; RDI 1996, p.38, obs. Ph. Malinvaud, RGAT 1997, p.199, note J.P. Karila.

légale.¹¹⁹ Elle est constante dans sa jurisprudence¹²⁰. L'institution du nouvel article 1792-7 par l'ordonnance vient donc consacrer la jurisprudence de la troisième chambre civile contrairement à celle de la première chambre civile.

Désormais, « *Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4, les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage* ».

Cet article s'inspire des propositions faites dans le Rapport Périnet -Marquet sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire.¹²¹ Ce Rapport concluait que les éléments d'équipement industriels devaient être considérés comme exclus de la garantie bienno-décennale et suggérait d'ajouter un article 1792-7 au Code civil libellé de la manière suivante :

« Sont considérés comme des éléments d'équipement d'ouvrage, au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4, les seuls éléments d'équipement nécessaires à la destination immobilière de cet ouvrage à l'exclusion de ceux qui sont spécifiques à l'activité économique devant y être exercée ».

L'ordonnance renverse la formulation proposée et dispose dans l'article 1792-7 que :

« Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'activité professionnelle dans l'ouvrage ».

Selon Monsieur Malinvaud,¹²² cette formulation couvre nécessairement de nombreuses hypothèses dépassant celles que la troisième chambre civile a eu l'occasion de juger.

¹¹⁹ Cass. 3^e civ., 22 juil. 1998, JCP 1998 II, 10183 ; Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, RDI 2003, p.187 ; Karila (J.P), Les éléments participant à un process industriel et/ou à fonction strictement professionnelle, ne relèvent pas du champ d'application des articles 1792 et suivants du Code civil, Gaz. Pal. 1999, 1, Doctr. 19-20 mai.

¹²⁰ Cass. 3^e civ., 4 nov. 1999, RDI 2000, p. 57, D. 2001, p.650, note J-P Karila; Cass. 3^e civ., 20 juin 2001, RDI 2001, p.520, obs. Ph. Malinvaud

¹²¹ Rapport précité, RGDA 1998, p. 212

¹²² La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, RDI juil-août 2005, p.240

Monsieur Périnet-Marquet¹²³ quant à lui, fait remarquer que « *l'intérêt du nouvel article 1792-7 du Code civil s'avère moins évident qu'en 1997* ». Entre-temps, la Cour de cassation a elle-même décidé de limiter la notion d'ouvrage en refusant d'appliquer la responsabilité des constructeurs à des ouvrages ne relevant pas de la construction. Il conclut que de ce point de vue, l'article 1792-7 du Code civil entérine davantage le droit positif qu'il ne le modifie. Cependant, Comme Monsieur Malinvaud, il pense que ce texte, comme tout nouveau texte, sera forcément sujet à interprétation, notamment à propos de la notion « *d'activité professionnelle* ». Monsieur Périnet-Marquet estime que l'expression « *activité professionnelle* », paraît « *étroite* ». « *Elle se réfère, nécessairement, à une activité lucrative* ». Il estime que « *les termes d'activités économiques, beaucoup plus vaste, qui incluent les activités non lucratives... auraient été préférables* ». Il ajoute que « *la formule retenue permet d'exclure du champ d'application de la responsabilité des constructeurs des éléments d'équipement d'un ouvrage (par exemple d'une cuisine industrielle ou d'un restaurant). Mais elle ne semble pas rendre possible l'exclusion des éléments d'équipement de la cantine d'un comité d'entreprise ou de tout autre restaurant associatif dans la mesure où ne s'y n'exerce pas, au sens propre du terme, une activité professionnelle ; Or pourtant le caractère spécifique de l'équipement considéré commande, dans les deux cas, leur mise à l'écart du champ d'application de la responsabilité des constructeurs* ». Autre ambiguïté que le nouveau texte risque de soulever serait, l'interprétation du caractère exclusif ou non de la fonction de l'élément d'équipement, mais aussi la notion d'accessoire. En dépit de ces remarques, il faut retenir que désormais, ces éléments d'équipement dont la fonction est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle échappent à la fois à la responsabilité bienno-décennale pour relever du droit de la vente ou de la responsabilité de droit commun s'ils sont défectueux.

Il faudra cependant attendre quelques années pour apprécier les premières jurisprudences, puisque les dispositions de l'ordonnance ne sont pas rétroactives. Elles ne s'appliqueront que pour les marchés conclus après le 9 juin 2005.

Le Droit transitoire va encore s'appliquer jusqu'à un certain temps. Le nouvel article 1792-7 du Code civil, qui exclut donc du domaine de la responsabilité des constructeurs, l'élément d'équipement qui a pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle, a une répercussion sur la notion d'EPERS.

¹²³ Les constructeurs mieux responsabilisés, Mon. TP 16 sept. 2005, p. 115 ; Emon (C), Responsabilité et assurance construction la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer, juil. 2006, p. 12

b La répercussion de l'article 1792-7 sur la notion d'EPERS

Il ressort de nos précédents développements que, le nouvel article 1792-7 du Code civil consacre la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation tendant à écarter l'application de la garantie des constructeurs à ces éléments d'équipement. La référence à l'article 1792-4 du Code civil permet donc d'exclure la catégorie des EPERS. Autrement dit, désormais, les fabricants d'éléments d'équipement répondant à la définition de l'article 1792-7 du Code civil ne pourront pas être tenus de la garantie solidaire de l'article 1792-4 du même Code. Ils relèveront de la seule responsabilité de Droit commun.

Cette exclusion s'inscrit dans la tendance restrictive de la jurisprudence à appliquer cette notion d'EPERS. Nous rappelons pour mémoire que la Cour de cassation s'est toujours fondée sur trois critères précis pour apprécier la qualité d'EPERS, à savoir l'originalité de la conception, sa spécificité pour répondre à un usage précis et déterminé pour l'ouvrage considéré ou encore l'aptitude du produit ou du matériau à être mis en œuvre sans modification, il faut désormais y ajouter un quatrième critère consistant à déterminer que l'élément d'équipement n'a pas pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage. Ce quatrième critère permettra donc d'écarter la qualification d'EPERS pour la quasi-totalité des éléments d'équipement des ouvrages autres que le bâtiment, notamment de ceux visés par le nouvel article L 243-1-1 du Code des assurances, et ceci même s'ils relèvent de la technique des travaux de bâtiment.

L'exclusion de l'article 1792-7 du Code civil s'appliquera différemment à plusieurs types d'éléments d'équipement installés dans ou sur des bâtiments, dès lors que leur fonction sera exclusivement de permettre l'exercice d'une activité professionnelle. Ainsi par exemple, les panneaux d'isolation d'un poulailler industriel pourraient ne pas être considérés comme des EPERS, contrairement à ce qui avait été jugé dans un arrêt de la troisième chambre civile le 12 juin 2002.¹²⁴

En tout cas, seule l'interprétation que fera la Cour de cassation nous permettra d'apprécier la portée de cette exclusion. Car comme le dit Monsieur Malinvaud,¹²⁵ il est probable qu'en pratique, les maîtres d'ouvrages, pour échapper à l'article 1792-7 du Code civil puissent invoquer ou soutenir que ces panneaux ne sont pas des éléments d'équipement,

¹²⁴ Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, Bull. civ. III, n° 133, p. 115; Valdès (A), Le point de la jurisprudence sur les éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS) du fabricant de composants au sens de l'article 1792-4 du Code civil, Rev. Administrer, déc. 2006, p. 51s; De Lescure (P), La catégorie des éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS), RDI sept.-oct. 2006, p. 350s

¹²⁵ La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, p. 240

mais des éléments constitutifs des parties d'ouvrages, ce qui déplacerait le débat sur la détermination de la notion d'élément d'équipement.

L'ordonnance du 8 juin 2005 a le mérite d'une part, d'avoir clarifié le champ d'application de la responsabilité des constructeurs. Par le maintien de la notion d'ouvrage pour les articles 1792 et suivant du Code civil, en gommant ainsi l'ambiguïté régnant dans ces textes par l'emploi de notions différentes : ouvrage, bâtiment, etc... . Et d'autre part, par l'exclusion des éléments d'équipement à vocation industrielle, source de contentieux.

Reste à déterminer le champ d'application de l'assurance obligatoire et d'analyser les répercussions de l'ordonnance du 8 juin 2005 sur ce domaine.

SECTION 2 L'EXTENSION JURISPRUDENTIELLE ET L'ENCADREMENT LEGAL DU CHAMP

D'APPLICATION DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

Nous rappelons pour mémoire qu'il résulte de la combinaison des articles 1792 à 1792-2 du Code civil et L 241-1 et L 242-1 du Code des assurances que le domaine de la responsabilité décennale des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire ne se recoupent pas totalement.¹²⁶ Le premier plus vaste, inclut la construction de tout ouvrage, partie d'ouvrage, que celui-ci soit un bâtiment ou non (court de tennis, terrain de sport, ouvrage d'art ou de génie civil). Tout constructeur peut donc voir sa responsabilité décennale engagée en cas de vice caché.¹²⁷ Le second, c'est-à-dire le domaine de l'assurance obligatoire, est limité pour sa part aux « travaux de bâtiment » en cas de vice caché. Ce qui suppose que l'assurance (de responsabilité ou de dommages ouvrage) garantit le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792 du Code civil, seulement s'il s'agit des « *travaux de bâtiments* ».

Autrement dit, l'assurance obligatoire doit être souscrite dès lors que sont effectués « *des travaux de bâtiment* ». Il va sans dire que cette notion est plus étroite que celle d'ouvrage permettant de circonscrire la responsabilité décennale des constructeurs. S'il est vrai que cette distinction n'est pas très explicite, on rappellera à cet égard les propos de

¹²⁶ Rapport sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire, RGDA 1998, p. 173

¹²⁷ Leguay (G), Assurance construction, rép. civ. Dalloz 2005, n° 32 ; Dubois (Ph), Assurances, Gestion de l'immeuble, sous la direction de J.L. Aubert, Dalloz immob. 1994, p. 25 ; Leguay (G) et Dubois (Ph), Assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz action construction 1998, p.29

Monsieur Foyer¹²⁸ qui avait déclaré lors des débats parlementaires que : « *sur le fond des choses...il n'a jamais été dans la philosophie de ce texte de faire coïncider l'obligation d'assurance avec la responsabilité de l'article 1792 du Code civil* ».

La nécessité de définir les travaux de bâtiment est donc primordiale, car certains dommages relevant de la garantie décennale, ne sont pas forcément soumis à l'assurance obligatoire.

De ce point de vue, faute d'une définition légale précise des travaux de bâtiment, la Cour de cassation fera une œuvre prétorienne très importante tendant à étendre la notion des travaux de bâtiment (§1) et par la même occasion, le champ d'application de l'assurance obligatoire.

L'extension du champ d'application va aboutir en pratique à une confusion des domaines de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire. Même si celle-ci a ému tous les professionnels, le législateur sans remettre en cause la jurisprudence existante, va à travers l'ordonnance du 8 juin 2005, clarifier le champ d'application de l'assurance obligatoire en adoptant la notion de travaux de construction, empruntée à la Cour de cassation qui s'en est servie pour déterminer les contours de la responsabilité des constructeurs (§2).

§ 1 L'extension jurisprudentielle de la notion des « travaux de bâtiment »

Le Code des assurances impose la souscription d'une assurance dommages ouvrage à toute personne qui construit lorsqu'elle entreprend des travaux de bâtiment. Il impose aux professionnels de la construction d'assurer leur responsabilité chaque fois qu'ils effectuent des travaux de bâtiment pouvant entraîner la responsabilité décennale de l'article 1792 du Code civil. Seulement, le législateur n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par la notion des « *travaux de bâtiment* ». Or celle-ci détermine non seulement l'objet, mais la mise en œuvre de l'assurance. L'obligation d'assurance ne sera pas facile à mettre en œuvre car les articles L 241-1 et L 242-1 du Code des assurances la régissant renvoient à la présomption de responsabilité établie par le Code civil, et qui repose sur la notion plus large « d'ouvrage », alors que la notion des « travaux de bâtiment » semble correspondre plus à toutes sortes de travaux portant sur des bâtiments.

¹²⁸ JOAN débats, 2^e séance, 19 déc. 1977, p. 8999

La confusion entre le domaine de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire se retrouve également dans les termes du Rapport Spinetta, qui pour expliquer ce qu'il faut entendre par bâtiment, fait allusion tantôt à « l'édifice », tantôt au « domaine bâti », ou alors à la notion « d'abri ».

Malgré l'emploi de ces différentes expressions, on peut légitimement supposer que c'est le bâtiment à usage d'habitation qui était visé. Ce qui conduit à penser qu'il fallait retrouver l'idée d'abri dans la notion des travaux de bâtiment. Or l'ouvrage qualifié de travaux de construction est parfois déterminé en fonction de l'importance des travaux, de la fixité au sol ou dans un ouvrage préexistant.

Devant la carence des textes quant à la définition de la notion des travaux de bâtiment, qui commande le domaine de l'assurance obligatoire, des tentatives de définitions ont donc été émises (A). Elles ont inspiré la jurisprudence qui a donné sa propre définition de la notion de bâtiment dans un sens extensif (B).

A - Les tentatives de définition des travaux de bâtiment

Ces tentatives de définition s'illustrent à travers l'arrêté du 17 novembre 1978¹²⁹ et l'avis du COPAL.¹³⁰

1. La définition issue de l'arrêté du 17 novembre 1978

Pour clarifier la notion de travaux de bâtiment, un arrêté adopté dans le cadre de la rédaction des clauses types prévues par les dispositions de l'article A 241-2 du Code des assurances définissait « *les travaux de bâtiment* » comme :

« Ceux dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir, et qui offrent une protection au moins partielle, contre les agressions des éléments naturels extérieurs ».

¹²⁹ D. 1978, p. 431 (tentative d'une définition du Ministère des finances)

¹³⁰ Comité pour l'application de la loi n° 78-12 du 4 janv. 1978, créée en 1982 à la suite de la loi du 28 juin 1982, et présidée par A. Spinetta, Rép. civ. Dalloz, janv. 2005, n° 36

Mais, le Conseil d'Etat annula le 30 décembre 1979,¹³¹ l'article A 241-2 du Code des assurances pour excès de pouvoir, au motif qu'il n'appartenait pas au gouvernement de limiter une obligation édictée par la loi.¹³²

2. La définition du COPAL

Le COPAL quant à lui avait proposé quatre critères pour déterminer la notion de travaux de bâtiment. On y retrouvait l'idée d'abri contre les agressions des éléments naturels extérieurs, de construction élevée sur le sol ou sous-sol, d'espace vital permettant à l'homme d'utiliser cet abri, de liaison permanente avec des éléments connexes et ce, sans considération de la manière avec laquelle l'ouvrage est construit.

On remarquera tout de même que la définition du COPAL reprend sur certains points des éléments de définition de l'article A 241-2 annulé.

La jurisprudence inspirée par ces tentatives de définitions, fera une œuvre prétorienne très importante, tendant à étendre la notion des travaux de bâtiment et par voie de conséquence le champ d'application de l'assurance obligatoire.

B - Les applications jurisprudentielles extensives de la notion de « travaux de bâtiment »

A l'origine, la notion de travaux de bâtiment s'appliquera à toutes sortes de travaux portant sur des bâtiments. Mais par la suite, la jurisprudence va l'étendre « *aux techniques de travaux de bâtiment* ».

1. L'extension de la notion de « travaux de bâtiment » à des travaux divers ne recoupant pas forcément l'idée d'abri

Avant l'arrêt du 26 février 1991 qui a marqué un tournant important en matière d'assurance obligatoire, la jurisprudence soumettait à l'assurance obligatoire les travaux

¹³¹ CE section construction 2^e et 66^e sections réunies, 30 nov. 1979, RGAT 1979, p. 483 ; D. 1980, IR 117, obs. P. Delvové

¹³² Leguay (G) et Dubois (Ph) Assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz action construction 1998, p. 30 ; Durry (G), L'annulation de l'article A 241-2 du Code des assurances, RDI 1980, p. 30

portant sur des bâtiments. Mais à certains égards, elle commençait à appliquer cette assurance à des ouvrages ne constituant pas à proprement parler des bâtiments. Pour ce faire, elle se fondait sur les termes plus ou moins clairs des contrats d'assurance. Malgré l'annulation par le Conseil d'Etat des dispositions de l'article A 241-2 du Code des assurances, définissant le bâtiment, cela n'a pas empêché les assureurs de se fonder sur cette définition pour définir les termes des contrats d'assurance.

Cette interprétation va conduire la jurisprudence à prendre en compte les travaux visant la réalisation d'un silo à grains¹³³, d'un court de tennis couvert¹³⁴, d'un pieux soutenant une station d'épuration¹³⁵, d'une piscine découverte¹³⁶, de revêtement d'une route et de trottoirs¹³⁷. Pour ces espèces, on retrouve néanmoins l'idée d'abri et la possibilité pour l'homme de se mouvoir, mais aussi des hypothèses où la notion retenue était celle d'un ouvrage plutôt que celle d'un bâtiment. D'une manière générale, des travaux qui n'étaient pas relatifs au bâtiment ne rentraient pas dans le champ d'application de l'assurance obligatoire, c'est le cas par exemple pour les voies et réseaux divers.

Ces exemples démontrent déjà qu'on est assez loin de la philosophie du Rapport Spinetta, pour qui l'idée de bâti devait répondre « *aux attentes sociales et économiques plus généralement exprimées dans le secteur de l'habitat contemporain* ».

La jurisprudence, en étendant le champ d'application de l'assurance obligatoire, va conférer aux maîtres de l'ouvrage la possibilité de bénéficier d'une réparation large, au détriment des assureurs qui supportent des conséquences financières non prévues à l'origine.

Elle ira encore plus loin, lorsqu'elle va glisser très nettement de ce concept des « *travaux de bâtiment* » pour adopter celui plus souple des « *techniques de travaux de bâtiment* ».

¹³³ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1989, RGAT 1990, p.160, obs. J. Bigot

¹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1992, RGAT 1992, p. 573, obs. J. Bigot

¹³⁵ Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1989, RGAT 1989, p.870

¹³⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989, RDI oct.-déc. 1989, p. 482, obs. G. Leguay

¹³⁷ CA Paris, 14 déc. 1990, RDI 1991, p. 80

2. L'adoption du concept des « techniques de travaux de bâtiment »

Par un arrêt important en date du 26 février 1991 de la première chambre civile, la Cour de cassation étend l'assurance obligatoire aux travaux faisant appel aux « *techniques de travaux de bâtiment* ».¹³⁸

La Cour a considéré que : « ...les malfaçons du mur de soutènement dont la construction fait appel aux techniques des travaux de bâtiment, étaient de nature à entraîner la garantie décennale ».

La Cour ne dit pas explicitement que les malfaçons du mur sont soumises à l'assurance obligatoire. C'est par déduction que ces désordres y sont soumis, d'autant plus que l'assurance obligatoire est mise en œuvre pour des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs.

Elle marque ainsi une rupture avec l'interprétation antérieure, fondée sur l'interprétation du contrat. La Cour de cassation se reconnaît le droit de définir, en termes généraux, les travaux de bâtiment compte tenu de la carence des textes.

On remarque cependant que l'espèce qui avait donné naissance à ce nouveau critère ne concernait pas directement l'une des assurances obligatoires. La garantie en cause était « *la garantie effondrement avant réception* » autrement dit la garantie contractuelle de droit commun.

Par la suite, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, suivra cette jurisprudence par un arrêt en date du 16 juin 1993.¹³⁹

A partir de là, le domaine de l'assurance obligatoire va devenir extrêmement vaste puisque ce concept va être repris dans plusieurs types de travaux comme par exemple, l'étanchéité d'une station de métro souterraine¹⁴⁰, une dalle en béton armée destinée à supporter le montage d'une piscine extérieure préfabriquée,¹⁴¹ des terrains de tennis à plusieurs reprises, travaux relatifs au mur de soutènement même éloigné du bâtiment et non destiné à assurer la stabilité des fondations de ce bâtiment.¹⁴²

¹³⁸ Bull. civ. I, n° 75 ; Resp. civ. et assur., Hors série déc 1998, n° 153, p. 231

¹³⁹ D. 1993, IR p. 167 ; JCP 1993, IV 2095, p. 254 ; Gaz. Pal. 1994, 1, pan. 2

¹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 avril 1991, RGAT 1991, p. 608, note J. Bigot

¹⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996, Resp. civ. et assur. 1996, n° 154

¹⁴² Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1993, Bull. civ. I, n° 133, p. 88; 15 déc. 1993, RGAT 1994, p. 568, obs. J.P Karila

L'application de ce concept conduira la Cour de cassation à étendre le domaine de l'assurance même si les techniques de travaux de bâtiment concernaient des locaux à usage industriel et commercial.

Il en est résulté qu'ont été soumis à l'assurance obligatoire, des éléments d'équipement ayant un caractère industriel alors que traditionnellement, ils ne relevaient même pas de la responsabilité des constructeurs.

Cela fut jugé, notamment pour un dispositif de décilage d'un silo¹⁴³ et les décisions des juges du fond ont emboîté le pas de la Cour de cassation en admettant l'obligation d'assurance pour la construction d'une station d'épuration, pour le socle d'un transformateur, d'une centrale électrique.

Ce nouveau concept qui offre aux maîtres d'ouvrage la sécurité d'une réparation, a été vivement critiqué par la doctrine¹⁴⁴ pour les raisons suivantes : d'une part, ce concept ne prévoit pas un critère normatif ou objectif de technique des travaux de bâtiment, tant sont variées les techniques de construction ; en outre, le législateur n'entendait pas s'attacher à la technique des travaux pour distinguer les bâtiments des autres ouvrages, notamment de génie civil ; d'autre part, ce concept n'est pas déterminant puisque la plupart des ouvrages immobiliers comme les bâtiments ou ouvrages de génie civil utilisent des techniques communes comme la pierre, le sable, le ciment ou le béton-acier, etc..., enfin, il contribue à abolir en pratique toute distinction entre bâtiment et génie civil et ne tient pas compte de la volonté du législateur qui s'attachait à la finalité de l'ouvrage : finalité d'abri pour le bâtiment et autre finalité pour le génie civil.

Désormais, ce nouveau critère suppose que soit prise en compte la manière dont les travaux ont été réalisés et non plus les résultats des travaux. C'est un critère très éloigné de la notion de travaux de bâtiment au sens d'abri de l'homme, permettant ainsi la prise en compte de travaux divers. On ne peut comprendre cette jurisprudence que par le souci du juge d'apporter une protection efficace aux maîtres d'ouvrage.

¹⁴³ Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, Bull. civ. I, n° 149, p.104

¹⁴⁴ Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), La définition des travaux de bâtiment dans l'assurance construction, RDI 1985, p. 217 ; Groutel (H), de la notion de bâtiment à celle des techniques de travaux de bâtiment, Resp. civ. et assur., 1991, chron. 14 ; Lesage (F), Techniques de travaux de bâtiment, Assur. françaises, déc. 1996 p.42 ; Leguay (G), Pour une définition des ouvrages et équipements exclus du champ des obligations d'assurance, RDI 1997, p. 96 Leguay (G) et Dubois (Ph), Assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p. 32 ; Code commenté Argus 1999, p. 335

On est désormais très loin de l'esprit de la loi Spinetta. Alors que le rôle du juge est d'appliquer et dire le droit en tant que serviteur de la loi, on se demande si le juge n'a pas excédé ses pouvoirs. En même temps, on ne peut l'affirmer, car si le juge est celui qui tranche en dernier ressort, il n'en demeure pas moins que les solutions qu'il consacre ne sont pas uniquement le fruit de la loi, elles sont aussi le fruit des réflexions contradictoires que lui présentent les experts ou les avocats et du contexte socio-économique dans lequel il est appelé à se prononcer. Il participe d'une certaine façon à l'amélioration de la loi.

Sous peine d'être coupable de déni de justice, la jurisprudence a dû pallier les carences de la loi. Elle a forgé sa propre interprétation. Certes elle n'a pas toujours été dans le sens de la loi, mais elle a eu le mérite d'apporter aux maîtres d'ouvrage une protection maximum, respectant ainsi la philosophie de la loi.

Néanmoins si des règles secondaires et des méthodes de procédure viennent aider à résoudre les conflits de façon plus juste, prévisible et admissible, en mettant un peu d'ordre dans l'incessant dialogue des sources, il n'en demeure pas moins que le juge a sa propre intuition et ses propres convictions personnelles.¹⁴⁵

Certes, la philosophie de la loi était de protéger le maître d'ouvrage. Certes, la loi recelait des lacunes qu'il incombait au juge de combler. Alors s'il est vrai que le juge a fait preuve d'audace et d'une œuvre créatrice importante en la matière, sa jurisprudence ne sera pas remise en cause par l'ordonnance du 8 juin 2005, dont le but est de clarifier et préciser le champ d'application de l'assurance obligatoire.

§ 2 L'encadrement législatif du champ d'application de l'assurance obligatoire

Il passe par la clarification de l'objet de l'assurance et par l'exclusion de certains ouvrages.

L'adoption du critère des techniques de travaux de bâtiment par application extensive de la notion de travaux de bâtiment a ému tous les professionnels concernés par le droit de la construction. Ce nouveau critère a permis à la Cour de cassation d'étendre le domaine de l'assurance obligatoire d'une manière importante, au-delà de ce que le législateur avait envisagé.¹⁴⁶ Le Rapport au Président¹⁴⁷ souligne que cette extension avait conduit à « une

¹⁴⁵ Viley (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris Dalloz, 1962, p.151

¹⁴⁶ Emon (C), responsabilité et assurance construction, la réforme du 8 juin 2005, *Rev. Administrer* juil. 2006, p.

incertitude juridique et économique préjudiciable aussi bien pour les assujettis à l'obligation d'assurance que pour les assureurs qui se trouvent dans l'impossibilité d'évaluer leurs engagements ». C'est ainsi que dès 1995,¹⁴⁷ des groupes de travail se sont mis en place. En mai 1997, il y a eu une mission juridique, animée par le professeur Périnet-Marquet. Parallèlement, dans la même année, une Commission technique de l'assurance fut créée et au mois de mai 1998, un groupe de rédaction fut constitué auprès de celle-ci. Ce projet de réforme a abouti le 8 juin 2005.

A - La genèse de la réforme

Si la nécessité d'encadrer la notion de travaux de bâtiment était à l'ordre du jour, c'est parce que son extension par application de la notion des techniques de travaux de bâtiment a contribué non seulement à étendre le champ d'application de l'assurance obligatoire, mais également à le confondre avec celui de la responsabilité des constructeurs, ce qui n'était pas le vœu du législateur de 1978.

Cet état de chose a donc suscité de vives réactions de la part des professionnels de la construction et des propositions de solutions ont été évoquées.

D'une part, ce concept était facteur d'insécurité juridique, car il conduisait à soumettre à l'obligation d'assurance, des travaux ne concernant pas un bâtiment au sens strict du terme comme des travaux de génie civil, des erreurs d'implantation ou des dommages aux mobiliers... en même temps étaient soustraits à cette obligation d'assurance, des dommages qui, par essence autrefois, lui étaient rattachés comme les voies et réseaux divers privatifs.

D'autre part, ce concept de technique des travaux de bâtiment ne correspondait à aucun « *référentiel technique* » permettant d'identifier précisément les travaux devant être obligatoirement assurés.

Ensuite parce qu'aucune raison valable n'impose de faire coïncider le domaine de la responsabilité décennale et celui de l'assurance obligatoire. D'autant plus que l'obligation

¹⁴⁷ Relatif à l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, JO 9 juin 2005, p. 10093 ; Rev. Administrer juil. 2005, p. 61

¹⁴⁸ La fédération Française du bâtiment, représentant 56000 entrepreneurs et artisans du bâtiment, a pris l'initiative, appuyée par les assureurs (FFSA), de faire des propositions de réforme du système de l'assurance construction, Mon. TP 16 juin 1995, suppl. textes officiels, p. 361-362; Rev. Administrer juil. 2006, p. 10 ; Bigot (J), Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, ordonnance du 8 juin 2005, JCP éd. G I, 148, juin 2005, p. 1219

d'assurance est le meilleur moyen de donner de la réalité au bénéfice de la garantie pour le maître de l'ouvrage.

Enfin, ce glissement du concept de « *travaux de bâtiment* » à celui des « *techniques de travaux de bâtiment* » avait l'inconvénient économique d'étendre le domaine de l'assurance obligatoire et, par conséquent, de contribuer à l'augmentation des primes dues, ce qui est préjudiciable aux constructeurs et aux maîtres d'ouvrage. Le préjudice s'étend également aux assureurs dans la mesure où le risque assuré a été modifié en cours de contrat, certains dommages devant être couverts par suite de l'interprétation extensive de la jurisprudence alors qu'ils ne l'étaient pas lors de la détermination des primes.

Le groupe de travail qui avait déposé son Rapport le 18 décembre 1997, compte tenu des différents éléments recueillis, avait donc suggéré certaines propositions.

Sans toutefois abandonner la jurisprudence de la Cour de cassation, ces propositions poursuivaient un objectif de clarification et non un bouleversement total de la loi du 4 janvier 1978.

Ce souci de clarification se traduisait essentiellement par l'exclusion du champ d'application de l'assurance construction des dommages relevant de la garantie biennale, mais aussi de deux types de travaux caractérisés par leur nature ou par leur siège.

Il s'agissait d'une part, des ouvrages de génie civil qui ont une spécificité certaine permettant de les identifier et, par conséquent, de les isoler clairement. Et après tout, ce ne sont pas des ouvrages de bâtiment. D'autre part, il y a des éléments d'équipements professionnels qui peuvent techniquement être des éléments indissociables du bâtiment mais qui, dans l'esprit de la loi Spinetta devaient demeurer hors du champ d'application de l'assurance dommages ouvrage.

On notera toutefois que les termes de l'ordonnance sont identiques à la version présentée par le Ministère de l'équipement le 19 octobre 1998, à l'exception du contenu des ouvrages exclus de l'obligation d'assurance et l'exclusion des dommages aux existants.

Si l'ordonnance paraît plus conforme à l'esprit même de la loi Spinetta, elle semble éloignée de l'idée initiale de Spinetta qui souhaitait circonscrire l'obligation d'assurance à l'habitat.

L'ordonnance du 8 juin 2005 est empreinte de l'évolution jurisprudentielle, ou encore de la volonté affichée des fédérations comme la FNB et la FFSA¹⁴⁹ en 1996.¹⁵⁰ Ces dernières s'étaient fixées comme objectif lors des consultations du Comité Périnet-Marquet, d'exclure du champ de l'obligation d'assurance, les ouvrages de génie civil et les équipements qui ont une fonction exclusivement professionnelle.

L'ordonnance s'attache à clarifier les contours de l'obligation d'assurance¹⁵¹ et d'exclure certains ouvrages de l'assurance obligatoire.

B - La clarification du champ d'application de l'assurance

La clarification du champ d'application de l'assurance obligatoire s'articule autour de la consécration de la notion de travaux de construction et de l'exclusion d'un certain nombre d'ouvrages de l'assurance obligatoire.

1. La consécration légale de la notion de « travaux de construction » substituant la notion de « travaux de bâtiment »

La notion de « *travaux de construction* » est une création jurisprudentielle dont le but était de permettre la détermination du champ d'application de la responsabilité des constructeurs.

Si on se réfère à la lecture du rapport du Comité d'expert, présidé par Monsieur Périnet-Marquet, on y dénote la volonté de rattacher l'assurance obligatoire à un ouvrage immobilier. Cette référence s'inscrivait dans la logique du Rapport Spinetta qui s'appuyait sur la fonction construction.

L'ordonnance ne suivra pas cette proposition, mais adoptera plutôt le critère jurisprudentiel de « *travaux de construction* » pour le généraliser à l'assurance obligatoire.

C'est ainsi que le terme « *travaux de bâtiment* » va être supprimé ou remplacé par celui de « ***travaux de construction*** » dans le titre IV du livre II du Code des assurances.

¹⁴⁹ Fédération Nationale du Bâtiment et Fédération Française des Sociétés d'Assurance

¹⁵⁰ Pagès de Varenne (ML), responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005, p.8

¹⁵¹ Bigot (J), Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, ordonnance du 8 juin 2005, JCP éd. G, I, 148, juin 2005 p.1220;Emon (C), Responsabilité et assurance construction, la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer, juil. 2006, p. 15 ; Leguay (G), assurance construction : la réforme, Bull. d'actualité, Lamy droit immob. Juil. 2005, p. 6 ; Karila (JP), Responsabilité assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP 16 sept. 200, cah. Détaché n° 2, p. 9

En conséquence, les locutions « *à propos des travaux de bâtiment* » dans l'article L 241-1 du Code des assurances seront supprimées. En revanche, dans les articles L 241-2 et L 242-2 du même Code, la notion de « *travaux de bâtiment* » sera supprimée et remplacée par la notion des « *travaux de construction* », par référence à la présomption de responsabilité établie par les articles 1792 et suivants du Code civil.

Certains auteurs considèrent que cette notion de « *travaux de construction* » constitue une solution intermédiaire qui modernise et clarifie le domaine de l'assurance obligatoire.¹⁵² Le terme « *travaux de construction* » suppose un « *ouvrage construit par opposition au sol, aux matériaux et aux plantations* ». ¹⁵³ Plus précisément, on considérera que les travaux de construction font référence au :

« ...fait de lier ensemble divers matériaux et objets aux fins de créer un nouvel objet de nature et de destination différentes de celles de chacun de ses composants. Le terme désigne à la fois un processus et un résultat. Il est parlé de construction dans des domaines très divers de la vie économique : construction navale, construction électrique, construction mécanique, construction automobile, construction de bâtiment (...). Dans le langage populaire aussi bien que dans la terminologie juridique, le terme construction vise une réalisation immobilière édifiée par l'homme en vue de son utilité : un immeuble d'habitation, une usine, un pont, Notre Dame de Paris, l'opéra Bastille, un court de tennis, un stade, une piscine, un théâtre. La loi Spinetta ne définit nullement le terme construction, ni d'ailleurs les termes d'ouvrage, bâtiment, génie civil ». ¹⁵⁴

Si on considère que « *la construction immobilière* » ne se distingue pas d'un « *ouvrage immobilier* » au sens de l'article 1792 du Code civil, cela permet donc d'intégrer de par la loi dans l'assurance obligatoire les travaux plats (dalles), les murs, les travaux en sous-sol et autres réalisations de la filière entreprise. Autrement dit, les ouvrages au sens de l'article 1792 du Code civil relèvent de l'assurance, sauf s'ils en sont expressément exclus.

¹⁵² Ponce (C), Contribution à la définition du champ d'application de l'assurance construction : la notion de travaux de construction, RGDA 2004, n°4, p 905

¹⁵³ Association H. Capitant, Dir. G. Cornu, Vocabulaire juridique, V. Construction, PUF 1998, cité par J. Bigot, JCP éd. G, I, 148, juin 2005, p. 1221

¹⁵⁴ Sainrapt (Ch.), Dictionnaire général de l'assurance, éd. Ascatore 1996, cité par J. Bigot, JCP éd. G, I, 148, juin 2005, p. 1221

A priori, le concept de « *travaux de construction* » paraît plus facile à comprendre par les praticiens et les justiciables au niveau de la sémantique. L'action de construire se comprend facilement. Elle rend compte de la réalisation de quelque chose ou alors à l'assemblage des diverses parties.

Mais en pratique, chaque fois que la jurisprudence aura à se prononcer sur la nature des « *travaux de construction* », il devra se poser la question de savoir si les ouvrages objet de travaux de construction ne relèvent pas d'une catégorie des ouvrages exclus à l'article L 241-1-1 du Code des assurances.¹⁵⁵

2. L'exclusion d'un certain nombre d'ouvrage et éléments d'équipement de l'assurance obligatoire

a *Les ouvrages et les éléments d'équipement*

L'ordonnance du 8 juin 2005, poursuivant son objectif de clarification des contours de l'assurance obligatoire, procède à l'exclusion de certains ouvrages de cette assurance, plutôt que de définir les ouvrages relevant de l'obligation d'assurance.

A cet effet, l'ordonnance crée un nouvel article L 243-1-1 dans le Code des assurances, dressant une liste des ouvrages non soumis à l'assurance obligatoire. Globalement, ces ouvrages correspondent à des ouvrages de travaux publics et se rattachent au secteur du génie civil.

Désormais, tout ouvrage au sens de l'article 1792 de Code civil relève de l'obligation d'assurance, sauf s'il constitue l'un des ouvrages expressément exclus. Le Comité Périnet-Marquet avait justement proposé de procéder par voie d'exclusion. A contrario, les travaux de bâtiment quelle que soit la finalité du bâtiment (habitat ou autre) continue à relever de l'assurance obligatoire. Cette liste d'exclusion d'ouvrages de l'assurance obligatoire comprend : « *les ouvrages maritimes lacustres, fluviaux, les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires, les ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et différents* ». On précisera que l'exclusion de l'obligation d'assurance s'applique aussi aux éléments d'équipement de ces ouvrages. Une seconde liste concerne « *les voiries, les réseaux divers, les ouvrages piétonniers, les*

¹⁵⁵ Pagès de varenne (ML), Responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005, Constr. et urb. sept. 2005, p. 9

canalisations, les lignes ou câbles et leurs supports, les parcs de stationnement, les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie, les ouvrages de télécommunication, les ouvrages sportifs non couverts, ainsi que leurs éléments d'équipement ». Mais contrairement à la première liste, ces ouvrages précités et leurs éléments d'équipement sont soumis à l'obligation d'assurance que s'ils sont accessoires à un ouvrage soumis à l'obligation d'assurance.

Selon la formule employée par Monsieur Bigot,¹⁵⁶ « *la méthode par exclusion* » qui offre l'avantage de faire l'économie d'une définition hasardeuse des ouvrages relevant de l'obligation d'assurance, présente néanmoins certains inconvénients.

D'une part, si la liste se révèle incomplète, il sera nécessaire de la compléter par voie législative ou d'ordonnance. D'autre part, il y aura peut être des cas limites ou des interrogations sur la notion d'accessoire, qu'il appartiendra aux juges de trancher ou aux autorités administratives de préciser par voie de réponse ministérielle. Mais dans un domaine aussi technique, cette contrainte est à peu près inévitable. Ce qui fait dire à Monsieur Périnet Marquet¹⁵⁷ que « *la jurisprudence aura sur ce point, comme sur bien d'autres à exercer ses talents d'interprétation* ».

En effet, l'ordonnance du 8 juin 2005 sur ce point n'a pas totalement entériné les propositions du Comité Périnet-Marquet. D'une part, celui-ci proposait de n'exclure les installations industrielles ou sportives que pour autant que leur coût dépassait un seuil réglementaire. Cette proposition n'a pas été suivie d'effet, puisque l'ordonnance s'attache à exclure les ouvrages de génie sans les définir, elle se contente juste de les énumérer. D'autre part, la Comité avait proposé un critère intéressant de l'accessoire nécessaire au juge lors de la qualification des éléments d'équipement en tant qu'accessoire de l'ouvrage. Pour ce comité, il fallait prendre en compte les ouvrages et équipements accessoires à un ouvrage relevant de l'obligation d'assurance, que dans la mesure où ils ont été réalisés dans le cadre de la même opération immobilière, soit postérieurement, mais sur la même unité foncière.

Malheureusement, l'ordonnance n'entérine pas cette proposition, néanmoins, elle en fait référence dans la note de présentation de celle-ci.

¹⁵⁶ Bigot (J), Responsabilité et assurance décennale, la clarification attendue, JCP éd. G, I, 148, juin 2005, p.1222 ; Leguay (G), Assurance construction : la réforme, Bull. d'actualité, Lamy droit immob. juil. 2005, p.7

¹⁵⁷ Tous les ouvrages sont concernés, sauf..., Mon. TP 23 sept. 2005, p. 94

« S'agissant de la notion d'accessoire, elle s'entend par exemple pour les voiries et réseaux divers d'un lotissement comme soumettant à assurance obligatoire les seules parties des voiries et réseaux divers situées sur l'unité foncière d'implantation du futur bâtiment et commandées par le maître d'ouvrage ou pour son compte. En revanche, les voiries et réseaux divers réalisés dans le cadre global de l'opération d'aménagement, ne seront pas soumis aux obligations d'assurance ».

On peut en déduire que le critère de l'accessoire suppose que soit caractérisée la nécessité de son usage pour l'ouvrage ou encore le rattachement physique.¹⁵⁸ Ainsi, des ouvrages ou parties d'ouvrages privatifs nécessaires à l'usage d'un ouvrage relevant de l'assurance obligatoire doivent être pris en compte. On citera comme exemple un réseau VRD nécessaire à l'usage d'un ou plusieurs immeubles d'un lotissement, un mur de soutènement destiné à retenir le terrain sur lequel est édifié un ouvrage relevant de l'obligation d'assurance, nécessaire à sa stabilité et à sa pérennité, des ouvrages sportifs implantés dans l'unité foncière et affectés à l'usage privatif des résidents.¹⁵⁹

En dehors de l'exclusion de ces ouvrages et éléments d'équipement de l'assurance obligatoire, l'ordonnance exclura également les existants, sauf lorsqu'ils sont totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et en deviennent techniquement indivisibles.

b Les existants

Nous avons vu précédemment, selon la communication du COPAL, que les existants sont des parties anciennes de la construction ou de l'ouvrage avant l'ouverture du chantier, et sur/sous/ou dans lesquelles sont exécutés les travaux.

La jurisprudence pose divers critères fondés sur la nature décennale des désordres, l'importance des travaux, le montant des travaux, l'apport d'éléments nouveaux ou la technique des travaux de bâtiment pour soumettre les existants à l'obligation d'assurance, même dans les hypothèses, où ces existants étaient parfaitement divisibles des travaux neufs.

¹⁵⁸ Emon (C), Responsabilité et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer, juil. 2006, p. 16 ; Karila (JP), Responsabilité assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP 16 sept. 2005, cah. détaché n° 2, p. 14

¹⁵⁹ Exemples cités par J. Bigot, note précitée.

Désormais, selon les termes du nouvel article L 243-1-1 §II du Code des assurances, *« Ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles »*.

La doctrine critique ce nouveau texte. Pour Monsieur Karila,¹⁶⁰ *« le texte n'est pas d'une limpidité flagrante »*. Pour Monsieur Périnet-Marquet,¹⁶¹ *« cette formulation ne rend pas impossible, loin de là le maintien de la jurisprudence actuelle »*. Pour Monsieur Leguay,¹⁶² *« ...il ne suffisait pas d'exclure les existants des assurances obligatoires pour régler la question de la responsabilité décennale sur les existants. L'exclusion d'ouvrages ou d'éléments d'équipement de la responsabilité légale entraîne l'exclusion de ces ouvrages ou éléments d'équipement des obligations d'assurance- le nouvel article 1792-7 du Code civil en est un bel exemple- mais la réciproque n'est pas vrai ! Les constructeurs et maîtres d'ouvrage risquent donc de se trouver condamnés à indemniser des désordres sur des ouvrages existants sur le fondement de la responsabilité décennale alors même que ces ouvrages seraient exclus des assurances obligatoires »*.

En réalité, selon la doctrine, ce nouveau texte *« opère donc manifestement une confusion entre le champ d'application de l'assurance obligatoire et l'étendue des obligations de l'assureur de responsabilité décennale »*. Monsieur Périnet-Marquet rappelle que la question résolue dans l'arrêt Chirinian du 29 février 2000, n'était pas une question de champ d'application de l'assurance obligatoire de responsabilité, mais d'étendue de la couverture offerte par un assureur dans le cadre d'une assurance obligatoire existante. Il précise que *« si l'on devait admettre que le but visé par le législateur, et donc le sens à donner au texte, était bien de faire pièce à cette jurisprudence, c'est l'étendue de la garantie offerte par l'assureur qui serait réformée et non le champ d'application de l'assurance obligatoire »*. Il ajoute que *« pour aboutir à la mise à l'écart de la jurisprudence, il aurait été beaucoup plus simple de modifier l'article L 241-1 du Code des assurances pour lui faire préciser, in fine, que la garantie souscrite ne s'étend pas aux existants, ainsi que l'article L 242-1. Ou bien, après le mot « dommage », il aurait fallu rajouter les termes « de l'ouvrage assuré et de lui seul »*.¹⁶³

¹⁶⁰ Responsabilité assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, Mon. TP 16 sept. 2005, cah. détaché n° 2, p.14

¹⁶¹ Assurance construction (2), tous les ouvrages sont concernés sauf..., Mon. TP 23 sept. 2005, p. 95

¹⁶² Assurance construction : la réforme, Bull. d'actualité, Lamy droit immob., juil. 2005, p. 8

¹⁶³ Assurance construction (2), tous les ouvrages sont concernés sauf..., précité p. 95

En dépit de ces observations doctrinales sur la confusion que peut engendrer le texte, entre le champ d'application de l'assurance obligatoire et l'étendue des obligations de l'assureur de responsabilité décennale, on retiendra, en attendant l'interprétation jurisprudentielle sur la portée du texte, que : « *Certains dommages aux existants qui relèvent de la responsabilité décennale, continueront à être pris en charge au titre de l'assurance décennale obligatoire alors que d'autres ne seront pris en charge par l'assureur que si le maître de l'ouvrage ou le constructeur ont volontairement souscrit une garantie spéciale facultative (dommages aux existants)* ». ¹⁶⁴ Il ressort de la nouvelle disposition (article L 243-1-1 §II du Code des assurances) que la frontière entre les existants « *inclus* » et les existants « *exclus* » de l'assurance, est fonction de deux conditions cumulatives. D'une part, les existants doivent être totalement incorporés dans l'ouvrage neuf. D'autre part, l'incorporation totale doit rendre les existants techniquement indivisibles des ouvrages neufs.

Il est donc clair que les existants exclus de l'obligation d'assurance, relèveront de la responsabilité contractuelle de droit commun d'une durée de 10 ans à compter de la réception, sous réserve que la faute commise ne soit pas extérieure au contrat. ¹⁶⁵ C'est ce que souhaitait le COPAL ¹⁶⁶ depuis 1985. Il affirmait à l'époque que « *les dommages survenant aux existants, du fait des travaux neufs, sont justiciables du régime de responsabilité de droit commun et de lui seul...* ».

Reste à voir comment le juge appliquera les conditions cumulatives fixées par l'ordonnance. Certains auteurs, comme Monsieur Ponce ¹⁶⁷ pense que le juge pourrait habilement contourner le garde-fou posé par la loi en se plaçant sur un terrain autre que celui des travaux neufs et de leur insuffisance constitutive d'une atteinte à leur destination. Il est possible aussi que l'application du texte nouveau ne pose pas de difficulté, puisque la Cour de cassation vient de rendre un arrêt dont les faits ¹⁶⁸ remontent avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, mais dont la solution paraît en cohérence avec les termes du nouvel article L 243-1-1 II du Code des assurances. Elle a décidé au visa des articles L 241-1 et A 243-1 du Code des assurances que « *le contrat d'assurance de responsabilité ne garantit que le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué*

¹⁶⁴ Emon (C), Responsabilité et assurance construction, la réforme du 8 juin 2005, Rev. Administrer juil. 2006, p. 18

¹⁶⁵ Cass. 3^e civ., 16 mars 2005, Juris-data n° 2005-02 7585 ; Resp. civ. assur, 2005, Comm.156, obs. Groutel.

¹⁶⁶ Avis du COPAL 25 nov. 1985 extrait RDI 1985, p.273.

¹⁶⁷ Contribution à la définition du champ d'application de l'assurance construction : la notion de « travaux de construction », RGDA 2004, p. 905

¹⁶⁸ Cass. 3^e civ., 5 juil. 2006, n° 05-16.277, Bull ; civ. III, n° 167, p. 139; Resp. civ. et assur. p. 23, note H. Groutel ; RGDA 2006 p. 707, note JP Karila

et des ouvrages existants qui lui sont indissociables ». La seule nuance à apporter est que l'ordonnance parle d'une incorporation des existants dans l'ouvrage neuf, alors que l'arrêt parle d'une indissociabilité.

L'encadrement législatif du domaine de l'assurance obligatoire était nécessaire. Même s'il s'inscrit dans la ligne suivie par la jurisprudence, il a le mérite de clarifier les choses. Chacun des acteurs de la construction sait désormais à quoi s'en tenir et non plus seulement aux fluctuations jurisprudentielles. Cela étant, certains textes susciteront malgré tout l'interprétation du juge.

Désormais, le domaine de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire sont précisés. L'ambiguïté régnant entre les deux domaines est clarifiée. Les assureurs fixeront leur prime en toute connaissance de cause.

CHAPITRE II L'INTERPRETATION EXTENSIVE DE LA PERIODE DE GARANTIE

La mise en œuvre de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire est enfermée dans des délais précis édictés par la loi. Nous rappelons pour mémoire que la loi Spinetta a institué trois nouvelles garanties, à savoir : la garantie de parfait achèvement d'une durée d'un an (article 1792-6 du Code civil), une garantie de bon fonctionnement, communément appelée garantie biennale d'une durée de deux ans (article 1792-3 du Code civil) et enfin une garantie décennale d'une durée de dix ans (articles 1792 et 2270 du Code civil). Toutes ces trois garanties ont pour point de départ la réception des travaux. C'est l'élément clé de la responsabilité des constructeurs. Elle marque la fin de la période contractuelle des obligations de l'entrepreneur fondées sur l'article 1147 du Code civil, entraînant par là même, la mise en œuvre des trois garanties précitées.¹⁶⁹

Parallèlement, la loi Spinetta a aussi institué une obligation d'assurance. Une assurance de responsabilité (article L 241-1 du Code des assurances) que doit souscrire tout constructeur au sens des articles 1792 et suivants du Code civil, et une assurance de dommages que doit souscrire le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage. La première prend effet après la réception et la seconde (c'est-à-dire l'assurance dommages ouvrage) après l'expiration de la garantie de parfait achèvement. En d'autres termes, le constructeur et son assureur de responsabilité sont tenus pendant dix ans à compter de la réception des travaux. Tandis que, l'assureur dommages ouvrage est tenu pendant neuf ans à compter de l'expiration de la garantie de parfait achèvement qui dure un an.

Dans un souci permanent de protection des maîtres d'ouvrage, la période de garantie va s'étendre malgré ces délais précis. La jurisprudence va allonger la période de responsabilité décennale, en consacrant d'une part, la réception tacite, qui semblait volontairement exclue de la loi de 1978, d'autre part, en soumettant à la garantie décennale des dommages qui devraient normalement être réparés au titre de la garantie de parfait achèvement et enfin, en interprétant de façon extensive les mécanismes de prescription.

Compte tenu de la distinction entre le moment de la prise d'effet de la garantie des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire, il nous est apparu logique d'analyser l'application jurisprudentielle en distinguant d'une part, la période de responsabilité

¹⁶⁹ Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 121

décennale (section 1) et d'autre part, la période de garantie de l'assurance obligatoire de dommage (section 2).

SECTION 1 L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE EXTENSIVE DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA PERIODE DE RESPONSABILITE DECENNALE

La période de responsabilité décennale prend effet après la réception, alors que l'assurance obligatoire de dommages ouvrage prend effet après expiration de la garantie de parfait achèvement. En principe, la responsabilité décennale des constructeurs est enfermée dans un délai préfix qui court à compter de la réception des travaux prévue par les dispositions des articles 1792-6 et 2270 du Code civil. C'est un délai de dix ans qui garantit le maître d'ouvrage contre tous les vices de nature décennale pouvant entacher l'ouvrage. Il se trouve qu'en pratique, la période de responsabilité décennale des constructeurs s'est modifiée du fait de l'interprétation du juge à un double point de vue : d'une part, par une interprétation extensive de la réception tacite et un empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement (§1), d'autre part, par un allongement des délais de garantie (§2).

§ I L'interprétation extensive de la réception et l'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement

La réception est un élément fondamental du système mis en place par la loi Spinetta. Elle marque le point de départ des garanties légales. Lorsque toutes les conditions sont réunies, les désordres sont réparés sur le fondement des dispositions de l'article 1792 et suivant du Code civil. Après expiration de la garantie de parfait achèvement, le domaine de la responsabilité décennale se confond avec celui de l'assurance dommage. Cependant, certains dommages qui devraient relever de la garantie de parfait achèvement ont été soumis à la garantie décennale. La jurisprudence, interprétant de manière extensive la période de responsabilité des constructeurs, cela aboutit à deux conséquences : d'une part, l'avancement du point de départ de la garantie en consacrant la réception tacite (A) et d'autre part, l'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement (B).

A - L'interprétation extensive de la réception par avancement du point de départ de la garantie.

La réception est un évènement important en matière de construction. C'est le quitus pour la qualité et la quantité des travaux exécutés sauf réserves.¹⁷⁰ Elle permet de déclencher le processus des garanties légales. Le législateur de 1978 a institué la réception expresse afin de rompre avec le régime de 1967, qui appliquait la réception tacite. Mais loin de respecter la volonté du législateur¹⁷¹ et encouragé par la doctrine¹⁷², la jurisprudence a finalement consacré la réception tacite avançant de ce fait le moment de la réception.¹⁷³ Elle l'a admise de manière évolutive en précisant les conditions, même si on note quelque fois une confusion avec les conditions de la réception expresse ou judiciaire. La jurisprudence a ensuite admis dans les hypothèses d'abandon de chantier, que l'achèvement des travaux n'était pas nécessaire.

1. La consécration jurisprudentielle de la réception tacite

La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut, judiciairement. Elle est en tout état de cause prononcée contradictoirement.¹⁷⁴

Les termes de l'article 1792-6 du Code civil paraissent clairs, ils instituent une réception expresse et une réception judiciaire. Ils semblent donc exclure une réception tacite. Il résulte également des travaux préparatoires qu'un amendement prévoyant la possibilité d'une réception tacite avait été repoussé.¹⁷⁵ Mais la Cour de cassation a consacré la réception tacite de façon évolutive, tout en posant les conditions.¹⁷⁶

La Cour de cassation n'a pas admis directement la réception tacite. Elle l'a d'abord fait de manière implicite en énonçant que :

¹⁷⁰ Cass. 3^e civ., 16 fév. 1972, Bull. civ. III, n° 114, p. 84

¹⁷¹ Auby (J) et Périnet-Marquet (H), droit de l'urbanisme et de la construction, ouvrage préc. P. 662 ; Périnet-Marquet (H), la réception des travaux : Etat des lieux, l'article 1792-6 du Code civil dix ans après, D. 1988, chron. p. 287-394 ; Chapron (J), Observations sur la réception des travaux, RDI janv.-mars 1995, p. 7s ; Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 121

¹⁷² Karila (JP), Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4/1/78, Gaz. pal. 1986, 2 doct., p. 469-473

¹⁷³ Acte juridique unilatéral par lequel le maître de l'ouvrage accepte et agréé les travaux

¹⁷⁴ Art. 1792-6 du Code civil

¹⁷⁵ JO AN débats, 1^{ère} séance du 19 déc. 1977, p. 8982

¹⁷⁶ M. Périer, note sous arrêt, Cass. 3^e civ., 21 juin 2006, n° 05-19.281, RGDA 2006, p. 682

*« Les garanties décennale et biennale ne commençaient donc pas à courir à compter de la levée des réserves, (c'est à dire l'exécution des travaux consécutifs à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement) mais dès la réception ».*¹⁷⁷

Par la suite, elle la consacra expressément en énonçant que : *« L'article 1792-6 laisse subsister la possibilité d'une réception tacite ».*¹⁷⁸

La reconnaissance de la réception tacite est désormais constante sous l'empire de la loi de 1978. Elle se justifie ainsi d'une part, *« Cette admission était nécessaire pour éviter que les maîtres d'ouvrage soient démunis face aux assureurs qui essayaient de retarder autant que faire se peut l'échéance de leur mise en cause financière, en plaidant en faveur de l'absence de réception même tacite ».*¹⁷⁹ D'autre part, par le fait que *« le monde de la construction est peu enclin à l'utilisation systématique de contrats écrits ; Or dans un certain nombre de cas, il ne faisait pas de doute qu'en l'absence de formes, les parties avaient souhaité, de par leur attitude accepter l'ouvrage ».*¹⁸⁰ La jurisprudence a peaufiné les conditions de cette réception au fil des espèces qui lui étaient soumises.

Il ressort de l'étude des décisions jurisprudentielles, que deux critères sont exigés pour la prise en compte de la réception tacite: D'une part, une manifestation de la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de recevoir les travaux.¹⁸¹ D'autre part, le caractère nécessairement contradictoire de la réception.

¹⁷⁷ Cass. 3^e civ., 23 avril 1986, Bull. civ. III, n° 46, p. 36

¹⁷⁸ Cass. 3^e civ., 16 juil. 1987, Bull. civ. III, n° 143, p. 84; D. 1987, p. 577; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1988, Bull. civ. III, n° 137, p. 75

¹⁷⁹ Gys (F), L'article 1792-6 du Code civil et la réception tacite des ouvrages, PA 6 mars 1995, n° 28, p. 8-11

¹⁸⁰ Périnet-Marquet (H), La responsabilité des constructeurs, D. 1996, p. 24 ; Droit de l'urbanisme et de la construction, éd. Montchrestien 1998, p. 661

¹⁸¹ Cass. 3^e civ., 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 176, p. 97 ; RGAT 1989, p. 860, obs. J. Bigot; RDI 1990, p. 213, obs. Malinvaud et Boubli ; Cass ; 3^e civ., 22 juin 1994, Bull. civ. III, n° 126, p. 79; RDI 1994, p. 662, obs. Malinvaud et Boubli; Cass. 3^e civ., 18 nov. 1998, Bull. civ. III, n° 296, p. 182; Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, n° 00-19-387, Lamy droit immob. 2002, n° 3196

S'agissant du premier critère, c'est-à-dire la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de recevoir les travaux, celle-ci doit être corroborée par un faisceau d'indices matériels telle que la prise de possession effective,¹⁸² la signature de la déclaration de d'achèvement des travaux,¹⁸³ le paiement intégral du prix.¹⁸⁴ La volonté non équivoque ne suffit pas à elle seule pour caractériser la réception tacite,¹⁸⁵ de même que chacun des indices matériels précités, pris individuellement.

S'agissant du second critère, c'est-à-dire le caractère nécessairement contradictoire de la réception, on note dans la jurisprudence, une confusion avec les conditions de la réception judiciaire et la réception amiable. Si l'exigence légale d'une réception « *en tout état de cause prononcée contradictoirement* », est facile à respecter lorsqu'un écrit est rédigé, il en va différemment en matière de réception tacite.

Par hypothèse, admettre que la réception puisse être tacite semble même inconciliable avec le caractère contradictoire exigé par la loi. Comment une réception tacite peut-elle être contradictoire ? Puisqu'elle résulte simplement de l'analyse du comportement du maître de l'ouvrage et du faisceau d'indices révélant son intention d'accepter les travaux.

La jurisprudence s'est pourtant efforcée de sauvegarder, dans tous les cas de réception tacite, un aspect de contradiction. Selon Monsieur Chapron,¹⁸⁶ « *cela peut s'expliquer par le souci de la cour de cassation de ne pas donner effet à la seule volonté unilatérale du maître de l'ouvrage et de sauvegarder, parfois malgré eux, les droits des locataires d'ouvrage* ». Il a été ainsi jugé qu'il ne suffisait pas que la réception puisse être considérée comme contradictoire à l'égard de certains des intervenants à l'opération de construction, mais qu'il fallait, pour que son existence puisse être retenue, que soient relevé un ou des faits établissant son caractère contradictoire à l'égard de l'entrepreneur auquel cette réception était opposée.¹⁸⁷ Cette solution a été ensuite confirmée.¹⁸⁸

¹⁸² Cass. 3^e civ., 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 176, p. 97 ; Cass. 3^e civ., 3 mai 1990, Bull. civ. III, n° 104, p. 57 ; Cass. 3^e civ., 24 juin 1992, Bull. civ. III, n° 217, p. 132

¹⁸³ Cass. 3^e civ., 14 fév. 1990, Bull. civ. III, n° 47, p. 24

¹⁸⁴ CA Rouen, 9 oct. 1990, RGAT 1991 p. 599, obs. J. Bigot ; Cass. 3^e civ., 22 juin 1994, Bull. civ. III, n° 126, p. 79 ; Cass. 3^e civ., 14 janv. 1998, Resp. civ. et assur., 1998, p. 123 ; Cass. 3^e civ., 16 fév. 2005, n° 03-16-880, Juris-data, n° 2005-026979, Constr. et urb. n° 4, avril 2005, p. 12, note ML Pagès de Varenne

¹⁸⁵ Cass. 3^e civ., 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 176 ; 30 sept. 1998, RGDA 1999, p. 379, note JP Karila ; 3 déc. 2002, Trib. de l'assur. 2002, n° 3, obs. A.M ; 21 juin 2006, n° 05-19.281, RGDA 2006, p. 683, note M. Périer

¹⁸⁶ Observations sur la réception des travaux, RDI janv.-mars 1995, p. 11

¹⁸⁷ Cass. 3^e civ., 4 avril 1991, Bull. civ. III, n° 109, p. 63 ; RDI 1991, p. 480, obs. Malinvaud et Boubli

¹⁸⁸ Cass. 3^e civ., 16 fév. 1994, Bull. civ. III, n° 22, p. 14

Pour apprécier le caractère contradictoire de la réception tacite, plusieurs éléments peuvent être retenus par le juge du fond : Une visite contradictoire des lieux sans qu'un procès-verbal de réception ait été établi apparaît très suffisante. Certes la preuve sera souvent difficile à rapporter, mais elle pourra se faire par tous moyens;¹⁸⁹ la constatation que l'entrepreneur a quitté les lieux, qu'il a enlevé son matériel et, surtout qu'il a envoyé sa facture définitive ou la dernière situation des travaux.¹⁹⁰

Si la réception tacite nécessite de démontrer la volonté non équivoque d'accepter les travaux et le caractère contradictoire, s'est posée la question de savoir si l'achèvement des travaux était aussi un critère de la réception tacite.

2. La réception tacite et la non exigence de l'achèvement préalable des travaux

Si les dispositions de l'article 1792-6 du Code civil précisent bien que la réception doit être volontaire et contradictoire, elles ne disent rien en ce qui concerne l'achèvement des travaux, éventuellement nécessaire pour que la réception ait lieu. Pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que la réception tacite ne pouvait intervenir que lorsque les travaux étaient achevés ou presque achevés.¹⁹¹ Mais la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision,¹⁹² abondamment commentée par la doctrine, a admis la validité d'une réception avant achèvement des travaux. Elle a considéré que:

« Viole l'article 1792-6 en ajoutant une condition qu'il ne comporte pas, la cour d'appel qui pour débouter un maître de l'ouvrage de sa demande en réparation de malfaçons fondées sur la garantie décennale, retient que la construction de l'immeuble n'est pas terminée et que la réception ne peut intervenir que lorsque l'ouvrage est achevé ».

La troisième chambre civile, en adoptant cette position (réception des travaux non achevés) avance la mise en jeu de la garantie décennale en cas d'abandon de chantier par les

¹⁸⁹ Chapron (J), Observations sur la réception des travaux, RDI janv.-mars 1995, p.12

¹⁹⁰ Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, Bull. civ. III, n° 50, p. 30; RDI 1994, p. 455, obs. Malinvaud et Boubli

¹⁹¹ Cass. 3^e civ., 8 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 337, p. 258 ; TGI Mans, 21 juin 1983, RDI 1984, p. 377 ; CA Riom, 7 juil.1988, RDI 1989, p. 213, obs. Malinvaud et Boubli ; Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, D. 1989, IR 202

¹⁹² Cass. 3^e civ., 12 juil. 1989, Bull. civ. III, n° 161, p. 88 ; Gaz. Pal. 1989, 2, Pan. p. 60; D. 1989, IR, p. 238; RDI 1990, p. 83 obs. Malinvaud et Boubli ; p. 104, obs. Dubois; 3 juil. 1991, RGAT 1992, p. 123 obs. Périnet-Marquet; 15 janv. 1997, RDI 1997, p. 237; 6 oct. 1999, Resp. civ.et assur. 2000, comm. n° 16

entrepreneurs. Monsieur Périnet-Marquet¹⁹³ avait critiqué cette solution dans son principe. Selon lui, en avançant artificiellement le moment de l'intervention de l'assureur, cela peut constituer une source de dérive. En revanche, il reconnaît que cette solution procure une protection au maître de l'ouvrage qui peut se trouver vulnérable en cas de défaillance, en cours de chantier, d'un locateur d'ouvrage. Cette décision est en opposition avec celle de la première chambre civile qui est plutôt restrictive, en ce qu'elle n'admet, en cas d'inachèvement des travaux, que la mise en jeu de l'assurance dommages ouvrage souscrite par le maître de l'ouvrage.¹⁹⁴

Cela étant, la jurisprudence de la troisième chambre civile est plutôt constante, l'inachèvement des travaux n'est pas une condition de la réception tacite. Ce qu'il faut caractériser, c'est la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de recevoir les travaux.¹⁹⁵ Un arrêt récent de la Cour de cassation confirme cette tendance.¹⁹⁶

Une fois la réception admise, se pose la question de savoir si les désordres réservés à la réception ou ceux notifiés après la réception, relèvent uniquement de la garantie de parfait achèvement ou si lesdits désordres, peuvent aussi relever de la garantie décennale ?

B - L'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement : les désordres réservés à la réception et notifiés dans le délai de garantie de parfait achèvement.

« La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. »¹⁹⁷

En fait, cet article distingue deux hypothèses. D'une part, les désordres réservés, c'est à dire des désordres apparents et non cachés. D'autre part, les désordres notifiés dans le délai

¹⁹³ Droit de l'urbanisme et de la construction précité. p. 667

¹⁹⁴ Cass. 3^e civ., 7 juin 1989, D. 1989, IR 202

¹⁹⁵ Cass. 3^e civ., 15 janv. 1997, Bull. civ. III, n° 12, p. 7 ; Cass. 3^e civ., 11 fév. 1998, RGDA 1998, p. 287, obs. J.P.

Karila

¹⁹⁶ Cass. 3^e civ., 17 nov. 2004, pourvoi n° 03-10202, RGDA 2005, n° 1, p. 172, note J.P Karila

¹⁹⁷ Art. 1792-6 al 2 Code civil

d'un an après la réception. A priori, la garantie décennale tout comme l'assurance obligatoire sont exclues en ce qui concerne ce type de désordres.¹⁹⁸ Seule la garantie de parfait achèvement doit être applicable. Mais la jurisprudence a évolué sur ces deux points en admettant que la garantie décennale soit applicable. D'une part, lorsque le dommage ne s'est pas révélé dans toute son ampleur lors de la réception. D'autre part, lorsque les désordres notifiés dans le délai d'un an à la garantie décennale, réunissent les critères de gravité de l'article 1792 du Code civil.

1. L'application de la garantie décennale aux désordres réservés à la réception mais s'aggravant par la suite

Ces désordres réservés qui normalement doivent être soumis à la garantie de parfait achèvement,¹⁹⁹ se trouvent réparés par application des dispositions relatives à la garantie biennale ou décennale. Ils sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond qui font une application au cas par cas, car il s'agit d'un problème de fait. Mais on relève deux critères principaux applicables aussi bien par la première que la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Il faut nécessairement :

- un lien indissociable entre le dommage allégué et les désordres réservés à la réception ;
- une manifestation du désordre dans toute son ampleur.

S'agissant du lien indissociable entre le dommage allégué et les désordres réservés à la réception, cette exception à l'application de la garantie de parfait achèvement résulte d'un arrêt de la troisième chambre civile qui a jugé que :

« L'insuffisance de chauffage était due, tant au manque apparent de certains convecteurs et des planchers rayonnants, dont le maître de l'ouvrage avait fait état dans le procès verbal de réception, qu'aux vices cachés résultant du trop faible diamètre des canalisations, du mauvais rendement des pompes à chaleur et de l'absence de mise au point de celles-ci et que ces causes étaient indissociables, la part imputable à chacune d'elles ne pouvant être précisée, rendait l'installation dans sa totalité impropre à sa destination... ».

¹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1993, Bull. civ. I, n° 50, p. 33

¹⁹⁹ Cass. 3^e civ., 29 avril 1987, Bull. civ. III, n° 89, p. 53

Par conséquent : « *L'ensemble des désordres affectant l'installation de chauffage relevait de la garantie décennale* ». ²⁰⁰ Cette jurisprudence désormais constante, trouve son prolongement dans le dommage qui ne s'est pas révélé dans son ampleur lors de la réception.

S'agissant de la manifestation du désordre dans toute son ampleur après la réception, on peut distinguer deux hypothèses : soit le maître de l'ouvrage a exprimé des réserves lors de la réception des travaux. Bien entendu, ces réserves portent sur des défauts qui n'engagent pas la responsabilité décennale des constructeurs, parce qu'ils ne remplissent pas les conditions de gravité de la garantie décennale (atteinte à la solidité ou impropriété à destination). Soit le maître de l'ouvrage n'a pas exprimé des réserves expresses, un vice « mineur » fait apparaître après réception, des désordres n'entrant pas dans le cadre de la responsabilité décennale, mais dont l'aggravation les convertit en désordres couverts par cette responsabilité, cette situation est fréquente en jurisprudence.

L'application de la garantie décennale à des désordres réservés à la réception, résulte d'une jurisprudence ^{201 202} bien établie. Il a donc été jugé que :

« Les dispositions des articles 1792-6 du Code civil ne sont pas exclusives de l'application de celles des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du même code, et que le maître de l'ouvrage peut demander sur le fondement de la garantie décennale à l'entrepreneur réparation des défauts qui, signalés à la réception ne se sont révélés qu'ensuite dans leur ampleur et leurs conséquences ».

Cela dit, la prise en charge de ces désordres au titre de la garantie décennale doit répondre à certaines conditions posées progressivement par le juge.

Les juges du fond doivent rechercher :

- dans quelle mesure « *les nouveaux désordres sont des aggravations des premiers désordres dénoncés dans le procès verbal de réception ou une action*

²⁰⁰ Cass. 3^e civ., 5 fév. 1992, RGAT 1992, p. 331, note A D'hauteville

²⁰¹ Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, RGAT 1994, p. 1188, obs. H. Périnet-Marquet. Bull. civ. III, n° 172 ; Cass. civ., 28 fév. 1996, RDI 1996, p. 217 ; CA Paris, 23^e ch. A, 17 janv. 2001, RDI 2001, p. 253 ; Cass. civ., 18 déc. 2001, RDI 2002, p. 150

²⁰² Cass. 1^{re} civ., 13 mars 1996, RDI juil.- sept. 1996, p. 196, obs. G. Leguay ; RGDA 1996, p. 661, note A. D'hauteville

ultérieure », ²⁰³ ou que « les désordres nouveaux procèdent de la même cause », ²⁰⁴ ou encore qu'il s'agisse « des mêmes ouvrages ». ²⁰⁵

- dans quelle mesure, « les aggravations alléguées portent ou non atteinte à la solidité de l'immeuble ou le rendent impropre à sa destination ». ²⁰⁶
- dans quelle mesure la première assignation est intervenue pendant le délai décennal, le juge doit « constater que les désordres ont été dénoncés dans le délai de forclusion décennale ». ²⁰⁷

Ces conditions sont donc nécessaires et suffisantes pour déclencher l'application de la garantie décennale, peu importe que le dommage primitivement dénoncé ait relevé de la garantie de parfait achèvement.

En revanche, le juge reste sévère vis à vis du maître de l'ouvrage lorsque son attention a été attirée lors de la réception de l'ampleur des dommages à venir et prive ainsi ce dernier du secours de la responsabilité décennale pour des désordres réservés lorsque son attention avait été attirée tant sur la défectuosité du carrelage que sur sa cause. ²⁰⁸

Si le juge soumet à la garantie décennale les désordres réservés à la réception, il en est de même pour les désordres notifiés dans le délai de garantie de parfait achèvement.

2. L'application possible de la garantie décennale aux désordres notifiés dans le délai de garantie de parfait achèvement

En principe, la garantie de parfait achèvement est une période pendant laquelle le maître de l'ouvrage peut encore incriminer les malfaçons et non-conformités qui n'étaient pas apparentes à ce moment. ²⁰⁹ Ces malfaçons concernent toutes les différences entre les prestations promises et celles effectivement réalisées par l'entrepreneur. ²¹⁰ Pendant cette période, tous les désordres notifiés à l'entrepreneur doivent être réparés au titre de la garantie de parfait achèvement. La jurisprudence sur ce point a évolué, en donnant la possibilité au

²⁰³ Cass. 3^e civ., 20 mai 1998, Rev. Administrer, août-sept. 1998, p. 49, note J.R. Bouyeure

²⁰⁴ Cass. 3^e civ., 11 mai 2000, RDI 2000, p. 344

²⁰⁵ Cass. 3^e civ., 11 juil. 2001, RDI 2002, p. 85

²⁰⁶ Cass. 3^e civ., 25 sept 2002, Juris-data, n° 2002-015571 ; Constr. et Urb. 2002, comm. 269 ; Cass. 3^e civ., 23 oct. 2002, JCP éd. G. 2002 IV, p. 2949

²⁰⁷ Cass. 3^e civ., 3 déc. 2002, RDI 2003, p. 185 ; Cass. civ., 4 nov. 2004, n° 03-13414, Juris-data, n° 2004-025453 ; Constr et urb. janv. 2005, p. 13

²⁰⁸ Cass. 3^e civ., 4 avril 2002, Trib. Ass. cahier de jurisp., n° 122, juil.-août 2002, p.4

²⁰⁹ Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. Du Moniteur 2000, p. 121

²¹⁰ Périnet-Marquet (H), La responsabilité des constructeurs, D. 1996, p. 30

maître de l'ouvrage d'invoquer la garantie décennale. Ainsi, par un arrêt de principe, la troisième chambre civile de la Cour de cassation,²¹¹ a considéré que :

« Les dispositions de l'article 1792-6 du Code civil ne sont pas exclusives de l'application des dispositions des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du même code. Dès lors le maître de l'ouvrage peut demander à l'entrepreneur réparation des désordres s'étant révélés dans l'année suivant la réception sur le fondement de la garantie décennale ».

Rejetant de ce fait l'argumentation de l'assureur qui soutenait dans son pourvoi :

« Le régime autonome et exclusif de la garantie décennale pendant le délai de garantie de parfait achèvement ».

A travers cette solution, la jurisprudence offre le choix au maître de l'ouvrage, d'agir contre l'entrepreneur sur la base de la garantie décennale, biennale ou de parfait achèvement.

La protection des maîtres d'ouvrage qui passe par l'interprétation extensive de la réception et l'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement trouve également son pendant dans l'allongement des délais de garantie.

§ 2 L'allongement des délais de garantie

Une fois le délai décennal passé, c'est à dire dix ans après la réception des travaux, certains dommages correspondants à ceux prévus par l'article 1792 et suivant du Code civil, c'est-à-dire des dommages qui portent atteinte à la solidité de l'ouvrage ou à sa destination, trouvent réparation.

La garantie de l'assureur de responsabilité décennale peut être sollicitée plus de dix ans après la réception par un double mécanisme. D'une part, par le jeu des actes interruptifs de prescription (A) et d'autre part, par l'action directe (B).

²¹¹ Cass. 3^e civ., 4 fév. 1987, Bull. civ. III, n° 16, p. 11; Cass. 3^e civ., 31 mars 1993, RGAT 1993, p. 611, note H. Périnet-Marquet ; Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2000, Juris-data n° 2000-000339 ; Resp. civ. et assur. comm. n° 132

A - Le mécanisme des actes interruptifs du délai décennal

Il résulte des dispositions de l'article 2270 du Code civil, que les constructeurs sont déchargés des responsabilités et garantie pesant sur eux après dix ans à compter de la réception. On précisera que le délai de la garantie décennale des constructeurs est un délai d'épreuve du bâtiment et non pas un délai de prescription.²¹²

Il se trouve que la durée de la garantie décennale et en conséquence de l'assurance, peut être allongée par l'interruption du délai décennal. On distingue :

D'une part, les causes²¹³ « ordinaires » d'interruption de la prescription, prévues par l'article 2244 du Code civil, comme :

- Le commandement
- La saisie
- La citation en justice par le biais d'une assignation au fond, tant que le litige n'a pas trouvé une solution définitive²¹⁴ ou depuis le 1er janvier 1986 une assignation en référé laquelle a pour conséquence de faire courir un nouveau délai égal à celui interrompu.²¹⁵

D'autre part, des causes « spécifiques » comme :

- La désignation d'un expert
- La reconnaissance de responsabilité, par exemple, par l'envoi d'une simple correspondance. Il a ainsi été jugé à l'encontre d'un entrepreneur qui avait écrit : *« Tant que nous ne pourrons pas faire une reprise en sous-œuvre... jusqu'au sol, il ne sera pas possible de remédier aux désordres qui continuent à se produire »*.²¹⁶
- Des conclusions incidentes ou reconventionnelles, lorsqu'elles impliquent la prétention à un droit contre le locateur d'ouvrage.²¹⁷

Ces événements qui sont susceptibles d'interrompre le délai décennal, c'est-à-dire de rompre sa continuité ou d'arrêter le délai, ont la particularité de déclencher un nouveau délai

²¹² Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer mars 1991, p. 9

²¹³ Malinvaud (Ph), La responsabilité des constructeurs (droit privé), sous la dir. de Ph. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p. 1171; Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 376 ; Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer mars 1991, p. 9; Peisse (M), L'interruption des délais dans le domaine de la construction, Gaz. Pal. 8 fév. 1996, p. 131

²¹⁴ Cass.3^e civ., 8 juin 1994, RDI 1994, p. 663 ; Chemin (Bet X), de quelques pièges de procédure dans les litiges de construction, RDI 1993, p. 461

²¹⁵ Cass. 3^e civ., 11 janv. 1995, RGAT 1995, p. 116, obs. J.P Karila

²¹⁶ Cass. 3^e civ., 20 fév. 1969, cité par A. Caston précité, p. 376

²¹⁷ Cass. 3^e civ., 23 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, 1984, pan. 102, obs. Piédelièvre ; RDI 1984, p. 316 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 1996, Bull. civ. I, n° 334, p. 234; Cass. 2^e civ., 26 nov. 1998, Bull. civ. II, n° 283, p. 170

d'une durée équivalente à celui qui a été interrompu.²¹⁸ L'interruption s'oppose à la suspension, non admise et qui est définie comme « *l'arrêt que subit le cours d'une prescription durant une certaine période, après l'expiration de laquelle elle continue son cours pour la durée qui restait encore, de telle sorte que le délai total est égal à la durée normale, augmentée du temps de suspension* ». ²¹⁹ En principe, les délais préfix ne sont pas susceptibles de suspension.²²⁰

Cependant, les effets et la durée de cette interruption sont restrictifs. Mais on relève une tendance à un assouplissement de ces effets par la jurisprudence dans certaines hypothèses.

1. Les effets restrictifs des actes interruptifs du délai décennal

Si la jurisprudence a admis le mécanisme des actes interruptifs, encore faut-il, pour que les effets se produisent, que des conditions tenant aux dommages, à la qualité à agir et à la date d'effet de l'interruption soient respectées.

S'agissant des dommages, l'acte interrompt la prescription et les délais que pour **les seuls dommages** qu'il cite. La Cour de cassation rappelle fréquemment que l'effet interruptif de l'assignation ne peut concerner que les dommages expressément visés.²²¹ Autrement dit, la liste des désordres contenue dans l'assignation est nécessairement limitative et réputée exhaustive.²²² Cette exigence s'explique « *par le souci d'éviter des assignations purement conservatoires délivrées systématiquement avant l'expiration du délai* ». ²²³ Selon Messieurs Malinvaud et Boubli,²²⁴ la Cour de cassation condamne ainsi « *les assignations balais* » dont le seul but serait de proroger le délai de la garantie décennale pour l'immeuble dans son entier et pour une durée indéterminée.

S'agissant de la qualité à agir, l'interruption n'a qu'un effet relatif, c'est-à-dire que l'acte interruptif doit être « *signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire* » comme l'indique l'article 2244 du Code civil. Ainsi, « la citation interrompt la prescription qu'à la

²¹⁸ Peisse (M), L'interruption des délais dans le domaine de la construction, Gaz. Pal. 1996, p. 134 ; Lesage (F), Existe-t-il des limites à la responsabilité décennale ? Rev. Administrer mai 2003, p. 20

²¹⁹ Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 376

²²⁰ Desdevises (Y), Le référé interruptif et la responsabilité des constructeurs, RDI 1989, p. 327

²²¹ Cass. 3^e civ., 31 mai 1989, Bull. civ. III, n° 122, p. 67 ; Cass. 3^e civ., 4 juil. 1990, Bull. civ. III, n° 164, p. 95 ; Cass. 3^e civ., 20 oct. 1993, Bull. civ. III, n° 123, p. 80 ; Cass. civ., 20 mai 1998, Bull. civ. III, n° 104, p. 70 ; Cass. 3^e civ., 21 juil. 1999, RGDA 1999, p. 28, note J.P Karila

²²² Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 386

²²³ Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer mars 1991, p. 11

²²⁴ RDI 1989, p. 471, cité par M Bouyeure, L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer p. 11

double condition d'émaner de celui qui a qualité à agir, c'est-à-dire pour exercer le droit menacé par la prescription et de viser celui-là même qui est entrain de prescrire ».²²⁵ Une telle qualité appartient essentiellement au propriétaire du bien affecté par le dommage que l'action a pour objet de réparer et ce même si ce n'est pas lui qui fait construire. L'action en garantie est, en effet, attachée à la chose ; lorsque le maître de l'ouvrage ayant construit vend l'immeuble, l'action en garantie se trouve transférée de plein droit au profit de l'acquéreur. C'est donc ce dernier qui a qualité pour agir.²²⁶

Enfin, s'agissant de la date d'effet de l'interruption, celle-ci prend effet à la date de l'acte interruptif (assignation au fond ou en référé, conclusions reconventionnelles).

Ainsi, en matière d'assignation en référé, un nouveau délai court à compter de l'ordonnance de référé²²⁷. De même, « *Qu'une assignation en référé en vue de la désignation d'un expert constitue une action en justice et fait courir le délai de prescription de l'article L 114-1 du Code des assurances* ». ²²⁸ Le nouveau délai court à compter de l'ordonnance de référé désignant l'expert. De ce fait, l'action sera prescrite deux ans après la date de désignation de l'expert si aucune cause de prescription n'est intervenue dans l'intervalle.²²⁹

La citation en justice quant à elle engendre une interruption continue, qui dure aussi longtemps que l'instance et jusqu'à ce que le litige trouve sa solution définitive.²³⁰

Pour la reconnaissance de responsabilité, l'interruption fait courir, pour l'ensemble des préjudices causés par les désordres reconnus, un nouveau délai de dix ans.²³¹

Compte tenu des difficultés que pouvaient engendrer l'interruption des délais, la jurisprudence a dû s'assouplir sur certains points tenant aux dommages ou aux personnes.

²²⁵ Peisse (M) L'interruption des délais dans le domaine de la construction, Gaz. Pal. 1996, p. 132; Juris-classeur civil, article 2242 à 2250, fasc. 60

²²⁶ Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev ; Administrer, mars 1991, p. 10

²²⁷ Cass. 3^e civ., 4 juin 1997, BPIM 1997, n° 265

²²⁸ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996, Argus 31 janv 1997

²²⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1988, n° 87-13428; Cass. 3^e civ., 9 déc. 2000, n° 02-17485

²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997, RGDA 1997, p. 1024, note Beauchard

²³¹ Cass. 3^e civ., 24 nov. 1987 et 22 avril 1976, cités par JR Bouyeure article précité, p. 12

2. Un assouplissement des effets de l'interruption de l'action.

L'interruption de l'action pouvant entraîner certaines difficultés, la Cour de cassation va appliquer l'interruption de la garantie à l'aggravation et à l'extension des désordres visés, mais aussi aux conditions de la recevabilité de la qualité à agir, lorsque la demande émane d'un syndicat de copropriétaire.

a *L'application de l'interruption de la garantie à l'aggravation et à l'extension des désordres visés*

*« L'instance interruptive de la garantie décennale peut mettre un temps parfois très long- souvent plusieurs années- pour aboutir à une solution définitive ».*²³² Or, pendant le délai de la procédure, le désordre ou le vice de construction visé dans l'assignation peut évoluer, s'aggraver ou s'étendre. Il résulte de la jurisprudence que ces évolutions, aggravations ou extensions, sont couvertes par l'interruption de garantie, le maître de l'ouvrage peut donc en demander réparation sans avoir à subir le préjudice de la longueur de la procédure.

Ces exceptions ne sont pas nombreuses, mais elles méritent quand même d'être soulignées. Elles concernent, la prise en compte, **des désordres non compris dans l'acte**, mais ayant un rapport avec ceux qui y ont été dénoncés. Une cour d'appel a ainsi refusé de limiter l'interruption de la prescription aux seules fissures désignées dans l'assignation, au motif que « la mention précédée du mot notamment signifie suffisamment que l'indication, n'en était pas limitative des désordres affectant les façades »;²³³ ou encore que : « *Toute désignation d'un expert à la suite d'un sinistre interrompt la prescription pour tous les chefs de préjudices qui en sont résultés, alors même que l'expertise ne porterait que sur certains d'entre eux* ». ²³⁴ Il en est de même des désordres originaires. Certes, la cour précise dans ses décisions que seuls les désordres dénoncés dans le délai de deux ou dix ans sont pris en compte pour valider l'interruption. Néanmoins il a été jugé que « *l'effet interruptif de la prescription attaché à cet engagement de payer, constitutif d'une reconnaissance de dette, ne se limitait pas aux seuls désordres relevés dans le cadre de l'expertise et reconnus par l'assureur dommages ouvrage, mais s'étendait à leurs aggravations éventuelles* ». ²³⁵ Pour cette dernière espèce, la Cour de cassation fait l'application de la théorie des dommages dits

²³² Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer mars 1991, p. 13

²³³ CA Paris, 19^e Ch.. B, 25 oct. 1989, Soc. Condotte d'Acqua c/ S.C.I. Domaine du château de Chilly- Mazarin

²³⁴ Cass. 3^e civ., 14 fév 1990, Bull. civ. III, n° 50, p. 26; Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, Bull. civ. I , n° 61, p. 41

²³⁵ Cass. 3^e civ., 23 oct. 2002, n° 01-00206, arrêt n° 1563 FS, Bull. civ. III, n° 207, p. 176

évolutifs que nous avons vue. Ce qui veut dire que, les actes interruptifs d'action, interrompent la prescription, non seulement pour les dommages nouveaux procédant des mêmes vices que ceux visés dans l'acte, mais aussi pour leur aggravation postérieure.

De manière générale, cette question de l'aggravation des dommages, relève du pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond qui fait une application au cas par cas.²³⁶

Cet assouplissement de la jurisprudence s'applique aussi aux personnes, notamment en ce qui concerne la recevabilité de la qualité à agir.

b L'application de l'interruption de la garantie à la recevabilité de la qualité à agir

En principe, l'interruption de l'action ne peut bénéficier à une personne autre que celle qui a été à l'origine de la procédure. Autrement dit, l'interruption ne peut émaner que de la personne ayant qualité pour agir. Or cette situation peut entraîner certaines difficultés lorsque les désordres concernent un immeuble en copropriété,²³⁷ mais aussi dans les rapports entre assurés et assureur.

Pour les désordres concernant un immeuble en copropriété, la qualité du syndicat pour agir dépend de la nature du trouble.²³⁸

De façon générale, l'alinéa 1^{er} de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965,²³⁹ confère au syndicat la qualité pour agir en justice « *en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble* ». L'article 55 du décret du 17 mars 1967, vient préciser que le syndic ne peut agir en justice au nom du syndicat que s'il a été autorisé par décision de l'assemblée générale, sauf certaines exceptions²⁴⁰ parmi lesquelles les assignations en référé. L'habilitation du syndic par l'assemblée générale est nécessaire pour engager toute instance au fond, pour les litiges de construction et de malfaçons.

Lorsque les désordres ne touchent que les parties privatives, seuls les copropriétaires concernés ont qualité pour intenter une action.²⁴¹ En revanche si ces désordres du fait de leur

²³⁶ Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992, Gaz. Pal. 1993, I, panor. 100

²³⁷ Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 387 ; Bouyeure (JR), L'interruption de la garantie décennale, Rev. Administrer, mars 1991, p. 12

²³⁸ Malinvaud (Ph), La responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1172 ; Chemin (B et X), De quelques pièges de procédure dans les litiges de construction, RDI oct.-déc. 1993, p.475s

²³⁹ Loi sur le statut de la copropriété des immeubles bâtis

²⁴⁰ Comme les actions en recouvrement de créance, la mise en œuvre des voies d'exécution, des mesures Conservatoires (RDI oct. déc.1993, p. 478)

²⁴¹ Cass. 3^e civ., 15 nov. 1989, Bull. civ. III, n° 212, p. 116

généralisation affectent la conservation de l'immeuble dans son entier, le syndicat peut agir.²⁴²

Lorsque les désordres affectent les parties communes, la qualité à agir appartient normalement au syndic agissant au nom de la copropriété.²⁴³ Mais chaque copropriétaire a également qualité pour agir, si l'atteinte portée aux parties communes entraîne pour lui un préjudice spécifique personnel.²⁴⁴ Il a été jugé que : « *L'action exercée par le syndicat pendant le délai de garantie décennale, préserve le délai d'action des copropriétaires, agissant individuellement, pour obtenir réparation, du préjudice personnel qu'ils subissent en raison de l'aggravation du désordre* ». La jurisprudence²⁴⁵ précise que lorsque le syndic ou les copropriétaires ont qualité pour agir en réparation d'un même vice, l'interruption du délai faite par l'un, bénéficie à l'autre, qui ne se trouve pas forclos à l'expiration du délai. La Cour de cassation ayant décidé que : « *L'action d'un copropriétaire et celle du syndicat des copropriétaires contre un architecte tendant à la réparation du même vice sont indivisibles. Encourt dès la cassation, l'arrêt qui déboute le syndicat de son action exercée contre un architecte après l'expiration du délai de garantie décennale alors qu'un copropriétaire avait assigné l'architecte en réparation du même vice avant l'expiration de ce délai de garantie* ». On peut aussi citer la validation par la Cour de cassation, l'intervention volontaire du syndicat de copropriétaires, et qui lui accorde le bénéfice de l'interruption obtenue par la SCI durant ce délai.²⁴⁶

Dans les rapports assurés et assureurs, il a été admis que : « *Toute décision judiciaire apportant une modification quelconque à une mission d'expertise ordonnée par une précédente décision a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre en litige* ». ²⁴⁷

Cette position, confirmée par la Cour de cassation précise à propos des parties au procès, que l'interruption de la prescription concerne aussi celles qui sont appelées uniquement à la procédure initiale.²⁴⁸

²⁴² Cass. 3^e civ., 12 mai 1993, RDI 1993, p. 430

²⁴³ Cass. 3^e civ., 9 déc. 1992, Mon. TP 12 fév. 1993, p. 45

²⁴⁴ Cass. 3^e civ., 30 juin 1993, Bull. civ. III, n° 103, p. 66

²⁴⁵ Cass. 3^e civ., 18 mars 1987, Bull. civ. III, n° 55, p. 33 ; 24 fév. 1988, Bull. civ. III, n° 41, p. 22 ; 10 janv. 1990, Bull. civ., n° 6, p. 3

²⁴⁶ Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, Bull. civ. III, n° 69, p. 59

²⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-14127, RGDA 2002, p. 77, note Bruschi

²⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2004, Resp. civ. et assur. 2004, comm. 121 ; Constr. et urb. n° 5 mai 2004

La Cour de cassation fait bénéficier à l'assuré l'interruption de la prescription résultant d'une citation en justice émanant d'autres parties ou de l'assuré lui-même mais dirigée contre d'autres parties que l'assureur à l'encontre duquel il convenait d'interrompre la prescription. Sur le plan pratique, cette solution est intéressante pour l'assuré qui se voit systématiquement opposer une prescription biennale par les assureurs dans le cadre des procédures en construction relativement longues.

Si le mécanisme des actes interruptifs offre au maître de l'ouvrage, l'avantage d'un nouveau délai, qu'en est-il de l'action directe ?

B - Le mécanisme de l'action directe

En droit des assurances en général, la reconnaissance d'une action directe au profit de la victime contre l'assureur fut le résultat d'un long processus législatif et jurisprudentiel.²⁴⁹ En effet la victime, tiers au contrat d'assurance, ne pouvait agir contre l'assureur que par la voie de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, en exerçant les droits de son débiteur négligent. Mais cette action avait l'inconvénient de faire tomber la créance d'indemnité dans le patrimoine de l'assuré sur lequel la victime subit le concours de l'ensemble des créanciers. Par une loi du 28 mai 1913, le législateur a posé le privilège de la victime sur l'indemnité d'assurance. La jurisprudence a déduit de ce privilège, l'existence d'un droit propre de la victime sur l'indemnité, conféré par la loi et donc une source d'action directe contre l'assureur.²⁵⁰ L'article 53 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L 124-3 du Code des assurances, a implicitement consacré cette action directe.²⁵¹ C'est donc l'action d'un tiers au contrat d'assurance, mais qui fonde ses droits sur le contrat d'assurance, pour en demander directement l'exécution contre l'assureur.

La jurisprudence va donc adapter ce principe du droit général des assurances à l'assurance construction.

Alors qu'il résulte des dispositions de l'article 2270 du Code civil, que les responsabilités et garanties pesant sur les constructeurs se prescrivent par dix ans à compter

²⁴⁹ Picard (M), l'action directe, RGAT 1930, p.1 ; RGAT 1933, p. 725 ; Caillé(C), Assurances de dommages, Rép. civ. Dalloz déc 2003, n° 230 ; Bigot (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002, p.1210 Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), droit des assurances, Dalloz 2005, p. 527

²⁵⁰ Cass. civ. 14 juin 1926, DP 1927, 1, p. 157, note Josserand, cité par Mme Caillé, Rép. civ. Dalloz, n° 230

²⁵¹ Bigot (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J. Bigot, LGDJ 2002, p.1211

de la réception des travaux, on pouvait légitimement en déduire que l'action du tiers à l'encontre de l'assureur de responsabilité décennale du constructeur, se prescrit en même temps que se prescrit l'action du tiers à l'égard du constructeur. Tel n'est pas le cas, puisque la jurisprudence, dans un souci de meilleure protection du maître d'ouvrage, s'est servi des dispositions de l'article L 124-3 du Code des assurances, régissant l'action directe, et celles de l'article L 114-1 du même Code pour lui apporter un délai supplémentaire, ce qui a pour conséquence d'allonger le délai de garantie. Si le principe de l'admission de l'action directe était acquis, sa mise en œuvre n'était pas toujours facile pour le maître de l'ouvrage, qui dans certaines hypothèses pouvait voir sa demande déclarée irrecevable. Mais la Cour de cassation au terme d'une longue évolution jurisprudentielle, a facilité la mise en œuvre de l'action directe par la victime, en précisant les conditions de sa recevabilité, ainsi que de sa prescription.

1. La recevabilité de l'action directe : la mise en cause de l'assuré par la victime n'est pas nécessaire

Selon les dispositions de l'article L 124-3 du Code des assurances, « *L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré* ».

En fait, cet article pose le principe du privilège de la victime sur l'indemnité due par l'assureur de responsabilité. Pour exercer l'action directe, la victime d'un dommage (maître de l'ouvrage) doit être créancière d'une indemnité de réparation. La question qui se posait était de savoir si la recevabilité de l'action directe contre l'assureur, nécessitait la mise en cause de l'assuré responsable ?

La jurisprudence a d'abord admis par un arrêt de principe²⁵² que :

« L'exercice de l'action directe exige nécessairement en l'absence d'un texte contraire, la présence de l'assuré aux débats, lorsqu'en dehors de toute reconnaissance de la responsabilité par l'assureur, aucune condamnation n'est préalablement intervenue contre lui, à l'effet de fixer contradictoirement entre les parties, d'abord l'existence de la créance et

²⁵² Cass. civ. 13 déc. 1938, RGAT 1939, p. 83 ; DP 1939, I, p. 33, note Picard

*en second lieu l'indemnité due par l'assureur, et que ce dernier sera tenu de verser jusqu'à due concurrence entre les mains de la victime ».*²⁵³

Cet arrêt affirmait non seulement l'utilité de la mise en cause de l'assuré, mais bien sa nécessité et en faisait une véritable condition de recevabilité sans qu'aucun texte ne la prévoit.²⁵⁴

L'exigence de la mise en cause de l'assuré connaissait cependant quelques exceptions. C'était le cas lorsque cette mise en cause se heurtait à une impossibilité de fait, par exemple lorsque l'assuré était décédé sans héritiers ou que ceux-ci avaient renoncé à la succession,²⁵⁵ ou encore lorsque l'assureur garantissait un ensemble de personnes et que l'auteur du dommage, membre du groupe, ne pouvait être identifié.²⁵⁶ Il avait été également admis que la mise en cause était inutile lorsque l'existence de la créance de réparation et son montant avaient déjà été fixés judiciairement de manière définitive à l'égard de l'assuré.²⁵⁷

En dépit de ces exceptions, la doctrine²⁵⁸ critiquait l'exigence de la mise en cause de l'assuré. En effet, la mise en cause de l'assuré devenait difficile à justifier depuis que l'action directe avait « pris ses distances » avec l'action en responsabilité contre l'assuré. Or l'assureur, détenteur de toutes les pièces communiquées, a dans son dossier, tous les éléments lui permettant de débattre de la responsabilité de son assuré et du montant des dommages et intérêts, même s'il n'était pas présent à l'instance.²⁵⁹

²⁵³ Cass. civ., 13 déc. 1938, DP. 1939, 1, p. 3, note M. Picard; Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 1966, RGAT 1967, p. 367; 11juil. 1977, Bull. civ.I, n° 319, p. 253; 1er juil. 1980, Bull. civ. I, n° 203; D. 1981, IR, p. 457, obs. Berr et Groutel;

²⁵⁴ Bigot (J), Traité du droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDL 2002, p. 1271 ; la mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur, JCP 1966, I, p. 1970

²⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 1982, Bull. civ. I, n° 281

²⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 22 juil. 1986, RGAT 1986, p. 593, note R. Bout

²⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1997, RGDA 1997, p. 545, note J.Kullmann

²⁵⁸ Jossierand (L), note sous arrêt Cass. civ. 11 juil 1932, DP 1933, I, p. 5 ; Bigot (J), la mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur, JCP 1966, I, p. 1970 ; Groutel (H), la double nature de l'action directe contre l'assureur de responsabilité, Resp. civ. .et assur. 1991, chron. n°8 ; Courtieu (G), la mise en cause de l'assuré par l'exercice de l'action directe : un archaïsme, Resp. civ. et assur. 1995, chron. n° 14

²⁵⁹ Bigot (J) JCP éd. G. n° 3 17 janv. 2001, actual. p. 113

Pour faciliter l'action de la victime, la Cour de cassation, va marquer clairement une rupture avec sa précédente jurisprudence pour finalement décider que :« *La recevabilité de l'action directe n'est pas subordonnée à l'appel en cause de l'assuré par la victime* ». ²⁶⁰

Elle complète ainsi, l'évolution amorcée par un arrêt du 29 février 2000²⁶¹ où il était précisé que l'assuré responsable pouvait être mis en cause soit par la victime, comme il était de tradition, soit par l'assureur lui-même, ce qui était nouveau.

Cette jurisprudence désormais constante et bien établie facilite donc l'exercice de l'action directe de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable, sous réserve que l'action ne soit pas prescrite.

2. La prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur et l'application de la prescription biennale

La question s'était posée de savoir si la prescription applicable à l'action directe pouvait être définie soit en fonction du contrat d'assurance (prescription biennale de l'article L 114-1 du Code des assurances) ou soit en fonction de l'action en responsabilité.²⁶²

La réponse à cette question dépendait du fondement attribué à l'action directe. Ou bien cette action était fondée sur le contrat d'assurance et donc dérivait de ce contrat, ou bien il fallait lui assigner un autre fondement.

La Cour de cassation²⁶³ a tranché en décidant que l'action directe « *trouve en vertu de la loi son fondement dans le droit à réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable ; par suite elle est soumise à la prescription de droit commun* ».

Selon la doctrine,²⁶⁴ « *il s'agissait d'un fondement de circonstance, car rien ne permettait ainsi d'affirmer que le droit dont la victime disposait contre le responsable lui octroyait corrélativement une action contre l'assureur* ». Mais cela permettait à la victime

²⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, RGDA n° 4, p. 1108, note J. Kullmann; Cass. 3^e civ., 15 mai 2002, RGDA 2003, p. 747, note L. Mayaux.; Cass. 3^e civ., 2 mars 2003, argus de l'assur. Doss. Jur., 29 avril 2005, n° 6927, p. 5
Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2004, n°3, p.631, note Bruschi.

²⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, RGDA 2000, p. 581

²⁶² Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 535 ; Caillé (C), Assurance dommages, Rép. civ. Dalloz, déc. 2003, n° 235

²⁶³ Cass. civ., 28 mars 1939, DP 1939, I, p. 68, note Picard

²⁶⁴ Caillé (C), Assurances de dommages, Rép. civ. Dalloz déc. 2003, n°236

d'agir contre l'assureur aussi longtemps qu'elle pouvait agir contre le responsable assuré.²⁶⁵ La solution inverse aurait en effet abouti en fait à la priver du délai de prescription dont elle dispose pour agir en réparation, sauf à renoncer au bénéfice de l'assurance. *« Pour éviter cela, la seule possibilité était de détacher l'action directe de la victime de celle dont dispose l'assuré contre l'assureur et de la mettre en parallèle avec l'action en responsabilité contre l'assuré. En conséquence, la prescription de l'action directe est calquée sur celle de l'action en réparation de la victime et soumise aux délais de droit commun ».*

Cependant, la Cour de cassation, a donné la possibilité à la victime, de disposer d'un délai supplémentaire, pour exercer son action directe par application de la prescription biennale, lorsqu'elle a assigné le responsable du dommage.

En principe, la prescription biennale prévue à l'article L 114-1 du Code des assurances²⁶⁶, n'est pas applicable à l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable. Car comme nous l'avons vu précédemment, l'action directe correspond à la mise en œuvre d'un droit propre de la victime issu de son droit à réparation et non à l'utilisation par la victime du droit de l'assuré contre l'assureur, droit soumis à la prescription biennale²⁶⁷. Ce qui suppose que l'action directe contre l'assureur peut être exercée tant que l'action de la victime contre l'assuré n'est pas elle même prescrite. Mais dès que l'action en responsabilité est prescrite, l'action directe l'est également. De ce point de vue, le problème de prescription ne se pose pas si la victime a assigné l'assureur en vertu de l'action directe, avant l'expiration de la période de prescription de son action en responsabilité contre l'assuré.

Mais la jurisprudence a modifié les règles, faisant preuve d'innovation. Elle prolonge de deux années supplémentaires le délai de l'action directe de la victime contre l'assureur en se fondant sur l'article L 114-1, au sens d'une action dérivant du contrat d'assurance. Autrement dit, à partir du jour où la victime a assigné le responsable assuré, un nouveau délai biennal, commence à courir pour l'engagement de l'action de l'assuré contre l'assureur. L'action de la victime ayant interrompu le délai.

²⁶⁵ Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), droit des assurances précité, p. 534

²⁶⁶ « Lorsque l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de la prescription ne court que du jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par ce dernier »

²⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 juil. 1986, n° 85-10.255, RGAT 1986, p. 595, note R. Bout

La jurisprudence a donc calqué la mise en œuvre de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, comme l'action que l'assuré peut exercer pendant deux ans contre l'assureur.

Selon une jurisprudence constante et bien établie, le tiers victime de dommage, a la possibilité d'exercer son action directe à l'encontre de l'assureur, plus de dix ans après l'expiration de la garantie décennale tant que celui-ci reste exposé au recours de son assuré.^{268 269 270} La Cour de cassation considère que, l'action de la victime contre l'assuré responsable comprenait virtuellement l'action directe contre l'assureur et interrompait la prescription de celle-ci.

Pour conclure sur ce point, on peut dire que cette solution opportune du point de vue de la victime, heurte cependant le principe maintes fois affirmé par la Cour de cassation selon lequel le droit propre de la victime trouve sa source dans son propre droit à réparation, puisqu'elle est soumise à une prescription différente car augmentée de deux ans (ce qui est la durée de la prescription de l'action de l'assuré contre l'assureur). L'avantage offert aux maîtres d'ouvrage par l'application de la prescription biennale, allonge la durée de la garantie décennale, qu'en est-il de la période de garantie de l'assurance obligatoire ?

SECTION 2 L'APPLICATION EXTENSIVE DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA PERIODE DE GARANTIE DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE DE DOMMAGE

En matière d'assurance obligatoire de dommages ouvrage, le contrat d'assurance prend effet à compter de l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 du Code civil, soit un an après la réception des travaux. Nous rappelons pour mémoire, que la garantie de parfait achèvement couvre la réparation de tous les désordres, d'une part, signalés dans le procès verbal de réception et d'autre part, ceux apparus dans l'année suivant la réception.²⁷¹ Cependant, le législateur prévoit deux exceptions selon lesquelles : « *avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci, de ses obligations; après la réception, après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur*

²⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 11 mars 1986, Bull. civ. I, n° 59, p. 57; D. 1987, somm. p. 183, obs H. Groutel

²⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 fév. 1996 ; Cass. 1^{re} civ., 24 fév ; 2004, RGDA n°3, p.641, note Bruschi

²⁷⁰ Cass. 1^{re} civ ;, 29 oct. 2002, Juris-data n° 2002-016154 ; Resp. civ. et assur. 2003, comm. 21, note H. Groutel ; 13 nov. 2002, Juris-data n° 2002-016460 ; Resp. civ. et assur. préc. ; Cass. 3^e civ., 26 nov. 2003, Juris-data n° 2003-021063 ; Resp. civ. et assur. comm. 50 ; Cass. 3^e civ., 17 mars 2004, RGDA 2004, p. 456

²⁷¹ Leguay (G) et Dubois (Ph), Assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p.59; Leguay (G), Assurance construction, Rép. civ. Dalloz janv. 2005, n° 139

n'a pas exécuté ses obligations » (Article L 242-1 al. 8 du Code des assurances). Ces deux exceptions, qui font que l'assurance dommages ouvrage peut intervenir pendant le cours de la construction (avant la réception) et pendant la période de parfait achèvement (après la réception), pour pallier le manquement des intervenants à leurs obligations contractuelles,²⁷² seront interprétées de manière extensive par la jurisprudence, notamment dans l'hypothèse où l'entreprise est en liquidation judiciaire. Hypothèse, non prévue par le législateur. Cette omission offre au juge la possibilité d'interpréter la loi, pour combler cette lacune. Pour plus de cohérence dans notre démonstration, il nous paraît logique, de respecter l'ordre des exceptions prévues par la loi. Nous analyserons d'une part, l'interprétation littérale et extensive de l'exception relative à la prise d'effet de la garantie avant la réception (§1), et d'autre part, l'interprétation extensive de l'exception relative à la prise d'effet de la garantie après l'expiration de la garantie de parfait achèvement (§2).

§ 1 L'interprétation littérale et extensive de l'exception quant à la prise d'effet de la garantie avant la réception

Rappelons pour mémoire les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances qui énoncent que :

« ... Avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution par celui-ci de ses obligations ».

L'analyse jurisprudentielle fait ressortir une double approche dans l'interprétation de ces dispositions. Il en ressort d'abord une application littérale des textes (A), et ensuite, une application extensive en cas de liquidation judiciaire (B).

A - Une application littérale des textes

Avant la réception des travaux, c'est-à-dire une période pendant laquelle aucune garantie légale ne peut logiquement jouer, puisqu'en principe la réception conditionne le point de départ des garanties légales, le législateur a octroyé une protection aux maîtres d'ouvrage, leur permettant ainsi, en cas de dommage, de voir ceux-ci pris en charge, sous

²⁷² Leguay (G), Assurance construction, Rép. civ. Dalloz janv. 2005, n° 140

réserve d'une mise en demeure restée infructueuse et d'une résiliation du contrat pour inexécution de l'obligation par l'entrepreneur.

La Cour de cassation applique de manière littérale cette double condition et rappelle que l'application de l'assurance dommages ouvrage suppose : « *qu'après une mise en demeure restée infructueuse le contrat conclut avec l'entrepreneur ait été résilié pour inexécution par celui-ci de ses obligations* ». ²⁷³

Par ailleurs, elle précisera les conditions de la mise en demeure et admettra qu'une assignation en référé vaut mise en demeure ²⁷⁴. Par la suite, la Cour de cassation en sa première chambre, va circonscrire les contours de cette exception et précisera dans un arrêt de principe que :

« L'assurance dommages ouvrage a pour seul objet de mettre à la charge de l'assureur le coût afférant à la remise en état des ouvrages ou éléments d'équipement de l'opération de construction endommagé à la suite d'un sinistre, l'assurance dommages ouvrage ne s'applique pas à la réalisation d'ouvrage ou d'éléments d'équipement qui indépendamment de tout sinistre, n'ont pas été exécutés ». ²⁷⁵

La troisième chambre civile statuant dans le même sens, apporte une précision supplémentaire en énonçant que la garantie est due pour les « *seuls désordres de nature décennale affectant les travaux avant leur réception et compte tenu de la résiliation du marché intervenu* ». ²⁷⁶

La Cour de cassation fait une application littérale ou *stricto sensu* des textes relatifs à l'application de la garantie décennale, aux dommages survenus avant la réception. Elle exige la double condition de mise en demeure et de réalisation, mais limite l'application de la garantie, au seul désordre de nature décennale, autrement dit, des désordres qui requièrent des critères de gravité de l'atteinte à la solidité ou d'impropriété à destination. Ce qui est judicieux, car l'assureur de dommages n'est pas un garant d'achèvement ou de livraison. ²⁷⁷

²⁷³ Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, RGAT 1993, p.130; Cass. 3^e civ., 23 avril 1996, 2 arrêts, Bull. civ. III, n° 46 et 47; JCP 1988, éd. G. II, 20812, note Y. Tomasin

²⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, RGDA 1998, p.94, note H. Périnet -Marquet

²⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 fév. 1994, Bull. civ. I, n° 40, p. 31

²⁷⁶ Cass. 3^e civ., 4 juin 1997, RDI 1997, p.605 ; Cass. 3^e civ., 8 mars 1995, Bull. civ. III, n° 71, p. 48 ; RGAT 1996, p.137, obs. Périnet-Marquet

²⁷⁷ Auby (J) et Périnet-Marquet (H), Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien 1998, p. 763

En revanche, en cas de liquidation judiciaire ou de disparition d'entreprise, la Cour de cassation fait une application extensive des conditions de l'application prévue par l'article L 242-1 du Code des assurances.

B - Une application extensive en cas de liquidation d'entreprise

La loi est silencieuse en ce qui concerne la prise en charge par l'assureur des désordres survenus avant la réception dans le cadre d'une liquidation judiciaire, ou dans le cadre d'une disparition d'entreprise. Il était donc difficile de réaliser les conditions de mise en demeure restée infructueuse et de résiliation du contrat exigées par l'article L 242-1 du Code des assurances.

La question se posait de savoir s'il fallait une véritable résiliation amiable ou judiciaire du contrat au sens de l'article 1184 du Code civil, exclusive de tout autre mode d'extinction de la convention, s'il était obligatoire que cette résiliation intervienne avant la survenance du sinistre ou s'il pouvait y être substitué par l'abandon de chantier?

La Cour de cassation y a répondu dans un sens extensif, mais de bon sens.

Il a été décidé que la mise en liquidation des biens de l'entrepreneur ou sa disparition, le mettant dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations, vaut résiliation de fait du contrat de louage d'ouvrage²⁷⁸. De même, la jurisprudence n'exige pas la mise en demeure qui est impossible à mettre en œuvre, puisque l'entreprise n'existe plus.²⁷⁹ Elle préserve ainsi les maîtres d'ouvrage contre la carence des constructeurs, leur permettant de bénéficier de la garantie dommages ouvrage dès lors que ces derniers ne sont plus en mesure d'exécuter leurs obligations. Toujours dans un souci de préserver les droits des maîtres d'ouvrage, la Cour de cassation interprète de manière extensive l'exception quant à la prise d'effet de la garantie après la réception.

²⁷⁸ Cass. 3^e civ., 14 fév. 1989, RGAT 1989, p. 584, 2^e espèce ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, RGDA 1998, p.277, obs. J. P. Karila

²⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1995, Juris-data n° 1995-002113 ; Resp ; civ. et assur. 1995, comm. 387 ; cass. 1^{re} civ., 23 juin 1998, Bull. civ. I, n° 222, p. 153; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 327

§ 2 L'interprétation extensive de l'exception relative à la prise d'effet de la garantie après la réception

En principe, l'assurance obligatoire de dommages ouvrage prend effet après l'expiration de la garantie de parfait achèvement, sauf exception prévue par l'article L 242-1 du Code des assurances qui admet la mise en œuvre de l'assurance dommages ouvrage lorsque :

« Après la réception et après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations ».

En application de cette disposition, la réparation des désordres réservés à la réception, donc apparents lors de celle-ci, n'ayant pas été obtenue de l'entrepreneur sur le fondement de la garantie de parfait achèvement, devait pouvoir être mise à la charge de l'assureur de dommages.²⁸⁰ Mais avant que la Cour de cassation ne tranche définitivement sur la question, les assureurs manifestaient leur résistance. Ils invoquaient la raison suivante : *« dès l'instant que le dommage était apparent à la réception, c'est qu'il était apparu avant cette date et en conséquence, ils ne devaient leur garantie que si les deux conditions relatives à un tel dommage étaient réunies, c'est-à-dire une mise en demeure restée infructueuse et une résiliation du marché »*.²⁸¹ Or par hypothèse, une résiliation du marché serait rendue impossible par la réception des travaux.²⁸²

La Cour de cassation²⁸³ est venue juger sans ambiguïté que les désordres réservés à la réception relevaient bien de l'assurance de dommages à l'ouvrage et ne requièrent pour la mise en œuvre de la garantie que la seule mise en demeure, la condition de résiliation n'étant pas exigée. Elle a ainsi approuvé la cour d'appel d'avoir relevé que :

« La réception ayant eu lieu et la mise en demeure de procéder au parfait achèvement étant restée vaine, se trouvaient remplies les seules conditions exigées en pareille hypothèse par l'article L 242-1 alinéa 2, in fine, du Code des assurances pour la mise en œuvre de la garantie ».

Certes, il faut une mise en demeure mais quelle est sa forme ?

²⁸⁰ CA Versailles, 17 mars 1989, RDI 1990, p. 107, obs. G. Leguay ; Rép Min. JOAN 9 janv. 1989, p. 161

²⁸¹ Leguay (G) et Dubois (Ph), assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz action construction 1998, p.59

²⁸² TGI Quimper, 12 juil. 1985, RGAT 1986, p. 572, obs. J. Bigot ; JCP 1986, 11, 20642, note S.Cl. Chétivaux

²⁸³ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991 RDI juil. Sept. 1991, p. 360, obs. G. Leguay ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993 RGAT 1994, p. 161, note A. D'hauteville ; Cass. 3^e civ., 5 janv. 1994, RGAT 1994, p. 554, note A. D'hauteville

On précisera toutefois, qu'aucune indication n'a été fournie par la loi ou les clauses types sur la forme que doit revêtir la mise en demeure. En droit commun, la mise en demeure résulte d'une sommation, d'un commandement ou d'une citation en justice. Une lettre recommandée peut aussi valoir mise en demeure.²⁸⁴ En matière de construction, la Cour de cassation, a jugé²⁸⁵ qu'une assignation en référé vaut mise demeure pour l'application de l'article L 242-1 du Code des assurances.

Toujours dans le souci de protection du maître d'ouvrage, cette solution est approuvée par la majorité de la doctrine.²⁸⁶ Elle estime que l'assurance dommages ouvrage dans cette hypothèse n'apparaît que comme un palliatif à la défaillance de l'entrepreneur de ses obligations. En principe, en application de l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil, la garantie de parfait achèvement s'étend « *à la réparation de tous les désordres signalés, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception* » .

A côté d'une jurisprudence extensive dont le but est d'assurer une parfaite protection au maître ou à l'acquéreur d'ouvrage, va se développer par ailleurs une jurisprudence plus restrictive et favorable aux assureurs.

²⁸⁴ Chapuisat (F), L'utilisation de la lettre recommandée en droit des assurances, RGAT 1981, p. 473

²⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, RGDA 1998, p. 94, obs. H. Périnet-Marquet ; Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2000, RGDA 2001, p. 79, note A.D'hauteville

²⁸⁶ Leguay (G), Derrière le paravent du parfait achèvement, RDI juil.-sept. 1987, p. 368s ; la responsabilité décennale et l'assurance décennale ne concernent pas les désordres apparents mais... les désordres apparents peuvent être réparés au titre de la garantie dommages, RDI oct.-déc. 1988, p. 488 ; Chétivaux (SC), Les réserves à la réception et la garantie du contrat d'assurance de dommages obligatoire, JCP 1989, I, doctr. 3400

TITRE II

LES LIMITES A L'APPLICATION EXTENSIVE : QUELQUES DECISIONS FAVORABLES A L'ASSUREUR

Dans le titre I, nous avons vu que les solutions jurisprudentielles étaient favorables aux maîtres d'ouvrage, à travers une jurisprudence créatrice et extensive. Cette jurisprudence s'inscrit dans la philosophie de la loi de 1978 qui voulait une protection réelle et efficace des victimes de sinistre ou maîtres d'ouvrage, en instituant une obligation d'assurance.

Cependant, cette jurisprudence protectrice et avantageuse pour ceux qui font construire a eu un effet pervers sur le système d'assurance. L'assureur, notamment de dommages ouvrage, se trouve obligé de prendre en charge des désordres potentiels qui n'avaient pas été pris en compte lors du paiement des primes.

Cet état de choses qui créait un déséquilibre entre les primes versées et les risques garantis, a été accentué par le contexte socio-économique. Notamment, avec la crise de l'assurance, le désengagement de certains assureurs pour ce type de risque, mais aussi les différents débats,²⁸⁷ colloques et groupes de travail²⁸⁸ autour de la dérive jurisprudentielle de l'assurance construction et les changements nécessaires à apporter à cette matière.

Tous ces paramètres n'ont pas échappé au juge qui a fait évoluer ses solutions dans un sens plus restrictif et favorable aux assureurs. Cela dit, cette tendance restrictive ne remet pas absolument en cause la tendance extensive. Au contraire, cette double approche coexiste. Elle traduit la volonté du juge de rééquilibrer le système Spinetta et de corriger certains effets pervers engendrés par sa jurisprudence extensive. Cette volonté du juge qui s'applique aussi bien en matière de responsabilité des constructeurs, qu'en matière d'assurance obligatoire se traduit d'une part, par une jurisprudence appliquant plus strictement le dispositif Spinetta (Chapitre I) et d'autre part, par une jurisprudence responsabilisant les acteurs de la construction (Chapitre II).

²⁸⁷ Leguay (G), Première étape des réflexions engagées en matière de responsabilité et d'assurance construction, RDI 1997, p. 94s. rapport de la FFSA, propositions pour l'amélioration du dispositif de l'assurance construction, avril 1996 ; rapport FNB, Réflexions en vue d'une réforme du régime de responsabilité et d'assurance construction, avril 1996

²⁸⁸ Création d'un comité de trois juristes, présidé par M. Périnet -Marquet, par lettre du 13 mai 1997 par le Ministère de l'Équipement, pour poursuivre la réflexion engagée par les groupes de travail, en 1996, sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire et de proposer toute solution permettant de circonscrire l'obligation d'assurance ; Création d'une commission technique de l'assurance construction (Arrêté du 13 mai 1997) ; Lettre du Ministère de l'Équipement en date du 15 avril 1997 sur les missions de l'Agence Qualité Construction

CHAPITRE I UNE APPLICATION PLUS STRICTE DU DISPOSITIF SPINETTA

Dans le titre 1, la jurisprudence n'a interprété certaines dispositions de la loi Spinetta que dans un sens favorable au maître d'ouvrage. Cette possibilité lui était offerte par de nombreuses lacunes et imperfections de la loi. Il est certes vrai que la loi Spinetta n'a été votée que dans un souci de protection des maîtres d'ouvrage, mais aussi d'assainir le marché. Il va sans dire que l'action extensive du juge s'inscrit dans ce courant de pensée. A partir de l'année 1997, se dessine dans la jurisprudence une orientation plus favorable aux assureurs. Selon Monsieur Périnet- Marquet,²⁸⁹ *«... Sa raison d'être n'est, d'évidence, pas mentionnée par la Cour de cassation. Deux raisons peuvent, cependant, être avancées. La troisième chambre civile s'est peut être aperçue qu'une attitude trop libérale encourageait un contentieux abusif et qu'il pouvait être nécessaire de mettre un frein aux velléités des plaideurs sous peine de voir les juges du fond et la Cour de cassation débordés. Ensuite, l'année 1996 révèle au grand jour la crise de l'assurance. Le ministère de l'Equipement se met à réfléchir à partir de cette date. Des groupes de travail sont constitués. Ces événements n'ont pu échapper aux juges qui, par conséquent, ont fait évoluer leurs solutions, autant en matière de responsabilité décennale que d'assurance construction»*. Seulement, compte tenu de la latence qui règne en matière de contentieux de la construction, il était impossible de mesurer les effets pervers engendrés par cette jurisprudence extensive sur le marché de l'assurance.

L'action restrictive se traduira dans une certaine mesure par une application plus stricte et moins laxiste de certaines dispositions de la loi, mais aussi par une volonté de responsabiliser les acteurs de la construction. Cette volonté restrictive se manifeste aussi bien en matière de responsabilité décennale des constructeurs (section 1) qu'en matière d'assurance obligatoire (section 2).

²⁸⁹ Un système en évolution, Extrait des actes du colloque, la loi Spinetta 25 ans après, de la SMABTP du 14 octobre 2003, p. 9 (En ligne sur le site de la SMABTP)

SECTION 1 EN MATIERE DE RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS

L'approche restrictive se manifeste par un retour à la philosophie de la loi Spinetta. Elle se traduit par une évolution jurisprudentielle limitant le champ d'application de la responsabilité décennale (§1), et par une évolution dans la prise en compte d'une cause étrangère exonératoire, imprévisible et indécélable au moment des travaux (§2).

§ 1 Evolution jurisprudentielle limitant le champ d'application de la responsabilité des constructeurs

Nous examinerons l'évolution jurisprudentielle limitant le champ d'application de la responsabilité des constructeurs, du point de vue de l'objet par l'exclusion des éléments d'équipement industriels et des travaux de peintures décoratives (A) et du point de vue du temps par la prise en compte du dommage futur dont l'aggravation se réalise à l'intérieur du délai décennal (B).

A - Exclusion des éléments d'équipement industriels et des travaux de peintures décoratives de la garantie décennale

La jurisprudence exclura du champ d'application de la responsabilité des constructeurs, les éléments d'équipement industriels, malgré une divergence entre la première et la troisième chambres de la Cour de cassation. Seront également exclus les travaux de peintures décoratives.

1. L'exclusion des éléments d'équipement industriels

Il résulte des travaux préparatoires de la loi que les éléments d'équipement industriels ou agricoles étaient expressément exclus du champ d'application de la responsabilité des constructeurs. Dans l'esprit du législateur, la construction d'ensembles industriels échappe au domaine de la garantie décennale.

Mais la première et la troisième chambres de la Cour de cassation ont une opinion divergente en la matière, il est vrai, la troisième chambre statuait en matière de responsabilité des constructeurs tandis que la première chambre civile, elle statuait en matière d'assurance obligatoire.

Nous rappelons pour mémoire que, la troisième chambre de la Cour de cassation²⁹⁰ reste peu encline à soumettre les éléments d'équipement industriels à la garantie décennale. Selon elle, tous les travaux ne relevant pas de la construction échappent au champ d'application de la responsabilité décennale et par extension à l'assurance construction. C'est ainsi qu'elle a cassé une décision de la cour d'appel de Riom qui avait soumis à la garantie des constructeurs l'installation d'une machine destinée à l'alimentation du bétail, incorporée dans une porcherie, sans avoir recherché « *Si le matériel atteint de désordres relevait des travaux de construction faisant l'objet de la garantie légale* ». Sur le plan de l'analyse juridique, la motivation de la cour n'est pas toujours très explicite, mais au moins, on n'y décèle l'exclusion des éléments d'équipement industriels de la garantie décennale.²⁹¹

Quant à la première chambre civile, elle n'hésite pas à soumettre les éléments d'équipement industriels à l'assurance obligatoire²⁹² en faisant appel à la technique des travaux de bâtiment. Elle a donc mis à la charge de l'assureur des dommages entachant un dispositif de décilage d'un silo alors que traditionnellement ils ne relevaient même pas de la responsabilité des constructeurs.

Certes sur le plan de la cohérence juridique, il aurait été souhaitable que les deux cours adoptent la même position. Mais tel n'est pas le cas, ainsi selon qu'on se retrouve devant la première ou la troisième chambre, la garantie décennale est applicable ou non aux éléments d'équipement industriels.

Mais aujourd'hui, on peut penser que cette divergence disparaîtra, non seulement parce que la troisième chambre de la Cour de cassation est désormais compétente aussi bien en matière de responsabilité des constructeurs qu'en matière d'assurance obligatoire. En outre, sa jurisprudence va se maintenir et se perpétuer, d'autant plus que l'ordonnance du 8 juin 2005 exclut clairement les éléments d'équipement industriels de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire. Les travaux de peintures décoratives ou esthétiques sont également exclus du domaine de la responsabilité des constructeurs.

²⁹⁰ Cass. 3^e civ., 22 juil. 1998, Bull. civ. III, n° 170, p. 112 ; JCP 1998, II, 10183, note Périnet-Marquet

²⁹¹ Karila (JP), les éléments participant à un process industriel et/ou à fonction strictement professionnelle, ne relèvent pas du champ d'application des articles 1792 et suivant du Code civil, Gaz. Pal. 1999,1, doct. 19

²⁹² Arrêt du 26 mars 1996, précité

2. L'exclusion des travaux de peintures décoratives ou esthétiques

En matière de responsabilité des constructeurs, les ouvrages sont classés dans l'une des trois catégories prévues par l'article 1792 et suivant du Code civil (ouvrage, éléments constitutifs, éléments d'équipement).²⁹³

En règle générale, la peinture a une fonction esthétique, quel que soit le résultat au regard de ladite fonction.

La question s'était posée de savoir dans quelle catégorie il fallait classer les peintures. On peut penser que :

- soit la peinture est constitutive d'un ouvrage, auquel cas elle relève de la garantie décennale si les conditions de gravité sont réunies ;
- soit elle n'est pas constitutive de la construction d'un ouvrage, dans ce cas elle relève de la garantie contractuelle de droit commun.

La Cour de cassation, notamment en sa troisième chambre a tranché en faveur de la seconde hypothèse. Elle a ainsi admis dans un arrêt de principe que :

*«Les peintures, qui n'avaient qu'un rôle esthétique, ne constituaient pas un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil, ou un élément d'équipement ni un élément constitutif d'ouvrage, et qu'il résultait qu'elles ne relevaient pas des dispositions de l'article 1792-3 du code civil, la cour d'appel en a exactement déduit que s'agissant des désordres affectant ces peintures, seule était applicable la responsabilité contractuelle de droit commun, quelles que soient les conséquences quant à la destination des lieux et que l'action engagée de ce chef par la compagnie était recevable ».*²⁹⁴

En l'espèce, le demandeur au pourvoi reprochait à la cour d'appel de l'avoir condamné à réparer des désordres affectant ses travaux de peinture sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, alors que selon lui, seul était susceptible d'application l'article 1792-3 du Code civil instituant la garantie biennale de bon fonctionnement dont le délai d'action était expiré.

²⁹³ Karila (JP), Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparations d'ouvrages existants, Constr. et urb., fév. 2006, p. 9

²⁹⁴ Cass. 3^e civ., 27 avril 2000, Bull. civ. III, n° 88, p. 59

Plusieurs décisions ont confirmé cette solution qui est désormais constante,²⁹⁵ la Cour a statué que la peinture de la façade à des fins autres que l'étanchéité n'est pas un ouvrage, dans le cadre d'une peinture micro-poreuse, laissant passer l'air et même quelque peu l'eau, qui par là même n'avait aucune fonction d'étanchéité.

De manière générale, les désordres à caractère purement esthétique révélés pendant le délai de la garantie ainsi que leur aggravation apparue après ce délai, ne relèvent pas de la responsabilité décennale. Sauf cas particulier des peintures à caractère décoratif qui sont soumis à la garantie décennale lorsqu'elles assurent l'étanchéité du support sur lequel elles sont appliquées comme c'est le cas en matière de ravalement de façade.

Monsieur Malinvaud a critiqué cette jurisprudence au motif que s'il est vrai que la qualification d'élément d'équipement est inadaptée à la peinture, « *elle n'est pas simplement un accessoire de caractère décoratif comme une paire de rideaux, comment pourrait-on nier que la peinture adhère au mur de la façade et qu'à ce titre, elle fait partie intégrante de l'ouvrage ?* ».

Pour notre part, la jurisprudence de la Cour de cassation est justifiée, car comment pourrait-on appliquer les critères de gravité (atteinte à la solidité ou impropriété à destination) à des peintures qui au fond n'ont qu'une fonction purement esthétique ? Encore que la Cour de cassation précise que l'impropriété à destination n'est pas exclusive à la garantie décennale, lorsqu'elles assurent l'étanchéité.

Si le juge se montre restrictif dans l'objet de la garantie décennale pour les peintures décoratives, il en est de même pour les dommages futurs dont l'aggravation ne se réalise pas dans le délai décennal.

B - La prise en compte du dommage futur dont l'aggravation se réalise à l'intérieur du délai décennal

En droit commun, sans dommage, pas de droit à réparation.²⁹⁶ En réalité, le dommage réparable est le dommage déjà réalisé soit parce que la victime a éprouvé une perte, soit parce qu'elle a manqué un gain.²⁹⁷ Ce dommage doit également être actuel. Ainsi un

²⁹⁵ Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, D. 2002, n° 10, p.833 ; Cass. 3^e civ., 3 déc 2002, RDI janv.-fév. 2003, p. 87, note Ph. Malinvaud

²⁹⁶ Cass. civ., 19 avril 1956, D. 1956, somm. 108

²⁹⁷ Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil, les obligations, Dalloz 2005, p. 715; Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 398

dommage éventuel ne peut donner lieu à réparation. Mais à cette exigence du caractère réalisé et actuel du dommage, la jurisprudence a apporté des tempéraments, de sorte que, le dommage futur c'est-à-dire le dommage non encore né, non actuel, mais dont on sait qu'il se réalisera dans l'avenir, est admis.²⁹⁸ Ce principe déjà appliqué dans plusieurs autres domaines, n'échappera pas au droit de la construction.

En matière de responsabilité des constructeurs, la théorie des dommages futurs est une création purement jurisprudentielle, permettant que des dommages dénoncés judiciairement durant le délai décennal, ne présentant pas le degré de gravité de l'article 1792 durant ce même délai, mais dont il est certain qu'ils atteindront ce degré dans le futur ou un avenir prévisible, soient garantis au titre de la décennale.²⁹⁹ Autrement dit, le désordre doit entraîner un préjudice certain. Un préjudice éventuel ou hypothétique ne saurait être admis.³⁰⁰ A titre d'exemple, un désordre qui n'entraîne que des dégâts extérieurs, dégâts qui ne risquent pas de porter, dans un avenir prévisible, atteinte ni à la solidité de l'immeuble, ni à sa destination.³⁰¹ Il en est de même pour l'oxydation de quelques armatures d'acier de pergolas n'ayant entraîné que des éclatements de béton en surface.³⁰²

Si la jurisprudence a admis la réparation du dommage futur, elle n'avait pas défini ce qu'il fallait entendre par « *futur* » ou « *avenir prévisible* ».

L'enjeu du débat était de savoir à quel moment le délai de gravité doit-il se manifester pour être pris en compte.

Deux conceptions³⁰³ entre lesquelles la Cour de cassation a hésité, avant de trancher définitivement étaient envisageables:

- Soit admettre que tout dommage apparu dans la période décennale relève de l'article 1792 même si son aggravation est postérieure au délai de dix ans dès lors qu'elle est certaine.

²⁹⁸ Karila (JP), Les responsabilités des constructeurs, encyclopédie Delmas 1991, p. 362

²⁹⁹ Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p.1141; Karila (JP), Garantie décennale et désordres futurs. Nature de la responsabilité engagée en cas de désordres affectant des peintures à fonction esthétique, D. 2002, n° 10, p. 833 ; Thioye (M), Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, RDI mai-juin 2004, p. 229s ; Vlamuyns (D), La réparation des dommages futurs et évolutifs, Mon. TP 14 oct. 2005, p.102 ; Valdès (A), Désordres évolutifs et désordres futurs au regard de la garantie décennale des constructeurs, Rev. Administrer avril 2006, p. 18

³⁰⁰ Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, Bull. civ. III, n° 62, p. 49

³⁰¹ Cass. 3^e civ., 10 déc. 1986, Bull. civ. III, n° 178, p. 140

³⁰² Cass. 3^e civ., 13 fév. 1991, Bull. civ. III, n° 52, p.31

³⁰³ Périnet-Marquet (H), Un système en évolution : la jurisprudence, extrait des actes du colloque de la SMABTP, la loi Spinetta 20 ans après du 14 oct. 2003 (en ligne sur le site de la SMABTP)

- Soit affirmer que le dommage doit atteindre une gravité décennale à l'intérieur même du délai de la garantie décennale.

1. La nécessité de caractériser que le dommage se réalisera à brève échéance dans un avenir prévisible

Il résulte de la jurisprudence que le juge a indifféremment appliqué l'une ou l'autre conception avant de trancher définitivement dans deux arrêts en date du 29 janvier 2003.

Dans un premier temps, la troisième chambre de la Cour de cassation a cassé la décision d'une cour d'appel selon laquelle, bien postérieurement à l'expiration du délai de la garantie décennale, avait néanmoins accordé l'indemnisation de dommages non nés, ni actuels, sur le fondement de la garantie décennale, au motif que :

« L'évolution » des désordres « conduira à court terme, sauf remise en état, à des dégradations importantes des éléments constructifs et qu'il s'agit de désordres certains et inéluctables à brève échéance qui ouvrent droit à garantie ».

La cassation était prononcée au motif :

*« Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que les désordres litigieux ne compromettaient pas, au stade actuel, la solidité de l'ouvrage et ne le rendaient pas impropre à sa destination, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*³⁰⁴

A la lecture des arrêts, on peut en déduire que, sont pris en compte au titre de la garantie décennale, non seulement les désordres déjà réalisés et revêtant la gravité requise par l'article 1792, mais également ceux qui s'amorceront dans le délai de dix ans et qui ne revêtiront la gravité requise que plus tard, sous réserve qu'ils se produisent dans un délai prévisible.³⁰⁵

³⁰⁴ Cass. 3^e civ., 19 juin 1996, Bull. civ. III, n° 149, p. 96; Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, RDI 1998, p. 375, obs. Ph. Malinvaud; Cass. 3^e civ., 7 juin 2001, RDI 2001, p. 387 et 388

³⁰⁵ Valdès (A), Désordres évolutifs et désordres futurs au regard de la garantie décennale des constructeurs, Rev. Administrer avril 2006, p. 18

Cependant, une décision de la Cour de cassation a admis l'application de la garantie décennale pour des dommages qui ont rendu l'ouvrage impropre à sa destination après le délai de dix ans.³⁰⁶

Il découlait de cette décision que la garantie décennale couvrait les conséquences futures de désordres dont la réparation avait été demandée au cours de la période de garantie, même s'ils ne revêtaient pas les caractéristiques de gravité requise par l'article 1792 du Code civil. Et même si le délai décennal était expiré.

Face à ces hésitations, fallait-il considérer que le dommage futur était pris en compte, non seulement, dès lors que les critères de gravité étaient déjà réunis ou s'amorceraient plus tard dans le délai de dix ans, mais aussi lorsque les critères de gravité se révélaient après le délai décennal ? La jurisprudence va se clarifier dans deux arrêts en date du 29 janvier 2003, selon lesquels les désordres doivent nécessairement présenter les critères de gravité dans le délai décennal.

2. La nécessité de caractériser que les désordres présenteront les critères de gravité dans un délai décennal

Il résulte donc de deux décisions en date du 29 janvier 2003, abondamment commentées par la doctrine que, la garantie décennale est applicable, dès lors que les désordres litigieux revêtent les critères de gravité requis par l'article 1792 du Code civil avant l'expiration du délai décennal.

Dans la première espèce (Arrêt Canedi), il s'agissait d'un problème relatif au dispositif d'étanchéité sur des seuils des portes. La responsabilité décennale a été retenue parce que « *L'absence de protection des seuils des portes, non apparente à la réception pour un profane, était génératrice d'un dommage d'ores et déjà réalisé consistant en une déchirure sur les seuils dont les conséquences s'aggravaient inéluctablement avec le temps et assurément dans le délai de garantie décennale* ».³⁰⁷

³⁰⁶ Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, Bull. civ. III, n° 62, p. 49

³⁰⁷ Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, Defrenois 2003, p.1275, note Périnet-Marquet, Bull. civ. III, n° 18, p. 16 Rakotovahiny (MA), A propos du désordre à brève échéance, Lamy droit immob. juil. 2003, p. 1; Constr. et Urb. 2003, comm. 99, obs. ML Pagès de Varenne ; Liet-Veaux (G), aggravation des désordres et responsabilité décennale des constructeurs, JCP éd. G, doct. I, 110, p. 279

Dans la seconde espèce, (Arrêt société Xavier Promotion), il s'agissait d'un réduit muré enfermant des bois provenant de la démolition des parties de l'immeuble envahis par les termites. La Cour de cassation a considéré que :

« Ce désordre était de nature à porter atteinte à brève échéance et en tout cas avant l'expiration du délai de garantie décennale, à la solidité de l'immeuble ».

Cette jurisprudence est donc importante. Elle limite le champ d'application de la responsabilité des constructeurs dans le temps. Elle remet en cause la jurisprudence antérieure qui admettait l'extension de la garantie décennale dans le cas où il apparaît certain que ce dommage compromettra dans l'avenir la solidité de l'ouvrage ou le rendra impropre à sa destination, après l'expiration du délai décennal.³⁰⁸ Ainsi, tout dommage qui n'atteint pas une gravité décennale dans le délai de dix ans, après la réception, ne fait plus partie des désordres de nature décennale et par conséquent non pris en charge au titre de la garantie décennale. On peut désormais considérer cette jurisprudence comme constante. D'autres décisions l'ont confirmée.³⁰⁹

En conclusion, la réparation du dommage futur au titre de la garantie décennale reste possible, sous réserve que les aggravations (impropriété à destination ou atteinte à solidité) se manifestent pendant le délai décennal et ceci à brève échéance. Autrement dit, l'aggravation des désordres doit se produire avant l'expiration du délai décennal.

Comme nous l'avons déjà dit, cette jurisprudence est une limite importante à l'extension du champ d'application de la responsabilité des constructeurs dans le temps. Cette action restrictive du juge se traduira aussi en matière de cause étrangère exonératoire.

³⁰⁸ Valdès (A), Désordres évolutifs et désordres futurs au regard de la garantie décennale des constructeurs, Rev. Administrer avril 2006, p.19

³⁰⁹ Cass. 3^e civ., 21 mai 2003, Bull. civ. III, n° 106, p. 97; 8 oct. 2003, RDI 2004, p. 120; 16 déc. 2003, RDI 2004, p.197 ; Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, n° 03-15.807, Juris-data, n° 2005-027807 ; Constr. et urb. mai 2005, p. 11, note M.L Pages de Varenne

§ 2 La prise en compte d'une cause exonératoire dont l'origine du dommage provient de l'existant

De manière générale, la cause étrangère recouvre trois hypothèses : la force majeure, le fait d'un tiers et la faute de la victime (article 1148 du Code civil).³¹⁰ Nous nous consacrerons ici qu'à la force majeure.

En droit commun, la force majeure doit revêtir certains caractères: L'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité.

S'agissant du caractère d'extériorité, il est admis en matière délictuelle, mais l'est moins en matière contractuelle, notamment lorsque la perturbation résulte du comportement d'une personne. Ainsi par exemple, la faute de l'ouvrier ne constitue pas une cause d'exonération pour l'employeur.³¹¹

S'agissant du caractère d'imprévisibilité, il suppose que les parties n'ont pas pu prévoir l'évènement au moment du contrat. L'appréciation de ce caractère, s'accompagne de critères accessoires comme l'anormalité, la soudaineté ou la rareté.³¹²

S'agissant enfin du caractère d'irrésistibilité, il s'apprécie mieux par rapport au caractère d'imprévisibilité. Ainsi par exemple, l'une des parties au contrat, notamment le débiteur, ne peut invoquer un évènement irrésistible, s'il était prévisible au moment du contrat, ou encore l'hypothèse où le débiteur d'une obligation assume volontairement un risque supplémentaire.³¹³

La force majeure avec ses caractères, assez difficile à mettre en œuvre, en droit commun, sera appliquée en matière de responsabilité des constructeurs, mais également de manière restrictive par la jurisprudence.³¹⁴

La possibilité de prendre en compte une cause étrangère exonératoire résulte de l'article 1792 al 2 du Code civil énonçant « *qu'une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère* ».

C'est la meilleure limite permettant au constructeur d'échapper à la présomption de responsabilité qui pèse sur lui. Encore faut-il que sa mise en œuvre soit souple.

³¹⁰ Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil les obligations, Dalloz 2005, p. 715

³¹¹ Weil (A) et Terré (F), Droit civil, les obligations, Dalloz 1986, p. 431; Becqué, de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, RTDC 1914, p. 251

³¹² Weil et Terré, Droit civil, les obligations précité, p. 432

³¹³ Weil et Terré, droit civil les obligations, précité, p. 432

³¹⁴ Périnet-Marquet (H), La responsabilité des constructeurs, Dalloz 1996, p. 65

Ainsi, « *faire la preuve que les désordres sont dus à une cause étrangère, permet d'écarter le lien de causalité présumée entre l'activité du locateur d'ouvrage poursuivi et ces désordres* », ³¹⁵ ce qui entraîne par conséquent « *une suppression d'imputabilité* ». ³¹⁶

En matière de responsabilité des constructeurs, comme en droit commun, par « *cause étrangère* », il faut entendre force majeure, c'est à dire un événement imprévisible ce qui suppose qu'il n'y ait eu « *aucune raison spéciale de penser que l'évènement se produirait, eu égard aux circonstances à l'époque et au lieu* ». ³¹⁷ Il faut aussi un élément irrésistible, c'est-à-dire un événement, qui ne peut être « *contenu ni surmonté* » et enfin, un élément extérieur qui suppose un phénomène naturel, brusque, mais passager comme par exemple un ouragan, ³¹⁸ une chute de neige exceptionnelle. ³¹⁹

De manière générale, les phénomènes naturels sont considérés comme exonérateurs de responsabilité, lorsqu'ils revêtent nécessairement une violence ou une intensité passagère. Bien que le législateur admette la possibilité d'une telle cause exonératoire déchargeant le constructeur de toute responsabilité, la jurisprudence est rigoureuse quant à son admission.

La Cour de cassation, rappelle sans cesse aux juges du fond, de rechercher dans chaque cas, si le phénomène présente les caractères de la force majeure, c'est à dire l'imprévisibilité, l'extériorité et l'irrésistibilité de nature à exonérer le constructeur de la présomption de responsabilité.

C'est ainsi que la Cour de cassation n'a pas admis que la sécheresse soit une cause d'exonération de la responsabilité, en présence d'un sol dont la mauvaise qualité est un fait connu des constructeurs. ³²⁰

En revanche elle a admis la possibilité d'une cause étrangère exonératoire de la responsabilité de l'entrepreneur, dans le cadre de l'apparition des désordres imputables à un phénomène chimique siégeant dans « *l'existant* », indécélable au moment des travaux réalisés par l'entrepreneur. ³²¹

³¹⁵ Malinvaud (Ph), La responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1157

³¹⁶ Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p. 344, citant MM Lamarque et Moderne

³¹⁷ Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, cité par A. Caston, La responsabilité des constructeurs, éd. Le Moniteur 2000, p. 349

³¹⁸ Cass. 3^e civ., 11 mai 1994, Bull. civ. III, n° 94, p. 60

³¹⁹ Cass. 3^e civ., 7 mars 1979, Bull. civ. III, n° 57, p. 44

³²⁰ Cass. 3^e civ., 28 nov. 2001, Mon. T.P., 1^{er} fév. 2002, p. 79 ; RDI 2002, p. 33, note G. Durry

³²¹ Cass. 3^e civ., 26 fév. 2003, Bull. civ. III, n° 46, p. 43 ; RDI mai-juin 2003, p. 281 ; JCP 2003, IV, 1733 ; Constr. et urb. 2003, comm. n° 98, obs. M.L Pagès de Varenne

Dans cette espèce, l'imprévisibilité est caractérisée par le fait que la cause des désordres était imputable à un phénomène chimique siégeant dans l'existant, par conséquent indécélable au moment des travaux. Jusqu'alors, la jurisprudence était peu encline à admettre une exonération à la responsabilité décennale provenant des existants. En admettant cette exonération de responsabilité, elle offre ainsi une marge de survie aux entrepreneurs et leurs assureurs, leur permettant ainsi de minorer la charge financière qui pèse sur eux. En revanche, il ressort de deux décisions récentes,³²² que les constructeurs et leurs assureurs de responsabilité ne peuvent pas invoquer le défaut de préfinancement des travaux de réparation par l'assureur dommages ouvrage, pour s'exonérer de leur responsabilité. D'une part, parce qu'il ne s'agit pas d'une assurance de responsabilité et d'autre part, parce que l'action contre l'assureur dommages ouvrage appartient incontestablement au propriétaire de l'ouvrage, bénéficiaire de cette assurance.

L'action restrictive ainsi avantageuse aux constructeurs et leurs assureurs se traduira également en matière d'assurance obligatoire.

SECTION 2 EN MATIERE D'ASSURANCE OBLIGATOIRE

En matière d'assurance obligatoire, la précision des termes employés est très importante. Chaque fois qu'une notion n'est pas définie ou est ambiguë, cela laisse une marge d'interprétation importante à la jurisprudence qui penche le plus souvent pour une interprétation extensive. Et même lorsque la loi est claire, le juge peut être laxiste. C'est le cas pour les dommages immatériels qui ont fait l'objet d'une longue évolution avant d'être formellement exclus de l'assurance obligatoire (§1) et du respect de la procédure amiable préalable à la saisine du juge, en matière d'assurance dommages ouvrage, dont le but était de parvenir à un règlement rapide des dommages (§2).

§ 1 Une exclusion formelle des dommages immatériels du champ d'application de l'assurance dommages ouvrage et de l'assurance de responsabilité décennale

S'il est acquis aujourd'hui que les dommages immatériels sont exclus par la jurisprudence de l'assurance construction, on notera avant tout qu'une longue incertitude a pourtant régné sur cette question.

³²² Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2006, n° 04.20399 et 04.20.551, Constr. et urb. Avril 2006, p. 12, note ML Pagès de Varenne

La formule d'origine proposée par la Commission Spinetta incluait au titre des garanties obligatoires *« les risques de la construction et tous ceux qui en découlent directement »*.

Mais lors des débats parlementaires, le législateur a préféré exclure les dommages immatériels du domaine de l'obligation d'assurance.³²³

Les clauses types applicables aux contrats d'assurance de responsabilité et aux contrats d'assurance dommages pouvaient également éclairer le juge et le faire trancher dans le sens de l'exclusion des dommages immatériels.

Selon l'annexe 1 à l'article A 243-1 du Code des assurances (assurance de responsabilité), le contrat garantit le paiement *« des travaux de réparation, notamment en cas de remplacement des ouvrages, comprennent également les travaux de démolition, déblaiement, dépose ou démontage éventuellement nécessaires »*.

Cette énumération semble donc exclure les troubles de jouissance.

Selon l'annexe 2 à l'article A 243-1 du Code des assurances (assurance dommages ouvrage), *« la garantie couvre le coût de l'ensemble des travaux afférents à la remise en état des ouvrages ou éléments d'équipement de l'opération de construction endommagés à la suite d'un sinistre »*.

Malgré les termes de ces dispositions qui paraissent clairs, certaines juridictions du fond ont tenté d'étendre la garantie obligatoire aux dommages immatériels.³²⁴

Par plusieurs décisions, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme de manière ferme et constante l'exclusion de la garantie obligatoire des dommages immatériels consécutifs à des dommages relevant de la responsabilité décennale. Ceux-ci restent donc soumis à des garanties facultatives.³²⁵

Lorsque la question se pose, la cour d'appel doit rechercher si le préjudice de jouissance est couvert au titre de la garantie facultative des dommages immatériels. Celle-ci ne se déduit pas d'une absence d'exclusion dans la police *« de base »* d'assurance responsabilité. Le constructeur assuré en décennale n'est pas automatiquement couvert pour

³²³ JO déb. Sénat, séance du 4 nov. 1977, p. 2254 ; JO déb. AN séance du 19 déc. 1977, p. 8999

³²⁴ CA Riom, 7 juil. 1988, RDI avril-juin 1989, p. 231, obs. G. Leguay

³²⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 1996, RGDA 1996, p. 666, note H.. Périnet-Marquet ; Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1993, Bull. civ. I, n° 161, p. 11

les dommages immatériels. Ceux-ci doivent faire l'objet d'une clause expresse d'extension de garantie.

La jurisprudence de la troisième chambre civile s'inscrit également dans le même ordre d'idées. Elle s'est également illustrée dans plusieurs décisions excluant les dommages immatériels de l'assurance obligatoire.³²⁶

Dans ces hypothèses, la Cour de cassation fait une application au cas par cas, fondée sur les termes du contrat. Le juge du fond doit à chaque fois rechercher si le préjudice de jouissance est couvert ou non, par la police d'assurance. Sur le plan des principes, cette jurisprudence est intéressante car limite le champ d'application de l'assurance obligatoire, qui n'est pas de toutes les façons destinée à garantir tous les dommages découlant de la matière³²⁷. En revanche, l'assureur dommages ouvrage peut voir engager sa responsabilité contractuelle, pour les dommages immatériels consécutifs à des travaux qui se sont révélés insuffisants par suite d'un rapport d'expertise défectueux.³²⁸

La jurisprudence restrictive se traduit aussi en ce qui concerne la saisine de l'assureur dans le cadre de la procédure contractuelle d'instruction prévue par la clause type.

§ 2 Recadrage des règles de saisine de l'assureur de dommages conformément aux règles prévues par la clause type

Dans le cadre de l'arrêté du 17 novembre 1978 modifié par l'arrêté du 7 février 2001,³²⁹ le pouvoir réglementaire a mis en place, une procédure contractuelle afin de permettre à l'assuré d'obtenir, en cas de sinistre, une prise de position et une indemnisation rapides de la part de l'assurance de dommages. Celle-ci impliquait la mise en œuvre d'une procédure de constatation des dommages, de leur évaluation et de leur indemnisation. Elle suppose que l'assuré dépose une déclaration de sinistre auprès de son assureur. C'est un écrit contre récépissé ou une lettre recommandée avec avis de réception avec des précisions sur les circonstances du sinistre, la description sommaire ainsi que les mesures conservatoires que l'assuré a pu engager.

³²⁶ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, RGDA 2004, n° 1, p. 130, note A. D'hauteville; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, pourvoi, n° C 03-18.989, RDI mars-avril 2005, p. 92, note G. Leguay

³²⁷ Lesage (F), La nouvelle assurance de la responsabilité décennale n'est pas toujours une assurance totale, RGDA 2006, p. 607

³²⁸ Cass. 3^e civ., 24 ai 2006, n° 05-11.708, Resp. civ. et assur. oct ; 2006, p. 27, note H. Groutel

³²⁹ JO 8 fév. 2001, p. 2151

Cette procédure contractuelle a donc pour but de limiter le contentieux par un recours systématique à l'action judiciaire.³³⁰ Mais compte tenu du silence des textes, s'est posée la question de savoir si l'assuré devait obligatoirement suivre cette procédure dans ses relations avec l'assureur de dommages à l'exclusion de toute autre voie de recours ou s'il pouvait lui préférer l'exercice d'une action judiciaire dirigée soit directement contre l'assureur, soit même contre les responsables.³³¹

Ce recours pouvait se justifier par les problèmes pratiques liés au caractère contradictoire de la procédure amiable, mais aussi à la neutralité de l'expert contractuel. Il convient d'analyser les raisons du recours judiciaire ensuite d'apprécier la solution jurisprudentielle.

A - Les raisons justifiant le recours judiciaire

C'est la méfiance du maître de l'ouvrage à l'égard de cette expertise dommages ouvrage qui a conduit progressivement à la saisine systématique du juge judiciaire vidant ainsi de son sens la procédure amiable. L'indépendance reconnue à l'expert judiciaire est déniée à l'expert amiable.

Cette méfiance s'explique d'une part, par le fait que la désignation de l'expert contractuel relève du libre choix de l'assureur de dommages depuis l'arrêt du 16 août 1984.³³² Madame Victor Belin³³³ écrit que : « *Le sentiment populaire demeure fort, selon lequel, sur un plan général, lorsqu'on est recruté et rémunéré par quelqu'un, on est directement dépendant de lui, et le moins qu'on puisse faire, alors, est de ne pas lui nuire* ». En conséquence, le recruté peut difficilement rester neutre. L'expert est donc rémunéré et dépend économiquement de l'assureur. D'autre part, une fois le rapport d'expertise établi, il est d'abord adressé à l'assureur, avant de l'être à l'assuré. La clause type³³⁴ a pourtant apporté des précautions au maître de l'ouvrage, en instituant la possibilité de récuser l'expert, et le principe du contradictoire. Malgré ces précautions, les maîtres d'ouvrage ne semblaient

³³⁰ Leguay (G) et Dubois (Ph), Assurance construction, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p. 60; Alleaume (P), L'influence de la loi sur le secteur de l'expertise, extrait du colloque de la SMABTP 20 ans de loi Spinetta, du 14 oct. 2003, p. 29

³³¹ Chétivaux (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur, Resp. civ. et assur. n°49

³³² JO 28 Août 1984

³³³ L'expertise en assurance construction, éd. Sécuritas 1987, p.139 ; Lasserre (J), Expert judiciaire, expert d'assurance... une compatibilité controversée, Rev. Experts, déc. 2002, p. 24

³³⁴ Arrêté du 16 août 1984 modifiant l'annexe II à l'article A 243-1 du Code des assurances

pas rassurer par l'indépendance du technicien à l'égard de leur commettant.³³⁵ En conséquence, le recours systématique à l'action judiciaire restait de mise, la jurisprudence est intervenue pour mettre fin à cette tendance.

B - La solution jurisprudentielle

On rappellera qu'avant que la jurisprudence ne tranche définitivement, certains tribunaux considéraient que l'assuré devait obligatoirement recourir à la procédure contractuelle avant d'exercer une action judiciaire contre l'assureur de dommages.³³⁶

La Cour de cassation a énoncé la première fois dans un arrêt³³⁷ que :

« Pour mettre en œuvre la garantie de dommage obligatoire, l'assuré est tenu de faire, soit par écrit contre récépissé, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une déclaration de sinistre à l'assureur, lequel doit alors désigner un expert ou en cas de récusation en faire désigner un par le juge des référés. Ces dispositions d'ordre public interdisent à l'assuré de saisir directement une juridiction aux fins de désignation d'un expert ».

La jurisprudence considère depuis cette décision que l'assuré n'a plus le choix des actions judiciaires contre l'assureur de dommages; il lui est même interdit de saisir une juridiction, que ce soit aux fins de condamnation, tant qu'il n'a pas mis en œuvre la procédure légale et réglementaire prévue par l'article L 242-1 du Code des assurances et les clauses types... Il doit déclarer son sinistre *« à l'assureur soit par écrit contre récépissé soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »*.³³⁸

Cette solution désormais constante va être réitérée à plusieurs reprises.^{339 340}

Cette jurisprudence n'est pas discutable, car la finalité de l'assurance dommage est de parvenir à une évaluation rapide des dommages et le coût de leur réparation. S'il faut chaque

³³⁵ Zavarro (M), l'objet de l'assurance dommages ouvrage, RDI mars-avril 2006, p.87

³³⁶ TGI Paris, 10 fév. 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, p. 573, note Peisse; TGI Chambéry, 3 mars 1988, RGAT 1988, p. 516, note J. Bigot ; Karila (JP), Expertise judiciaire et expertise contractuelle dans le cadre de la police dommages ouvrage, Gaz. Pal. 1984, 2, doct. P. 441

³³⁷ Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1997, Bull. civ. I, n° 293, p. 197; RGDA 1998, p. 96 note H. Périnet-Marquet

³³⁸ Chétivieux (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp.civ. et assur. n° 48

³³⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1999, Allianz via c/ Guegniaud et autres ; RGDA 1999, p. 1035, note A. d'Hauteville; Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, Bull. civ., I, n° 301, p. 1913

.....; RGDA 2002, n° 1 p. 121, note A. d'Hauteville

³⁴⁰ Cass. 3^e civ., 16 déc. 2003, RGDA 2004, n° 1, p. 110, note A. d'Hauteville

fois recourir au juge, cette finalité ne sera plus atteinte en raison des lenteurs générées par une procédure judiciaire, vidant ainsi de son contenu les objectifs de la loi.

La volonté du juge d'appliquer restrictivement certaines dispositions de la loi Spinetta, en vue du rééquilibrage du système d'assurance, se traduira aussi par la volonté de responsabiliser les acteurs de la construction.

CHAPITRE II UNE JURISPRUDENCE RESPONSABILISANT LES ACTEURS DE LA CONSTRUCTION

Pendant longtemps, les solutions jurisprudentielles ont été favorables aux maîtres d'ouvrage. S'il est vrai que la loi Spinetta avait été votée dans un contexte de consumérisme, dont le but était de protéger les maîtres d'ouvrage, cela ne justifie pas que les assureurs supportent tous leurs impairs. C'est dans un souci de responsabiliser les assurés, que la Cour de cassation va sanctionner certaines fautes dues à leur comportement ou à leur négligence, offrant ainsi aux assureurs des moyens de défense leur permettant de réduire ou de refuser leur garantie.

Cette volonté de responsabilisation se traduira aussi bien en matière de responsabilité des constructeurs (Section 1), qu'en matière d'assurance obligatoire (Section 2).

SECTION 1 EN MATIERE DE RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS : SANCTION

DE LA FAUTE DU MAITRE DE L'OUVRAGE

Comme la force majeure, la faute du maître de l'ouvrage peut être exonératoire de la responsabilité de l'entrepreneur à condition qu'elle soit prouvée.³⁴¹ Cette faute du maître de l'ouvrage suppose un lien entre la faute du maître de l'ouvrage et le dommage.³⁴²

La question qui se pose est de savoir si la faute commise par la victime exonère totalement ou non l'entrepreneur? Tout en précisant qu'elle peut être contemporaine ou postérieure à l'exécution des travaux.³⁴³

Pour les constructeurs, cette faute du maître de l'ouvrage se traduit par l'immixtion fautive, l'acceptation des risques. Elle se révèle comme le moyen le plus facile de se sortir de la présomption quasi irréfragable de responsabilité pesant sur eux. La Cour de cassation estime que le maître de l'ouvrage prend et assume les risques qui lui ont été mentionnés.

³⁴¹ Périnet-Marquet (H), La responsabilité des constructeurs, Dalloz 1996, p.66 ; Droit de l'urbanisme et de la construction, éd. Montchrestien 1998, p. 706; Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs, Dalloz Action construction 1998, p.1162 ; Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. du Moniteur 2000, p.325 ; Cabrillac (R), Droit des obligations, Dalloz 1998, p. 182; Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil les obligations, Dalloz 2005, p.718 ; Honorat (J), l'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile, thèse Paris II, 1969, p. 206

³⁴² Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs, Dalloz Action construction 1998, p. 1162

³⁴³ Lesage (F), la nouvelle assurance de la responsabilité décennale n'est pas toujours une assurance totale, p.611-612

La Cour de cassation, en admettant cette cause exonératoire de responsabilité, s'inscrit dans l'une des idées de base de la loi de 1978, qui ne souhaitait pas que les constructeurs soient les garants absolus de tous les impairs des maîtres d'ouvrage.

Cette faute du maître de l'ouvrage exonératoire de la présomption de responsabilité pesant sur les constructeurs peut prendre trois formes appréciée différemment selon qu'elle est ou non postérieure à la construction. C'est d'une part, l'immixtion fautive (§1), d'autre part, l'acceptation délibérée des risques (§2) et enfin l'utilisation anormale de l'ouvrage (§3).

§ 1 L'immixtion fautive

La faute du maître de l'ouvrage peut être exonératoire de la responsabilité de l'entrepreneur à condition de démontrer que :

- le maître de l'ouvrage est notoirement compétent en matière de construction,
- qu'il soit effectivement intervenu dans les travaux, ou qu'il ait commis une immixtion fautive, dans la réalisation ou la conception des travaux.³⁴⁴

S'agissant de la nécessité d'une compétence notoire du maître de l'ouvrage, elle s'apprécie par rapport au domaine dans lequel ce dernier est intervenu,³⁴⁵ ou dans « *chacun des domaines concernés par les désordres* ». ³⁴⁶ Cette compétence notoire est donc présumée. Il appartient au constructeur de prouver cette compétence.³⁴⁷ Néanmoins, cette compétence notoire n'est pas absolue. La jurisprudence considère comme notoirement compétent des maîtres d'ouvrage n'appartenant pas au monde de la construction, mais spécialiste de l'utilisation précise d'un bâtiment dont ils ont assumé la conception ou dont ils ont dirigé les travaux.³⁴⁸

S'agissant de l'immixtion fautive, elle peut intervenir lors de la conception de l'opération de construction ou lors de la réalisation des travaux. Dans cette hypothèse, les juges du fond doivent caractériser et rechercher l'acte positif par lequel le maître s'est immiscé dans les travaux.³⁴⁹ Lors de la conception des travaux, elle peut être tirée de la

³⁴⁴ Périnet- Marquet (H) et Auby (J), Droit de l'urbanisme et de la construction, précité p. 706

³⁴⁵ Cass. 3^e civ., 4 fév. 1984, Bull. civ. III, n° 44

³⁴⁶ Cass. 3^e civ., 11 déc. 1991, cité par M. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p. 1164

³⁴⁷ Cass. 3^e civ., 4 juil.1990, RGAT 1990, obs. A. D'hauteville

³⁴⁸ Cass. 3^e civ., 13 mai 1987, pour un éleveur choisissant un matériel nouveau pour son installation de cuniculture, ou pour un médecin spécialiste de l'installation de sa clinique, exemples cités par M. Périnet-Marquet, Droit d'urbanisme et de la construction précité, p. 707

³⁴⁹ Cass. 3^e civ., 1^{er} fév. 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, 502, note L. Vallery-Radot

conscience que peut avoir le maître de l'ouvrage des conséquences de sa décision.³⁵⁰ Par exemple, l'approbation sans réserves des plans d'architecte malgré le résultat défavorable d'études menées³⁵¹ ou le maître d'ouvrage qui impose son plan³⁵² ou encore l'acceptation en connaissance de cause d'un procédé de fabrication nouveau et non encore expérimenté.³⁵³

Lors de la réalisation des travaux, l'immixtion fautive se traduit par l'intervention directe du maître de l'ouvrage. C'est le cas lorsqu'il prend et assure la direction des travaux.³⁵⁴ L'immixtion du maître de l'ouvrage suppose donc une compétence notoire et un acte positif d'immixtion. Ce n'est pas le cas pour l'acceptation délibérée des risques. D'ailleurs un arrêt de la Cour de cassation, marque bien la distinction entre l'immixtion fautive et l'acceptation des risques.³⁵⁵

§ 2 L'acceptation délibérée des risques

Elle suppose que le maître d'ouvrage est complètement informé et mis en garde par le constructeur des conséquences ou des difficultés susceptibles de survenir si « *ses choix de conception ou de réalisation sont maintenus* ». ³⁵⁶ Mais, il accepte en toute connaissance de cause les risques.³⁵⁷ Ce conseil du constructeur est nécessaire en cas de risque lié à la nature du sol.³⁵⁸ Il en est de même, en matière de respect et normes techniques, et plus généralement, des règles de l'art.³⁵⁹ Il a été ainsi jugé par exemple que : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le maître de l'ouvrage a été informé complètement des conséquences du défaut de mise en place d'une étanchéité par une note du bureau de contrôle Véritas, soulignant la non-conformité des dalles de couverture au document technique unifié applicable, et par la formulation, à plusieurs reprise, par ce bureau, de réserves relatives à*

³⁵⁰ CA Dijon, 19 nov. 1996, RGDA 1997, p. 781, note A. D'hauteville ; Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, Trib. assur. juin 2002, cah. de jurispr., n° 121, p. IV

³⁵¹ CE, 24 janv. 1990, Cne de St Jean de Monts, cité par M. Périnet-Marquet, in Droit de l'urbanisme et de la construction précité, p. 709

³⁵² Cass. 3^e civ., 17 oct. 1972, D. 1973, p. 314, note J. Mazeaud

³⁵³ Cass. 3^e civ., 4 avril 1991, Mon. TP 4 oct. 1991, p. 64

³⁵⁴ Cass. 3^e civ., 21 déc. 1982, Bull. civ., III, n° 263, p. 196 ; 7 mars 1990, Bull. civ. III, n° 70, p. 38

³⁵⁵ Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, Bull. civ. III, n° 28, p. 17 ; Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1997, RDI 1997, 1997, p. 234 ; Cass. 3^e civ., 29 oct. 2003, Bull. civ. III, n° 183, p. 162 ; Cass. 3^e civ., 15 déc. 2004, Axa Assur. Iard / M. André Botella, RDI, mars-avril 2005, p. 95, note G. Leguay

³⁵⁶ Penneau (A) et Périnet-Marquet (H), Rapport sur l'impact du droit communautaire sur la réglementation et les normes techniques dans le domaine de la construction, réalisé pour le compte du Ministère de l'Équipement, 2005, p. 100 (En ligne sur le site du Ministère de l'Équipement)

³⁵⁷ Cass. 3^e civ., 19 janv. 1994, Bull. civ. III, n° 6, p. 4 ; Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, Gaz. Pal. 16 mai 1996, som. P. 16, note Peisse

³⁵⁸ Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1165 ; Karila (JP), Les risques tenant à la nature du sol, RDI 1997, p. 545-558

³⁵⁹ Penneau (A) et Périnet-Marquet (H), Rapport sur l'impact du droit communautaire, précité p. 100

*la pénétration possible d'eau de pluie, et qu'il avait, par un choix effectué en toute connaissance de cause, accepté les risques de la construction d'une dalle dépourvue d'étanchéité, la cour d'appel, qui n'était tenue de rechercher ni si le maître de l'ouvrage était notoirement compétent en matière de construction, ni si sa décision constituait pour l'architecte un évènement ayant les caractéristiques de la force majeure, a exactement retenu, qu'en raison de cette acceptation délibérée des risques par la D.C.I., l'argumentation à tirer d'une faute commise par l'architecte était dénuée de toute portée et que la responsabilité de ce dernier n'était pas engagée, l'information du maître de l'ouvrage pouvant émaner d'un professionnel de la construction autre que celui dont la responsabilité est recherchée ».*³⁶⁰

Il se peut aussi que, le maître de l'ouvrage, par souci de réaliser une économie substantielle ne tienne pas compte des mises en gardes du maître d'œuvre et ceci de manière persistante et délibérée et avec réitération de volonté en cours de chantier.

Dans cette hypothèse, l'acceptation des risques est exonératoire pour le constructeur sans qu'il soit besoin de rechercher si le maître de l'ouvrage était notoirement compétent en matière de construction, même si sa décision constituait pour lui un événement ayant les caractéristiques de la force majeure.³⁶¹

Cette jurisprudence met un terme aux reproches faits aux maîtres d'ouvrage de transférer implicitement sur l'assurance, le coût de la construction en acceptant des marchés anormalement bas ou également par souci d'économie, de prendre des risques en excluant des ouvrages nécessaires ou des techniques plus adaptées et faisant de ce fait prendre en charge les malfaçons inévitables par le système d'assurance obligatoire.³⁶² Cette jurisprudence responsabilise le maître de l'ouvrage, l'obligeant à supporter la charge ou les conséquences de sa prise de risque. Il en est de même en ce qui concerne l'utilisation anormale de l'ouvrage.

³⁶⁰ Cass. 3^e civ., 9 juin 1999, Bull. civ. III, n° 132, p. 90

³⁶¹ Cass. 3^e civ., 9 juin 1999, Bull. civ. III, n° 132, p. 90

Alliaume ; Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, Trib. assur. juin 2002, cah. de jurispr., n° 121, p. IV ; Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1997 ; Cass. 3^e civ., 12 fév. 1997, RDI 1997, p. 240

³⁶² Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1166

§ 3 L'utilisation anormale de l'ouvrage

Elle suppose que le maître de l'ouvrage utilise l'ouvrage à des fins auxquelles il n'est pas destiné. Dans ces hypothèses, il engage sa responsabilité de droit commun.

La jurisprudence prend uniquement en compte, la destination contractuellement convenue entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs, quant à l'ouvrage pour déterminer la faute d'utilisation à la charge de son propriétaire. C'est ainsi qu'a été retenue la faute d'un propriétaire qui avait fait de son entrepôt un hyper marché³⁶³. Ou alors, le cas d'un boulanger qui laissait la porte du sas, ouvrant sur le fournil en permanence ouverte, ce qui provoquait une humidité excessive dans le fournil.³⁶⁴ C'est aussi le cas pour un maître d'ouvrage qui procède à la transformation aberrante d'une ventilation de chute de WC en descente d'eau pluviale, détruisant à cette occasion la continuité de l'étanchéité de la terrasse.³⁶⁵

Dès lors que l'utilisation anormale de l'ouvrage est démontrée, elle constitue une cause étrangère exonérant les constructeurs.

S'il est vrai que les constructeurs peuvent être exonérés totalement de leur responsabilité sous réserve que soit prouvée la prise de risque ou l'utilisation anormale de l'ouvrage par les maîtres d'ouvrage, ils seront en revanche en matière d'assurance obligatoire, tout comme les maîtres d'ouvrage, sanctionnés pour leur comportement ou leur négligence.

SECTION 2 EN MATIERE D'ASSURANCE OBLIGATOIRE : SANCTION DU COMPORTEMENT FAUTIF OU LA NEGLIGENCE DES ASSURES

En matière d'assurance obligatoire, la responsabilisation des acteurs de la construction se traduit d'une part, par la sanction du comportement des assurés à travers les déclarations inexactes faites à l'assureur (§1) et d'autre part, par leur négligence, permettant ainsi à l'assureur dommages ouvrage d'utiliser l'exception de prescription biennale, l'exonérant de sa garantie (§2).

³⁶³ Cass. 3^e civ., 11 fév. 1998, RDI 1998, p. 262

³⁶⁴ Cass. 3^e civ. 6 fév. 2002, RDI 2002, p. 151

³⁶⁵ Cass. 3^e civ., 13 fév. 1991, cité par M. Malinvaud, Dalloz Action construction 1998, p. 1163

§ I Sanction du comportement de l'assuré : par les déclarations inexactes faites à l'assureur

En matière de droit commun de l'assurance,³⁶⁶ le législateur a réglementé la déclaration des risques à travers les dispositions de l'article L 113-2 du Code des assurances. Elles édictent que l'assuré est obligé « *de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* ».

Le législateur a assorti les obligations de l'assuré en matière de déclaration de risques de sanctions. « *Avant la loi de 1930, toutes les irrégularités dans la déclaration des risques devaient entraîner la nullité du contrat tout entier, même si l'assuré avait fait une omission ou une inexactitude par négligence mais sans aucune mauvaise foi (art. 348 du Code de commerce à propos d'assurance maritimes)* ». ³⁶⁷ Cette solution était rigoureuse. Mais par une police type incendie mise au point en 1913, les contrats opéraient une distinction entre les assurés de bonne foi et ceux qui n'étaient pas. Cette distinction sera reprise par les articles 21 et 22 de la loi de 1930, devenus les articles L 113-8 et L 113-9 du Code des assurances. ³⁶⁸ Le premier sanctionne par la nullité, l'assuré de mauvaise foi qui a voulu tromper l'assureur ; tandis que le second, (art. L 113-9) sanctionne par la réduction proportionnelle de prime, la déclaration irrégulière de bonne foi. Ces textes impératifs s'appliquent aussi bien aux irrégularités commises lors de la déclaration initiale du risque qu'aux irrégularités dans la déclaration des aggravations des risques.

En matière d'assurance construction, les obligations de l'assuré en matière de déclaration de risque, sont prévues par les clauses types (annexe II à l'article A 243-1, A, 2° a) à f)). Elles ne sont assorties d'aucune sanction spécifique.

La question s'est donc posée de savoir si ces règles impératives de droit commun étaient applicables en matière d'assurance construction ?

³⁶⁶ Mayaux (L), Rép. civ. Dalloz, n° 352 ; Kullmann (J), La déclaration de risque, Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J. Bigot, LGDJ 2002, p. 667 ; Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 257 ; Groutel (H), la réforme du Code des assurances, Resp. civ. et assur., 1990, chron. n° 3

³⁶⁷ Lambert-Faivre et Leveneur, Droit des assurances précité, p. 266

³⁶⁸ Lambert-Faivre et Leveneur, Droit des assurances, précité, p. 266

Un auteur³⁶⁹ a écrit que les dispositions du droit des assurances général n'étaient pas applicables en matière d'assurance construction. « *Qu'une application stricte de l'article A 243-1, al 2, impose une réponse négative* ». Or, il suffit de se référer aux dispositions de l'article L 243-7 du Code des assurances qui énumère de façon limitative les dispositions du droit commun des assurances inapplicables à l'assurance construction.³⁷⁰ Ce qui veut dire qu'à contrario, les autres lui sont applicables. En conséquence, les dispositions du droit commun, relatives à la déclaration du risque, telles que celles notamment édictées par les articles L 113-1, L 113-8 et L 113-9 du Code des assurances, s'appliquent en matière d'assurance de dommage comme en matière de responsabilité³⁷¹. La jurisprudence sanctionne le comportement de l'assuré par un refus de garantie ou alors par une réduction de garantie. La jurisprudence fait donc attention à l'équilibre économique du contrat d'assurance, c'est à dire à son caractère aléatoire, car sans aléa, la cause du contrat n'existe pas et le rend nul. Cet aléa et l'équilibre qui en découlent, obligent l'assureur à être en mesure de connaître la situation au moment où il fixe la prime, c'est la raison pour laquelle la jurisprudence sanctionne toute fausse information.

Il convient donc de distinguer la sanction selon que, l'assuré pour réduire sa prime de garantie fait une déclaration inexacte ou alors commet une omission (A), ou alors fraude, par une fausse déclaration volontaire (B).

A - Réduction proportionnelle de l'indemnité, sanction de la sous déclaration involontaire

Ce sont les dispositions de l'article L 113-9 al 3 du Code des assurances qui sanctionnent la sous déclaration involontaire, par la réduction proportionnelle de l'indemnité. Elles énoncent que :

« Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payés par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».

³⁶⁹ Lesage (F), Confrontation droit commun- droit spécial au moment de la révision des règles de l'assurance construction, Gaz. Pal., 17 fév. 1998, p. 205

³⁷⁰ Bigot (J), a propos de l'assurance construction : droit commun ou droit spécial ? Un problème mal posé, Gaz. Pal., 4 juin 1998, p. 699

³⁷¹ Chétivau (SC), assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur., fasc. 540-20, n° 1-43

L'application de la réduction proportionnelle a été admise dans un premier temps par la 23^e chambre de la cour d'appel de Paris à un architecte qui avait déclaré à son assureur des travaux, d'un montant de 4,5 millions de francs alors que ce montant s'élevait à 8 millions de francs. Appliquant les dispositions de l'article L 113-9 al 3 du Code des assurances, elle rappelle que :

*« Ces dispositions (légales et réglementaires régissant l'assurance RC décennale obligatoire) ne font pas obstacle aux principes généraux du droit des assurances qui ne sont pas incompatibles avec elles ; il en est ainsi du principe posé par l'article L 113-9 du code des assurances dans la mesure où il se borne à limiter la garantie au risque effectivement couvert par la police en fonction des déclarations de l'assuré ».*³⁷²

La Cour de cassation ne remettra pas en cause cette solution de la cour d'appel. Au contraire, elle admet que le régime spécifique de l'assurance construction, en l'occurrence l'assurance dommages ouvrage ne s'oppose pas à l'application de l'article L 113-9 du Code des assurances, conformément à l'article L 243-8 du même Code.³⁷³

Pour l'application de la réduction proportionnelle de garantie, la Cour de cassation recourt aux principes généraux du droit des assurances, notamment lorsque la clause type ne suffit pas pour donner une solution efficace à une difficulté pratique.³⁷⁴ Ce qui est le cas ici. La clause type ne prévoit pas expressément la réduction proportionnelle de l'indemnité en cas de sous assurance de l'ouvrage. Or cette même clause type après avoir énoncé que la garantie couvre le coût de l'ensemble des travaux de remise en état après sinistre, énonce expressément qu'elle est limitée au coût total de la construction déclarée par l'assuré. Cette confusion dans le texte n'aide pas vraiment la jurisprudence dans sa mission. Ainsi, en s'appuyant sur le Code général des assurances, elle offre aux assureurs un moyen de défense, leur permettant de réduire leur garantie au prorata de l'erreur que leur faisait commettre l'assuré en sous-déclarant son risque, mais aussi de refuser leur garantie en cas de fausse déclaration volontaire et en cas de non coïncidence de l'activité réellement exercée avec le secteur d'activité déclarée.

³⁷² CA Paris, 23^e ch. B, 14 juin 1991, RGAT 1991, p. 879, obs. J. Bigot ; RDI juil-sept 1991, p. 364, obs. G. Leguay

³⁷³ Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, RGAT 1997, p. 769, obs. H. Périnet-Marquet

³⁷⁴ Lesage (F), Confrontation droit commun droit spécial au moment de la révision des règles de l'assurance construction, Gaz. Pal., 17 fév. 1998, p. 205 ; La nouvelle assurance de la responsabilité décennale n'est pas une assurance totale, RGDA 2006, p. 613

B - Le refus de garantie

La sanction du refus de garantie, en cas de fausse déclaration volontaire s'applique aussi bien dans le cadre de l'assurance dommages ouvrage que de l'assurance de responsabilité.

1. Dans le cadre de l'assurance dommages ouvrage

Le refus de garantie se manifeste dans deux hypothèses qui peuvent être très lourdes pour les acteurs de la construction. C'est la nullité du contrat sanctionnant la fausse déclaration volontaire et la non indemnisation des conséquences d'une faute intentionnelle.

a *Nullité du contrat, sanction de la fausse déclaration volontaire*

L'article L 113-8 du Code des assurances dispose qu' :

« Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L 123-6, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

*Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a le droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts ».*³⁷⁵

Cette disposition ne requiert aucun commentaire tant les termes du texte sont clairs. Encourt donc la nullité du contrat, l'assuré qui omet ou fait sciemment une fausse déclaration à son assureur afin de minimiser les risques qui doivent être assurés.

C'est donc la première chambre de la Cour de cassation qui a pour la première fois appliqué cette disposition à propos d'un contrat d'assurance dommages ouvrage souscrit en cours de chantier.

En l'espèce, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel déjà saisie sur renvoi et qui avait prononcé la nullité du contrat d'assurance dommages ouvrage, elle avait ordonné la restitution des provisions versées et dit que les

³⁷⁵ Art L 113-8 Code des assurances

primes payées resteraient acquises à l'assureur au motif que le maître de l'ouvrage qui avait souscrit une assurance dommages ouvrage, avait eu connaissance par un rapport du CEBTP, des risques de tassement des terrains sur lesquels devaient être édifiés les ouvrages, s'était abstenu de communiquer à l'assureur la convention qui l'avait liée au CEBTP bien que l'assureur l'ait interrogé sur l'existence d'une telle convention, avait commis des réticences intentionnelles justifiant l'application de l'article L 113-8 du Code des assurances³⁷⁶. Ici, la sanction est sans appel, dès lors qu'il est démontré que le maître de l'ouvrage a commis des réticences intentionnelles. Comme pour la réduction proportionnelle de garantie, le juge offre aux assureurs un puissant moyen de défense, leur permettant de ne pas supporter la charge des réparations qui n'ont pas été prises en compte lors de l'évaluation du risque et des primes à verser. A notre sens, cette solution paraît judicieuse, car l'équilibre et même la viabilité du système d'assurance en dépend.

b La non indemnisation des conséquences d'une faute intentionnelle

La non indemnisation des conséquences d'une faute intentionnelle, découle de l'application des dispositions de l'article L 113-1 al 2 du Code des assurances, Il en résulte que l'assureur, ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

De manière générale, la faute intentionnelle est caractérisée par l'intention méchante de l'auteur du dommage : il a voulu la réalisation du dommage. En matière extracontractuelle, c'est la faute délictuelle ou délit (civil), et en matière contractuelle, c'est la faute dolosive ou dol. Elle se distingue de la faute excusable.³⁷⁷ En matière d'assurance, la faute intentionnelle ou dolosive de l'article L 113-1 du Code des assurances est celle qui comporte l'intention de causer le dommage, ce qui implique la connaissance de la certitude du dommage.³⁷⁸

En matière de prescription décennale de l'action exercée contre les constructeurs, la faute dolosive est définie comme la volonté de réaliser le dommage.³⁷⁹

³⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 1, p. 1

³⁷⁷ Mazeaud (HLJ) et Chabas (F), Leçons de droit civil les obligations, éd ; Montchrestien 1998, p. 448 ; Viney (G) et Jourdain (P), Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 1998, p. 583

³⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1970, p. 176 ; Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1980, D. 1981, p. 21, note Brière de L'isle ; 2 fév. 1994, Bull. civ. I, n° 37 ; 6 déc. 1994, Bull. civ. I, n° 359, p. 259

³⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1975, Bull. civ. III, n° 233, p. 178 ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, RDI 1997, p. 87, obs. Ph. Malinvaud

En pratique, la prise en compte de la faute intentionnelle est laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond, qui fait une application au cas par cas.³⁸⁰ Il vérifiera que sont réunies deux conditions cumulatives à savoir : la volonté de provoquer le dommage et la volonté de le voir se réaliser. Il semblerait depuis un arrêt du 23 septembre 2004³⁸¹ que la Cour de cassation reprend le contrôle de la qualification de la faute intentionnelle.

La troisième chambre civile fait aussi application de cette jurisprudence, mais se montre plus sévère que la première, en exigeant une attitude conduisant inéluctablement au dommage. Par une décision du 9 janv. 2002,³⁸² elle exige pour la mise en œuvre de l'article L 113-1al 2 du Code des assurances, que l'assuré ait eu une attitude conduisant inéluctablement au dommage, même s'il n'a pas voulu ce dernier.

En l'espèce, la Cour de cassation sanctionne la violation des règles d'urbanisme. Elle sanctionne d'une part, un architecte qui en tant que professionnel a apposé sa signature pour rendre service sur un projet modificatif de permis de construire non conçu par lui et qui ne correspondait pas à la construction réalisée. Ceci non seulement en méconnaissance du plan d'occupation des sols, mais aussi du droit des tiers. D'autre part, elle sanctionne aussi une société de construction qui en tant que professionnelle ne pouvait ignorer que le projet était irréalisable. Qu'il n'était pas conforme ni au permis de construire, ni au plan d'occupation des sols, ni même au permis de construire obtenu sur la base du projet irréalisable. Et enfin, le maître de l'ouvrage qui n'était pas un néophyte puisqu'il avait déjà fait construire plusieurs immeubles et avait donc connaissance des risques qu'il prenait.

En effet, la Cour de cassation sanctionne le comportement fautif des acteurs de la construction, d'autant plus qu'en l'espèce, ils sont tous des professionnels de la construction.

Le refus de garantie en matière d'assurance dommages ouvrage, répond donc bien aux impératifs de responsabilisation des intervenants à la construction, nécessaire pour réguler le système d'assurance. Cette volonté de responsabilisation des acteurs de la construction, se traduira aussi en matière d'assurance de responsabilité décennale.

³⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 4 juil. 2000, Bull. civ. I, n° 203, p. 133

³⁸¹ Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 03-14.389, RDI nov.-déc. 2004, p. 517

³⁸² Cass. 3^e civ., 9 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 1, p. 1 ; ; RDI n° 2, mars-avril 2002, p. 125-126, note G. Durry p. 361, obs. G.leguay ; JCP 2002, I, n° 116, note J. Kullmann ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. n° 158, note H. Groutel

2- Dans le cadre de l'assurance de responsabilité décennale

En matière d'assurance de responsabilité décennale, le refus de garantie est appliqué en cas de non coïncidence du secteur d'activité par rapport à celui réellement exercé, mais aussi en cas de non respect par l'assuré des termes de la police visant la déclaration réglementaire d'ouverture de chantier (DROC)

a *la non assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur*

Jusqu'en 1997, la délivrance d'une attestation d'assurance par un assureur en matière de RC décennale fournissait à celui qui en était porteur, la quasi-certitude de pouvoir disposer au moins des garanties obligatoires de la police d'assurance RC décennale du constructeur avec lequel il avait traité. D'autant plus que selon les dispositions de l'article A 243-1 annexe 1 du Code des assurances, « *le contrat garantit le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué, lorsque la responsabilité de ce dernier est engagée sur le fondement de la présomption de responsabilité établie par les articles 1792 et suivant du Code civil* ».

Ainsi entre les années 1992 et 1997, la Cour de cassation refusait de reconnaître la validité des clauses contenues dans des polices R.C décennale qui entendaient réduire par voie d'exclusions parfaitement claires et précises l'objet de l'assurance qui lui demeurerait défini conformément au texte des clauses types à savoir « *couvrir la responsabilité des constructeurs fondée sur l'article 1792 du Code civil* ».

Dans ces affaires, l'objet du litige ne portait pas sur l'activité déclarée par l'assuré, la Cour de cassation prenait comme référence « *la profession d'entrepreneur* » ou « *l'activité d'entrepreneur* », ou encore « *la raison sociale de la société concernée* ».

Certains arrêts rendus à ce sujet concernaient des exclusions explicites pour les travaux de techniques non courantes.³⁸³

D'autres arrêts quant à eux concernaient l'exclusion de l'activité de CMI (constructeur de maison individuelle).³⁸⁴ En fait, l'exclusion tenait aux modalités d'exercice de l'activité de constructeur ou d'entrepreneur sans autre précision.

³⁸³ Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1992, n° 1045, RGAT 92, p. 568 ; Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1993, n° 1630, RGAT 1994, p. 566 ; Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 1022, RGAT 1994, p. 825.

³⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1993, n° 1110, RGAT 1994, p. 173 ; Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, n°27, p. 16 ; Cass. 3^e civ., 29 nov. 1995, n° 2160, RGAT 96, p. 371.

Mais un arrêt révolutionnaire pour reprendre l'expression de Madame Pagès de Varenne³⁸⁵ est venu instaurer une cause de non assurance à laquelle les assureurs ont recours.

C'est un arrêt de la première chambre civile en date du 29 avril 1997³⁸⁶ qui a posé le principe selon lequel :

« si le contrat d'assurance obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses et exclusions autres que celles prévues à l'annexe I à l'article L 243-1 du Code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré par le constructeur ».

Il s'agissait en l'espèce, d'une entreprise qui avait souscrit auprès de son assureur une police responsabilité décennale et avait déclaré exercer les activités « *d'aménagements de magasins, bars, vitrines, cuisines, limités aux lots techniques électricité, plomberie et ventilation* ». Or l'activité effectivement pratiquée était des travaux de couverture.

Par la suite, la première chambre civile a confirmé sa position dans un arrêt en date du 28 octobre 1997.³⁸⁷ Elle a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait écarté l'exception de non assurance d'une entreprise de charpente industrielle qui avait réalisé une construction à ossature de bois, objet de désordres relevant de la garantie de l'article 1792 du Code civil, alors que l'activité déclarée par l'entreprise à l'assureur était limitée à des travaux courants de charpente conformément à des techniques professionnelles. Il en est de même pour un arrêt en date du 1^{er} décembre 1998.³⁸⁸ La première chambre civile a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait retenu la garantie d'une compagnie sans répondre aux conclusions de cette dernière, soutenant que son assuré avait procédé à la réfection de l'étanchéité d'une terrasse de 1500m2 alors que ce dernier avait déclaré exercer une activité de plomberie comportant pour cette dernière activité la mention « *travaux d'étanchéité occasionnels limités à 150 m2 par chantier* ».

Dès lors, l'exécution de travaux ressortant d'une activité autre que celle déclarée à l'assureur constituait un cas de non assurance, justifiant le refus de garantie de la compagnie d'assurance.

³⁸⁵ Pagès de Varenne (ML), point sur l'assurance construction : une réforme à pas de souris... , Constr. et urb. mai 2000, p. 7

³⁸⁶ Cass. 1^{re} civ. 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 131, p. 87; RGDA 1997, p. 1044

³⁸⁷ Bull. civ. I, n° 295, p. 198

³⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, Resp. civ. et assur. fév. 1999, p. 20

Ces différentes décisions ont suscité des réactions. Pour certains,³⁸⁹ cette jurisprudence doit être approuvée en raison du devoir de loyauté qui doit prévaloir notamment dans l'exécution de toute convention conformément aux articles 1134 et 1135 du Code civil : l'assuré qui manque à ce devoir de loyauté en exécutant des travaux en dehors des activités déclarées à l'assureur doit être sanctionné. Pour d'autres³⁹⁰ en revanche, cette jurisprudence est porteuse d'excès et inutile. Ils estiment cette jurisprudence dangereuse pour le maître de l'ouvrage, qui n'a aucune possibilité de contrôler les déclarations faites par les intervenants à l'opération de construction auprès de leur assureur en responsabilité décennale. On peut aussi penser que la négligence des constructeurs qui, pris dans la logique de signature de marchés, ne mesurent pas nécessairement l'incidence des termes sémantiques et de variations subtiles sur le thème des activités déclarées.

Cette jurisprudence est donc malgré tout sévère. Elle concerne aussi bien les entrepreneurs, des maîtres d'œuvres³⁹¹ et aussi des promoteurs au titre de leur police constructeur non réalisateur.³⁹² Malgré quelques critiques de la doctrine, cette jurisprudence est désormais constante. Par trois arrêts³⁹³ rendus le même jour, la troisième chambre civile a entériné de manière claire et précise une solution amorcée depuis lors par la première chambre civile. Elle apporte cependant une précision supplémentaire selon laquelle, « ..., *il appartient à l'assureur, tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son assuré à qui il délivre une attestation nécessairement destinée à l'information des éventuels bénéficiaires de cette garantie, de fournir dans ce document les informations précises sur le secteur d'activité professionnelle déclarée* ».

Cette nouvelle approche qui cherche à responsabiliser les intervenants à l'acte de construire, les oblige à rester vigilant, chacun à son niveau. Ainsi, l'assureur de responsabilité doit assumer son obligation de renseigner à l'égard de son assuré en lui fournissant une attestation d'assurance contenant des informations précises sur le secteur d'activité professionnelle déclarée. L'assuré quant à lui doit vérifier que le secteur d'activité déclaré

³⁸⁹ M. Sargos, note sous arrêt 28 oct 1997, RGDA 1997, p. 988, obs. M. Karila, RGDA 1997, p. 1044 ; M. Durry, RDI 1999, p. 118 et 277 ; M. Groutel, Resp. civ. et assur. fév. 1998, p. 5 ; Lesage (F), Activité non déclarée ? Activité non garantie, Trib. assur. avril 1998, p. 31

³⁹⁰ Dessuet (P), assurance responsabilité civile décennale. La non assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur : une jurisprudence contestable, Gaz. Pal. 16 mars 2000, p.12 ; G. Leguay note sous arrêt 28 oct 1997

³⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, pourvoi, n° 99-13.058, Lamyline n° 641

³⁹² Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2001, RDI 2002, p. 130, obs. G. Durry

³⁹³ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, pourvoi, n° 01-12-259 ; n° 01-12-291 ; n° 02.11.539, Resp. civ. et assur. mars 2004, p. 26

couvre bien les travaux commandés. Le maître d'ouvrage doit rester vigilant et prendre toutes les précautions nécessaires en s'assurant que les travaux commandés sont bien garantis.

On notera que cette solution opportune sur le plan pratique, l'est moins sur le plan juridique.

En effet, sur le plan pratique, cette jurisprudence évite de faire peser sur les assureurs une charge supplémentaire en cas de secteur d'activité déclaré différent de celui réellement exercé. Pour reprendre les propos du haut conseiller Monsieur Sargos, cette jurisprudence n'est pas contestable et trouve sa légitimité dans le devoir de loyauté qui doit prévaloir, notamment dans l'exécution de toute convention conformément aux articles 1134 et 1135 du Code civil. L'assuré qui manque à ce devoir de loyauté en exécutant des travaux en dehors des activités déclarées à l'assureur, doit être sanctionné, malgré que cette sanction puisse avoir des effets néfastes pour celui que la loi a toujours voulu protéger.

Sur le plan juridique, cette jurisprudence est moins opportune. La jurisprudence appuie sa solution sur un fondement qui en réalité ne tranche pas directement de la question du secteur d'activité déclaré. En effet, l'article A 243-1 annexe du Code des assurances, garantit le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage lorsque la responsabilité du constructeur est engagée. Cet article définit l'objet de la garantie. Il vise l'exclusion de toute clause du contrat ayant pour effet d'amoindrir le contenu ou la portée des clauses.

Doit-on déduire que la Cour de cassation fait une application extensive de ces dispositions ?

Bien que cette jurisprudence soit fondée dans son principe, le contentieux dans ce domaine demeure. Son application est porteuse d'incertitude et de conflits sans cesse grandissant, en raison de l'absence de nomenclature unifiée des activités professionnelles chez les assureurs.

Les professionnels souhaitent donc pour limiter les litiges, la mise en place d'une nomenclature qui serait reprise dans un modèle- type d'attestation unifié et reconnu par tous.

Si la déclaration du secteur d'activité différent de celui réellement exercé est sanctionnée par un refus de garantie, il en est de même lorsque l'assuré ne respecte pas les termes de la police visant la DROC.

b La non assurance en cas de non respect par l'assuré des termes de la police visant la DROC

Elle résulte d'un arrêt³⁹⁴ de la première chambre civile à propos d'un constructeur de maisons individuelles qui avait souscrit une police multirisque pour les garanties responsabilité civile décennale et dommages ouvrage obligatoires. Mais ce dernier s'est vu rejeter sa demande de garantie auprès de son assureur, au motif qu'il ne lui avait pas, conformément aux dispositions générales de la police, déclaré l'ouverture du chantier concernant la construction commandée.

La Cour de cassation a décidé qu' *«en l'absence de déclaration à l'assureur de l'ouverture du chantier concernant la construction commandée..., il n'y avait pas d'assurance conformément à la police»*. Cette solution sera également admise par la troisième chambre civile qui emploiera une formule différente, mais dont la finalité est la même, à savoir que : *«L'omission de déclaration équivaut à une absence d'assurance opposable au tiers lésé»*.³⁹⁵

Le juge appliquant l'exception de non garantie, en cas de non déclaration de la DROC, s'inscrit toujours dans la volonté de donner aux assureurs des moyens de se défendre contre les comportements fautifs des assurés. Cette solution est sévère à l'encontre des maîtres d'ouvrage. Mais la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 2005³⁹⁶ a admis que l'absence de souscription d'une assurance de responsabilité, privait dès l'ouverture du chantier, les maîtres d'ouvrage de la sécurité procurée par l'assurance en prévision de sinistre et constituait un préjudice certain. Nous pensons que cette solution rendue en matière de non souscription d'assurance peut être transposée à l'absence de déclaration à l'assureur de l'ouverture du chantier. Il en est de même de leur négligence, lorsqu'ils laissent écouler le délai de garantie biennale.

³⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1998, RGDA 1998, p. 740, obs. JP. Karila

³⁹⁵ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, Argus 6 fév. 2004, p. 36

³⁹⁶ RDI fév. 2006, p. 27 obs. H. Groutel

§ 2 La prescription biennale : sanction de la négligence de l'assuré

Comme tout au long de nos développements, la jurisprudence va innover en matière de prescription biennale, empruntée au droit commun et adaptée à l'assurance dommages ouvrage. Il résulte en effet des dispositions de l'article L. 114-1 du Code des assurances que :

« Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance et précise que quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause la recours d'un tiers, le délai de prescription ne court que du jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par ce dernier ».

La prescription biennale peut avoir un double rôle car dans certaines hypothèses, elle est favorable aux maîtres d'ouvrage en ce qu'elle allonge la durée dans le temps des garanties obligatoires notamment avec l'application de l'action directe.

Dans d'autres hypothèses, elle est plutôt favorable aux assureurs en ce qu'elle peut leur permettre de justifier le refus de garantie, par prescription de délai, sous réserve pour eux d'avertir l'assuré de l'échéance du délai. Ce qui nous préoccupe dans cette partie.

Le contentieux de la prescription biennale en matière de construction a commencé par une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation.³⁹⁷ Elle a admis que *« l'assignation en référé, en vue de la désignation d'un expert constituait une action en justice et faisait courir le délai de prescription de l'article L 114-1 du Code des assurances »*.

Cette solution a ému les professionnels de la construction ainsi que la doctrine³⁹⁸ qui se demandaient comment est-ce que une action ne tendant pas à la reconnaissance d'un droit pouvait-elle être considérée comme une réclamation au sens de l'article L 114-1 du Code des assurances ?

En outre, le calcul du délai ou du point de départ de la prescription biennale n'a pas été envisagé par le législateur.

³⁹⁷ Cass. 1re civ., 26 nov. 1996, l'argus 31 janv. 1997

³⁹⁸ Groutel(H), La prescription biennale et les contraintes de l'assurance des dommages à l'ouvrage, Resp. civ. et assur., 1997, chron. 17; la prescription biennale et les contraintes de l'assurance des dommages, suite, Resp. civ. et assur., 1998, chron. n°18; Courtieu (G), Assurance de dommages à l'ouvrage : la prescription à la recherche d'un point fixe, Resp. civ. et assur., 2000, chron. n° 4 ; Durry (G), Assurance dommages ouvrage et prescription biennale, Resp. civ. et assur. 2000, chron. n° 9

Selon Madame Chétivaux,³⁹⁹ « à raison des différentes actions possibles contre l'assureur de dommages nées des droits distincts qui les sous-tendent, quelques décisions ont semé le doute, pour ne pas dire une certaine confusion dans ce domaine ».

Il faut distinguer deux hypothèses. Il faut distinguer entre l'action en indemnisation qui tend à la mise en jeu des garanties et l'action en responsabilité contractuelle dont le but est de sanctionner l'assureur dommages ouvrage qui ne respecte pas les obligations légales de délai et d'indemnisation mises à sa charge par suite d'un sinistre.

La jurisprudence va trancher par une combinaison, des règles générales de l'assurance avec certaines dispositions spécifiques à l'assurance dommages ouvrage et spécialement avec le délai de 60 jours imposé à l'assureur à qui a été notifié une déclaration de sinistre, lequel doit prendre position sur le principe de la mise en jeu de sa garantie.⁴⁰⁰

On rappellera cependant, qu'en droit commun, on distingue le délai de déclaration du sinistre de cinq jours,⁴⁰¹ et le délai de deux ans pour agir contre l'assureur.⁴⁰² Or en matière d'assurance obligatoire, cette distinction n'existe pas, ce qui suppose qu'en pratique, l'assuré dispose de deux ans pour déclarer le sinistre et pour agir contre l'assureur en règlement du sinistre.

La Cour de cassation va donc innover, en forgeant de toute pièce un point de départ spécifique à la prescription.⁴⁰³ En réalité, la jurisprudence sur la prescription biennale, dans le cadre de l'action restrictive, vise à sanctionner la négligence de l'assuré qui n'introduit pas à temps son action contre l'assureur dommages ouvrage. Ce dernier peut alors se prévaloir de cette prescription pour se décharger de tout préfinancement des réparations. Cependant cette possibilité n'est pas facile à mettre en œuvre en raison des différents points de départ qui existent.

On rappellera qu'après la déclaration de sinistre auprès de l'assureur, ce dernier a 60 jours pour prendre partie après quoi l'assuré sait à quoi s'en tenir. Il est clair que si l'assureur ne répond pas à la déclaration de sinistre dans les délais requis, « les garanties du contrat jouent et l'assuré est autorisé à engager les dépenses... ».

³⁹⁹ Chétivaux (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur., n° 39

⁴⁰⁰ Art L 242-1 al 3 Code des assurances

⁴⁰¹ Art L 113-2 4° Code des assurances

⁴⁰² Art L 114-1 Code des assurances

⁴⁰³ Périer (M), note sous arrêt Cass. 3° civ., 15 déc. 2005, n° 04-18.073, RGDA 2006, p. 136 ; Durry (G), Assurance dommages ouvrage et prescription biennale, Resp. civ. et assur. mai 2000, chron. n° 9 p.4

En revanche si l'assureur répond à la déclaration de sinistre, deux solutions sont envisageables :

- Ou bien l'assureur ne dénie pas sa garantie, dans ce cas, l'assuré doit veiller à ce que la mise en œuvre de la garantie soit suivie d'effet ;

- Ou bien l'assureur refuse sa garantie pour un motif ou un autre, dans ce cas, l'assuré qui n'entend pas se conformer à cette décision doit agir en justice pour faire valoir ses droits.

C'est donc cette seconde hypothèse qui pose le problème du point de départ de la prescription biennale.⁴⁰⁴ L'assuré dispose d'un délai de deux ans pour agir en justice. S'il laisse expirer ce délai de deux ans, l'assureur peut aisément s'en prévaloir pour se décharger de toute garantie. Il semblerait selon Monsieur Durry⁴⁰⁵ que la jurisprudence fixe le point de départ selon deux hypothèses: selon que l'assureur prétend que la prescription a joué avant que l'assuré ne lui ait déclaré le sinistre, autrement dit le motif de prescription existe et l'assuré ne l'invoque pas avant l'expiration du délai de 60 jours (A) et l'hypothèse selon laquelle le motif de prescription n'existe pas au moment de la déclaration, mais ne se réalise qu'après (B)

A - Motif de prescription existant avant la déclaration de sinistre

Dans cette hypothèse, si l'assureur souhaite invoquer la fin de non recevoir tirée de la prescription tendant à la mise en jeu de sa garantie, il doit le faire avant l'expiration de ce délai, en l'occurrence le délai de 60 jours courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre.⁴⁰⁶ Le point de départ de la prescription de l'action du maître de l'ouvrage contre son assureur se situe au jour où il a connaissance des dommages. Selon Monsieur Durry, cette solution s'impose conformément au bon sens et à l'article L 114-1 al. 2, 2° du Code des assurances.⁴⁰⁷ D'autant que l'assuré est resté négligent pendant plus de deux ans, alors qu'il était informé de la survenance d'un sinistre décennal.

⁴⁰⁴ Courtieu (G), Assurance de dommages à l'ouvrage : la prescription à la recherche d'un point fixe, Resp. civ. et assur., fév. 2000, n° 4, p.6 ; Groutel (H), la prescription biennale et les contraintes de l'assurance dommages ouvrage, Resp. civ. et assur. 1999, chron. n° 18, p. 4

⁴⁰⁵ Durry (G), Assurance dommages ouvrage et prescription biennale, Resp. civ. et assur. mai 2000, chron. n° 9, p. 4-7

⁴⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1997, RDI 1997, p. 253, obs. G. Leguay ; Cass. 3^e civ., 15 déc 2004, Bull. civ. III, n° 235, p. 209 ; RGDA 2005, p. 130, note M. Périer

⁴⁰⁷ Assurance dommages ouvrage et prescription biennale, Resp. civ. et assur. mai 2000, p. 4

Or pour Madame Chétivaux,⁴⁰⁸ « la prescription constitue une fin de non recevoir qui sanctionne la tardiveté d'une action judiciaire et, à défaut de saisine d'une juridiction, on voit mal comment la prescription pourrait être invoquée, sauf à la confondre avec la déchéance pour déclaration tardive qui n'existe pas en matière d'assurance de dommages » ; Elle ajoute que « suivant les dispositions édictées par l'article 2224 du Code civil, la fin de non-recevoir tirée de la prescription d'une action judiciaire peut être opposée à tout moment de l'instance, y compris pour la première fois en cause d'appel et l'on ne peut, sauf à méconnaître ce droit, le réduire à 60 jours » ; Et enfin, elle dit que « le délai de 60 jours est imparti à l'assureur pour prendre position « sur la mise en jeu des garanties » ; or, la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action n'est qu'une déchéance qui n'a pas de rapport avec l'octroi des garanties qui auraient pu être techniquement acquises, par la réalisation du risque couvert, si l'assuré n'avait pas laissé s'écouler plus de deux ans depuis la naissance du droit invoqué ».

Se pose alors le problème de savoir ce qui se passe lorsque l'assuré a laissé passer le délai de deux ans, sans agir après la déclaration de sinistre effectuée, l'assureur peut-il invoquer le bénéfice de la prescription biennale ?

B - Motif de prescription inexistant lors de la déclaration de sinistre

Dans cette hypothèse, non seulement, l'assureur ne respecte pas le délai de 60 jours, c'est-à-dire qu'il ne se manifeste que quelques mois après avoir reçu la déclaration de sinistre pour refuser sa garantie, l'assuré de son côté, laisse s'écouler le délai de deux ans sans agir. La jurisprudence est plutôt fluctuante quant à savoir si l'assureur peut toujours se prévaloir de la prescription de l'action de l'assuré.

Pour la première chambre civile, « Les dispositions de l'article L 242-1 et A 243-1 du Code des assurances ne privent pas l'assureur du droit d'invoquer la prescription biennale qui a commencé à courir à compter de l'expiration du délai de soixante jours suivant la réception de la déclaration de sinistre ».⁴⁰⁹

Dans cette hypothèse, la prescription de l'action court à compter de l'expiration du délai de 60 jours suivant réception de la déclaration de sinistre.

⁴⁰⁸ Assurances terrestres, Juris-classeur, Resp. civ. et assur., n° 39

⁴⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1998, Resp. civ. et assur. hors série, déc. 1998, n° 160, chron. H. Groutel ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} fév. 2000, Resp. civ. et assur. 2000, comm. 167 ; Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2001, Resp. civ. et assur. 2001, comm. 234, note H. Groutel

La troisième chambre civile quant à elle va adopter une position qui va à l'encontre de celle de la première chambre civile et notamment dans une espèce où les faits étaient similaires. Elle va décider que par application des articles L 242-1 et A 243-1 du Code des assurances, l'assureur est tenu de garantir les maîtres de l'ouvrage « *sans qu'il lui fût possible de contester la nature des désordres ou de soulever des moyens de prescription* ». ⁴¹⁰

Mais par la suite, elle va décider que si « *la prescription biennale commence à courir contre l'assuré à compter de l'expiration du délai de soixante jours à partir de la déclaration de sinistre* », et que « *le défaut de réponse de l'assureur confère à l'assuré un droit acquis à garantie* », il n'en demeure pas moins que l'assureur peut se décharger de toute garantie si l'action de l'assuré n'est pas engagée dans les délais. ⁴¹¹

Par cette décision, la troisième chambre civile rejoint ainsi la première. On peut donc penser que peu importe que l'assureur n'ait pas respecté le délai de 60 jours; cela n'empêche pas la prescription de courir à compter de l'expiration de ce délai, suivant réception de la déclaration de sinistre. Cependant, par un arrêt du 26 novembre 2003, ⁴¹² il semblerait que la troisième chambre civile revienne en arrière et juge que l'assureur doit, dans le délai de 60 jours, y compris en dehors de toute action judiciaire, opposer la fin de non recevoir tirée de la prescription biennale de l'action qui serait acquise à la date d'expiration de délai légal de notification, sous peine d'être déchu du droit à l'opposer.

L'application de la prescription biennale illustre encore une fois les difficultés liées à la spécificité et la complexité des procès en construction, notamment avec les divergences entre les deux chambres de la Cour de cassation.

En fait, l'étude de cette approche restrictive marque bien la responsabilité qui incombe au juge. On voit dès lors que la Cour de cassation a la possibilité d'orienter ses positions selon l'objectif qu'elle veut atteindre et selon le contexte. Dans un premier temps, on l'a vu orienter sa jurisprudence que dans un sens favorable aux maîtres d'ouvrage. Dans un second temps, on l'a vu orienter sa jurisprudence dans un sens plus restrictif et favorable aux assureurs, leur offrant ainsi par l'application des dispositions du Code général des assurances, des moyens de défense pour ne plus supporter financièrement tous les impairs des maîtres d'ouvrage. Cette position est tout à fait intéressante quant à l'équilibre du système Spinetta.

⁴¹⁰ Cass. 3^e civ., 17 mars 1999, Resp. civ. et assur. juin 1999, p. 18, obs. H. Groutel

⁴¹¹ Cass. 3^e civ., 29 oct. 2003, Bull. civ III, n° 182, p. 161

⁴¹² Bull. civ. III, n° 207, p. 184 cité par Mme Chétivaux, Juris-classeur Resp. civ. et assur., n° 39

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Aux termes de cette première partie, il apparaît que la jurisprudence fait preuve d'une œuvre créatrice importante, dans un sens à la fois extensif et restrictif. Nous avons vu que dans la phase extensive, la volonté du juge est plutôt d'apporter une protection maximum aux maîtres d'ouvrages, à travers une interprétation audacieuse des textes.

Dans la phase restrictive, le juge a plutôt la volonté d'apporter un certain équilibre au système d'assurance construction, en responsabilisant un peu plus les acteurs de la construction et donnant des moyens aux assureurs pour se défendre. S'il fait également preuve de créativité, il interprète strictement certains textes.

En effet, si la motivation du juge est souvent critiquée, il n'en demeure pas moins, qu'elle tend tant bien que mal à respecter la philosophie de la loi Spinetta. Promouvoir d'une part, la protection des maîtres d'ouvrage, mais aussi les responsabiliser afin que les assureurs ne supportent pas seuls leurs méfaits. Pour notre part, la viabilité du système Spinetta dépend aussi du rééquilibrage entre la protection des maîtres de l'ouvrage et la possibilité pour les assureurs de venir à bout de leurs obligations d'indemnisation ainsi que de leurs problèmes de gestion interne. Il va sans dire que le juge « *n'est ni une puissance arbitrale qui serait placé en terrain neutre, ni une puissance transcendante qui trônerait au dessus du litige des parties* ». C'est un acteur immergé « *dans la mêlée* », confronté à des choix qu'il réalise en s'appuyant sur ses connaissances juridiques, en examinant rationnellement la situation mais aussi en se fiant à ses intuitions, en faisant jouer son bon sens... En réalité, ses décisions ne sont que le fruit d'un processus cognitif complexe, que les motivations rationalisent et justifient a posteriori ». ⁴¹³

On précisera toutefois, qu'il faudra du temps pour parvenir à ce rééquilibrage. La réparation qui est le point d'orgue du système Spinetta connaîtra aussi une application extensive, du fait qu'elle est le corollaire du dommage. Il est donc clair que si la jurisprudence extensive n'est pas la cause de tous les maux de l'assurance construction, elle en est malgré tout un facteur de déséquilibre.

⁴¹³ Dumoulin (L), l'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, Rev. Droit et société 2000, n°44-45, p.211

DEUXIEME PARTIE

***UNE APPLICATION JURISPRUDENTIELLE FACTEUR DU DESEQUILIBRE DU
SYSTEME D'ASSURANCE CONSTRUCTION***

Dans le première partie de notre étude, l'activité jurisprudentielle s'est traduite par une double approche : Une première approche visant à apporter la protection qui soit la meilleure aux maîtres d'ouvrage. A travers une seconde approche, non seulement il s'agit de responsabiliser les maîtres d'ouvrage, mais aussi de donner aux assureurs des moyens pour justifier le refus ou l'atténuation de garantie. Cette double approche caractérisera aussi l'activité de la jurisprudence dans cette seconde partie.

Malgré la tendance restrictive, l'action extensive a des répercussions non seulement financières, en ce qu'elle augmente la charge financière qui pèse sur les assureurs, mais également juridiques, dans le sens où les principes fondateurs de la loi Spinetta ne sont pas toujours appliqués ou respectés, notamment le mécanisme de préfinancement et de subrogation. Le fonctionnement inadapté du système mis en place sera de ce fait déséquilibré. Notre propos sera cependant nuancé car le déséquilibre du système trouve sa source dans des difficultés de gestion interne à l'assurance, mais aussi d'autres sources, comme par exemple la baisse des rendements financiers et des placements des compagnies d'assurance, et de l'accumulation des pertes financières. On citera aussi le désengagement de certains assureurs qui refusent de prendre en charge certains risques, comme le refus d'assurer les constructeurs de maisons individuelles. Mais encore la mauvaise qualité des constructions qui génère un accroissement du nombre de sinistre déclaré due par la mauvaise qualité des prestations des constructeurs dont les prix sont très serrés. Et enfin la multiplication des faillites des entreprises dans le bâtiment.

Rappelons que la garantie d'assurance repose sur la notion de dommages décennaux (c'est à dire des dommages d'une certaine gravité qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou des éléments d'équipement indissociables, ou qui rendent l'ouvrage impropre à sa destination). Cette définition conditionne la mise en œuvre de l'assurance obligatoire, et plus précisément le processus de réparation.

La jurisprudence animée par la volonté d'apporter la meilleure protection aux maîtres d'ouvrage, par une réparation la plus intégrale possible, va parfois aller loin dans son interprétation. Ce qui a forcément quelques répercussions sur le fonctionnement du système. De ce fait, le système ne fonctionne pas toujours comme il l'avait été imaginé par Monsieur Spinetta,⁴¹⁴ qui soulignait à ce propos :

⁴¹⁴ Proposition pour une réforme de l'assurance construction, la documentation française, juil. 1976, p.5

«Qu'une véritable socialisation du risque ne consiste pas à soustraire l'auteur d'un dommage à la responsabilité de son activité. Une réduction sera apportée à la garantie de la faute personnelle, source inépuisable de malfaçons coûteuses et aujourd'hui fort libéralement assurées ».

En d'autres termes, s'il était nécessaire d'offrir aux assurés une certaine sécurité, l'assurance ne devait pas couvrir tous les risques mais seulement les plus importants, laissant à la charge des constructeurs les risques jugés assurables par eux. Et le représentant du gouvernement à l'époque, Monsieur Barrot⁴¹⁵ précisait que le texte que le gouvernement proposait *« était un équilibre entre la nécessaire protection de l'usager et le risque d'accroître par trop le coût de l'assurance »*.

Très vite, ces considérations ont été perdues de vue par la jurisprudence. D'une part, la nécessité de réparer intégralement le dommage conduit la jurisprudence à une interprétation extensive de la réparation. D'autre part, le système ne fonctionne pas toujours comme il avait été imaginé. Par exemple, l'allongement de délais décennaux est venu fausser le mécanisme de la subrogation.

Toutes ces interprétations, qui, soit, étendent la charge financière de l'assureur dommages ouvrage, soit le privent de recours subrogatoire, créent forcément un déséquilibre.

Nous analyserons ce déséquilibre à un double point de vue. D'une part, un déséquilibre relatif résultant de l'interprétation extensive de la réparation (Titre I) et d'autre part, un déséquilibre relatif résultant des difficultés liées au fonctionnement de l'assurance construction (Titre II).

⁴¹⁵ JO Sénat débats, séance du 3 nov. 1977, p ; 2545

TITRE I

**UN DESEQUILIBRE RELATIF RESULTANT DE L'INTERPRETATION
EXTENSIVE DE LA REPARATION**

La réparation du sinistre est le point culminant du système Spinetta. *Elle conduit le droit à se concrétiser en chiffres mais aussi par voie de conséquence, le chiffre à faire pression sur le droit.*⁴¹⁶ Le législateur n'a pas défini la réparation. Il renvoie pour son application aux règles de droit commun, notamment l'article L 121-1 du Code des assurances, qui pose le principe de réparation intégrale. En revanche, il a précisé que le dommage réparable de nature décennale devait revêtir les critères de gravité d'atteinte à la solidité ou d'impropriété à destination de l'ouvrage. La jurisprudence va faire une interprétation extensive du principe de réparation intégrale (chapitre I). Mais cette interprétation extensive de la réparation connaîtra des limites. Ce qui nous amène à analyser dans un second temps, les restrictions à la réparation intégrale (Chapitre II)

⁴¹⁶ Périnet-Marquet (H), La réparation, Extrait du colloque, 20 ans de loi Spinetta, de l'union des experts judiciaires des Alpes-Maritimes et Sud-est et barreau de Nice-Barreau de Grasse, du 27 nov .1998

CHAPITRE I LE PRINCIPE DE REPARATION INTEGRALE

« Apparemment clair, le terme de réparation ne semblerait pas susciter des difficultés d'ordre conceptuel. La réalité juridique pourtant est tout autre ; S'il en est ainsi, c'est parce que à divers titres, la notion de réparation a été influencée par l'évolution du droit de la responsabilité civile. Et par la diversité de fonction de celle-ci ».⁴¹⁷

« Pendant tout le 19^e siècle, la responsabilité civile, et par conséquent la réparation avaient paru indissociables de la faute prouvée ou présumée, caractérisée par un comportement anormal et moralement imputable à son auteur. Mais la multiplication des dommages survenus dans des circonstances où la faute était difficile à établir, voire inexistante, a imposé une conception plus large du fait générateur de responsabilité. D'une part, l'exigence d'une faute est devenue « une barrière fragile à raison de l'extension prise par cette notion et de l'ingéniosité mise à en découvrir les éléments »... D'autre part, et surtout est apparue, à côté de la responsabilité subjective, une responsabilité objective, déclenchée par le fait matériel de la causalité... Avec la responsabilité objective, le centre du débat n'est plus le responsable, mais la victime : il ne s'agit plus de juger le comportement du défendeur à l'action, il s'agit de constater qu'un dommage a été causé et d'y remédier ».⁴¹⁸ La réparation cesse d'être la sanction de la faute, elle n'est plus que le remède au dommage.

En dépit de l'évolution de la réparation, elle présente deux caractères. La réparation est en principe **compensatoire** et **intégrale**.⁴¹⁹

Le caractère compensatoire de la réparation suppose une réparation en nature et une réparation par équivalent. L'article 1142 du Code civil dispose que : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* », et l'article 1144 du même Code, permet au créancier, en cas d'inexécution, de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, sous réserve d'autorisation du juge, qui reste libre du choix du mode de réparation.⁴²⁰

⁴¹⁷ Weil (A) et Terré (F), Droit civil, les obligations, Dalloz 1986, p. 808 ; Roujou de Boubée (ME), Essai sur la notion de réparation, LGDJ 1974, p.25

⁴¹⁸ Roujou de Boubée (ME), Essai sur la notion de réparation, p. 28

⁴¹⁹ Weil (A) et Terré (F), Droit civil, les obligations, p. 809

⁴²⁰ Caston (A), Responsabilité des constructeurs, éd. Du moniteur 2000, p. 492

En principe, le propre de la responsabilité civile vise à rétablir l'équilibre détruit par le fait dommageable et de replacer la victime, aux dépens du responsable dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit.⁴²¹ En somme, réparer un dommage c'est faire en sorte qu'il n'ait pas existé et rétablir la situation. C'est le principe de réparation intégrale. Il suppose que le responsable doit réparer tout le dommage et rien que le dommage. Le dommage peut donc apparaître comme toute perte subie (*damnum emergens*) ou encore comme tout gain manqué comme par exemple la perte de loyer accessoire à l'assurance incendie d'un immeuble (*lucrum cessans*).⁴²² Toutefois, les articles⁴²³ 1150 et 1151 du Code civil apportent une limite au principe de réparation intégrale.

Toutes ces règles fondamentales de la réparation seront également applicables en matière d'assurance, dont on sait que le régime est dominé par le principe indemnitaire. A la seule différence que le principe indemnitaire trouve son fondement dans un seul texte, en l'occurrence, l'article L 121- al 1 du Code des assurances. Alors qu'en droit commun, il est explicité dans plusieurs articles du Code civil (1142-1144-1150 et 1151). Ce qui ne surprend donc pas que, la notion de réparation soit plutôt discrète dans la loi Spinetta. Le législateur renvoie pour son application à l'article L 121-1 du Code des assurances. Ce texte qui pose le principe indemnitaire,⁴²⁴ énonce que : « *L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre* ».

⁴²¹ Malinvaud (Ph), La responsabilité des constructeurs droit privé, Dalloz action Construction 1998, p. 1203 ; Cass. 2^e civ., 9 avril 1963, D. 1963, p. 453

⁴²² Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 398

⁴²³ Art. 1150 « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

Art. 1151 « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent pas comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »

⁴²⁴ Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 397 ; Cass. civ., 12 fév. 1913, DP 1914, p. 137, note Dupuich, cité par mme Lambert-Faivre et M. Leveneur

Ce texte impératif, s'applique à toutes les assurances de dommages, assurances de responsabilité comme assurances de chose.⁴²⁵ En assurance de chose, le montant de la garantie correspond aux frais de réparation ou de remise en état de la chose sinistrée, à la valeur vénale ou de remplacement de la chose assurée, soit à la valeur à neuf. En matière de responsabilité, il correspond au montant de la réparation due au tiers par l'assuré. De manière générale, le versement de ces indemnités est le plus souvent contractuellement limité par des plafonds de garanties et des franchises. Mais en matière d'assurance construction, l'assurance obligatoire s'impose par exception au principe de la liberté contractuelle. Or cette liberté contractuelle offre à chacun, la possibilité de s'assurer ou pas, ou alors partiellement en limitant sa garantie. Ainsi, c'est par les plafonds et les franchises que l'assureur pourrait, en principe, limiter sa garantie contractuelle. Or ces limitations sont interdites en matière d'assurance construction.⁴²⁶

Néanmoins, en dépit de ces différences avec le droit commun, la réparation reste un élément fondamental du système Spinetta. Du point de vue du maître de l'ouvrage, il implique la réparation rapide des dommages, et du point de vue de l'assureur, il conditionne la viabilité économique du contrat. En principe, le principe indemnitaire s'applique comme l'indemnisation de « *tout le préjudice* » et « *rien que le préjudice* ». ⁴²⁷

Il incombera à la jurisprudence, de préciser les contours de la réparation en matière d'assurance des constructeurs. Il apparaît à la lecture de la jurisprudence que la réparation, fera l'objet d'une interprétation extensive. En pratique, on passera de la réparation de l'ouvrage imparfait, à la réparation du dommage ne portant pas une atteinte à l'ouvrage, à l'absence d'ouvrage et même à la réparation du désordre esthétique.

⁴²⁵ « le fondement du principe indemnitaire est double : il traduit d'une part la crainte des sinistres volontaires qui se multiplieraient si l'indemnité versée par l'assureur pouvait valablement excéder le montant réel du dommage ; D'autre part, s'il existe des sinistres sur lesquels la volonté de l'homme ne peut agir (grêle, tempête...), permettre un enrichissement à leur occasion changerait la nature de l'assurance qui, technique de sécurité par la mutualité des risques, deviendrait jeu ou pari, ce qu'il n'est point sa fonction », Lambert-Faivre et Leveneur, Droit des assurances, Dalloz 2005, p.397

⁴²⁶ Le système d'assurance construction tel qu'il avait été imaginé était largement dérogatoire au droit commun de l'assurance. Il avait été institué dans un réel souci de protection de l'utilisateur. Toute institution d'une franchise était proscrite sinon elle ruinait le mécanisme même de préfinancement. (M.Spinetta, la réforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction, annales des ponts et chaussées, 4^e trimestre 1978, n-2331). Les clauses types (Annexe II à l'article a 243-1 du Code des assurances) prévoient que « la garantie couvre le coût de l'ensemble des travaux afférents à la remise en état des ouvrages ». S'il fallait appliquer une franchise, elle aboutirait à réduire le montant de l'indemnité d'assurance de telle sorte que cette dernière ne pourrait permettre la réparation intégrale des dommages.

⁴²⁷ Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 398

Le juge s'inspire des principes de droit commun pour appliquer le principe de réparation intégrale. Selon les dispositions du Code civil, la réparation due par le constructeur est limitée à l'ouvrage qu'il a conçu et réalisé. Autrement dit, le constructeur doit seulement remettre l'ouvrage dans l'état où il devrait normalement être. En pratique, ces considérations sont très vite perdues de vue. L'étendue de la réparation dépasse de loin le seul ouvrage, et prend en compte aussi bien les causes que les conséquences du dommage.

En toute logique, comme il faut nécessairement un préjudice ou un dommage pour que la réparation ait lieu, nous analyserons d'une part, l'objet de la réparation (Section 1) et d'autre part, les modalités de la réparation (Section 2).

SECTION 1 L'OBJET DE LA REPARATION

Comme en droit commun de la responsabilité civile, le dommage doit réunir certains caractères. Il doit être certain, actuel ou futur et direct.⁴²⁸

En matière d'assurance construction, le caractère certain peut se révéler par le désordre, une malfaçon ou un trouble de jouissance... Les uns et les autres se traduisent par une perte ou un manque à gagner. Quant au préjudice certain, actuel ou futur, cela suppose que le dommage peut être certain alors qu'il n'est pas encore né et actuel. En droit commun, le préjudice futur c'est-à-dire celui dont la réalisation est certaine et réparable. Il s'oppose au préjudice hypothétique ou éventuel. Cette idée a été adaptée en matière de construction.⁴²⁹

Comme en droit commun, la réparation peut se faire en nature ou par équivalent. Ce choix sera fait selon la source du préjudice.⁴³⁰

La réparation en nature est celle qui tend à effacer ou supprimer le préjudice. En matière de construction, elle consiste à l'exécution de travaux soit de réparation, soit de réfection, tendant à mettre ou remettre l'ouvrage dans l'état où il se serait trouvé si le dommage n'était pas survenu. Peu importe que les travaux soient effectués par le responsable lui-même, ou par un autre professionnel et aux frais du responsable. Ce mode de réparation sera par exemple plus adapté à la garantie de parfait achèvement. Selon Monsieur

⁴²⁸ Malinvaud (Ph.), Responsabilité des constructeurs, (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1203 ; Caston (A), La responsabilité des constructeurs, éd. Moniteur 2000, p.490

⁴²⁹ Malinvaud (Ph.), Responsabilité des constructeurs, (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1204

⁴³⁰ Mevougou Nsana (R), Le préjudice causé par un ouvrage immobilier : réparation en nature ou par équivalent ? RTDC 1995, p.734

Malinvaud,⁴³¹ « c'est une des rares hypothèses où la réparation en nature est de droit et où elle doit en principe être exécutée par le débiteur même de l'obligation. Si à défaut d'exécution des travaux de réparation par l'entrepreneur concerné, le maître de l'ouvrage après mise en demeure restée infructueuse, fait exécuter les travaux par une autre entreprise (aux frais et risques de l'entreprise défaillante), on est toujours dans le domaine de la réparation en nature ». En revanche, en matière d'assurance dommages ouvrage, même si les juges ordonnent souvent l'exécution de travaux de réfection ou de réparation, ceux-ci ne seront pas nécessairement confiés aux entrepreneurs et aux maîtres d'œuvre responsables. Ceux-ci n'ont pas un droit à réparer en nature.⁴³² Dans ce cas, la réparation du dommage sera bien ordonnée en nature, mais le coût des travaux de réparation sera mis à la charge du ou des responsables sous la forme d'une indemnité. Il se peut aussi que le juge alloue au maître de l'ouvrage une indemnité dont le montant aura été calculé sur la base du coût des réparations des ouvrages sinistrés.

La réparation par équivalent quant à elle consiste en l'allocation à la victime d'une somme d'argent, des dommages et intérêts pour compenser le préjudice. C'est le cas pour les troubles de jouissance.

Comme en droit commun, les juges sont libres de décider de la forme de réparation qui paraît plus appropriée.⁴³³

La mise en œuvre de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire nécessite la caractérisation ou la qualification des travaux exécutés en travaux de construction ou de bâtiment. Pour faire jouer la garantie décennale, encore faut-il que ces travaux soient entachés d'un dommage de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs, c'est-à-dire d'une atteinte physique ou matérielle.

Le législateur n'a pas précisément défini la notion de dommage ; il a seulement pris soin de spécifier que le dommage pris en compte doit être grave ; c'est-à-dire qu'il doit porter atteinte à la solidité de l'ouvrage ou de l'élément d'équipement lorsque celui-ci est indissociable, et doit être impropre à sa destination.

⁴³¹ Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs, droit privé, Dalloz Action construction 1998, p. 1210 ; Karila (JP), Les responsabilités des constructeurs, Encyclopédie Delmas 1991, p.363

⁴³² Cass. 3^e civ., 10 janv. 1984, RDI 1984, p. 191

⁴³³ Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs précité, p. 1211

De manière générale, le dommage se définit comme une lésion, l'atteinte soit à un bien, soit à l'intégrité physique d'une personne ; c'est-à-dire un simple fait sans signification juridique.⁴³⁴ Toutefois, on précisera que la loi du 4 janvier 1978 a transformé « *la garantie des vices* » en une « *garantie des dommages à l'ouvrage* ». En effet, « *L'article 1792, ne s'attache pas à la cause des désordres, mais aux dommages eux-mêmes, pris en tant que tels, quelles qu'en soit l'ouvrage dès l'instant que ces dommages compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination* ». ⁴³⁵

On précisera toutefois, qu'en principe, la jurisprudence applique de manière cumulative ou alternative les critères de gravité édictés par l'article 1792. Mais comme le critère d'atteinte à la solidité paraît plus objectif, et ne pose pas de problème particulier, nous allons axer nos développements sur le critère d'impropriété à destination, plus subjectif et qui a fait l'objet d'une interprétation extensive. En conséquence, Divers dommages seront réparables à travers l'interprétation extensive de l'impropriété à destination (§1). Seront également pris en compte des dommages a priori exclus de l'article 1792 du Code civil (§2).

§1 Les dommages réparables par l'interprétation extensive de l'impropriété à destination

Nous rappelons pour mémoire que le champ d'application de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance dommages ouvrage, ne se recoupent pas totalement.⁴³⁶ Il en est de même en ce qui concerne la nature des dommages garantis. En effet, « *L'assurance de responsabilité décennale couvre **une nature juridique de dommages**, ceux qui, cachés et atteignant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination, relèvent de la responsabilité décennale* ». « *L'assurance dommages ouvrage couvre **une nature physique de dommages**, ceux qui atteignent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, qu'ils soient cachés ou apparents et, en conséquence, relèvent ou non de la responsabilité décennale* ». ⁴³⁷

Si la jurisprudence fait une application extensive des dommages de nature décennale, il convient de préciser que tous les dommages de nature décennale, ne sont pas soumis à

⁴³⁴ Viney (G.) et Jourdain (P.), Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité civile, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 3-4

⁴³⁵ Malinvaud (P.) et Boubli (B.), RDI 1984, p. 461

⁴³⁶ Voir Chap. 1 du Titre I de la 1^{ère} partie

⁴³⁷ Leguay (G), Assurance construction, Rép. civ. Dalloz, janv. 2005, n°142

l'assurance dommages ouvrages. D'où la distinction entre les dommages relevant de la responsabilité des constructeurs (A) et ceux relevant de l'assurance dommages ouvrage (B).

A - Les dommages relevant de la responsabilité des constructeurs : les troubles annexes

La réparation des dommages en matière de responsabilité des constructeurs n'a pas beaucoup évolué depuis la loi Spinetta. Le juge a maintenu les solutions rendues sous l'empire de la loi de 1967. Le principe de la réparation intégrale du dommage suppose la réparation matérielle de l'ouvrage. L'idée est de remettre le maître de l'ouvrage dans l'état où il se serait trouvé si le dommage n'avait pas eu lieu.

Les troubles annexes sont des dommages subis par le maître de l'ouvrage autres que la réparation de l'ouvrage lui-même, mais y découlant nécessairement. La Cour de cassation dans une décision en date du 22 février 1978 a jugé que : « *la responsabilité décennale s'applique à la réparation des dommages consécutifs à des biens mobiliers* ». ⁴³⁸

Cette décision non démentie énonce que la garantie décennale qui bénéficie aux acquéreurs de tout ou partie de l'immeuble s'étend aux dommages causés au mobilier du fait des malfaçons des ouvrages. Ces troubles annexes sont donc variés.

Pour qu'ils soient pris en charge, il faut nécessairement **un lien entre le trouble annexe subi et le dommage principal**. Le juge apparaît plutôt laxiste dans l'appréciation de ce lien et met à la charge des assureurs divers types de dommages, comme en témoignent les exemples ci-après : Les pertes d'eau importantes résultant des désordres affectant une piscine « *sont la conséquence de désordre rendant l'ouvrage impropre à sa destination* » ; ⁴³⁹ la perte de recette dans l'exploitation d'une salle de cinéma ; ⁴⁴⁰ le préjudice moral du propriétaire n'ayant pu occuper leur maison ; ⁴⁴¹ le préjudice résultant de la fermeture pendant trois semaines d'une station de pompage ; ⁴⁴² les lapins morts de stress du fait de la réalisation de travaux dans le hangar les abritant ; ⁴⁴³ la suite de la perte d'aménagement intérieur et du mobilier consécutif à l'arrachement des toitures de maisons de vacances lors d'un cyclone à Saint Denis de la Réunion : « *L'assureur... était tenu d'indemniser tous les dommages*

⁴³⁸ Cass. 3e civ., 22 fév..1978, Bull. civ. III, n° 93, p. 73

⁴³⁹ Cass. 3^e civ., 30 mai 1995, Lexilaser Cie d'assur. Rhin et Moselle/ Morel

⁴⁴⁰ Cass. 3^e civ., 13 mars 1991, Resp. civ. et assur. 1991, n° 250

⁴⁴¹ CA Riom, 27 sept. 1988, Gaz. Pal., 29-30 sept. 1988, p. 9

⁴⁴² CA Lyon, 1^{er} juin 1995, Juris-data, n° 04762

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1989, RDI 1989, p.485 obs. Leguay

*matériels se rattachant par un lien direct aux manquements reprochés à son assuré ».*⁴⁴⁴ La perte de loyer;⁴⁴⁵ les essais préalables à des travaux de reprise.⁴⁴⁶

La réparation des troubles annexes n'étant pas soumis à l'assurance dommages ouvrage, divers autres dommages le sont.

B - Les dommages relevant de l'assurance dommages ouvrage

L'existence du dommage est une condition essentielle de la mise en œuvre de la garantie décennale. Il faut nécessairement un dommage à l'ouvrage qui soit atteint dans sa solidité ou le rend impropre à sa destination. Ce qui suppose qu'en principe, une non-conformité contractuelle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1792 du Code civil.

Nous rappelons cependant pour mémoire, que sous le régime de la loi de 1967, le constructeur était responsable des vices de la construction. Depuis la loi du 4 janvier 1978, le constructeur est responsable des dommages à l'ouvrage, et non plus des vices de la construction. Cela étant, cette loi prend en compte le dommage résultant d'un vice du sol.

Aux termes des dispositions de l'article 1792 du Code civil, le législateur nous éclaire partiellement sur l'origine et les critères de gravité du dommage. Il résulte cependant de la jurisprudence, que la qualification du dommage ne dépend pas toujours de sa gravité.

Son impact sur la partie concernée est d'autant plus important, que les incertitudes émanant de la notion d'ouvrage déteignent sur l'appréciation de la gravité.

L'appréciation de la notion de dommage par le juge se fait in concreto, c'est-à-dire au cas par cas. Ce qui l'amène forcément à prendre en compte des types de dommages divers.

La solidité peut être définie comme l'aptitude d'un corps à résister aux forces qui tendent à le dissocier.⁴⁴⁷ En revanche, l'impropriété à destination peut s'analyser comme une situation intolérable perturbant la vie des occupants.⁴⁴⁸

Ces deux critères nécessaires à l'appréciation de la gravité du dommage, qui permettront le déclenchement du processus de réparation ou de préfinancement des travaux,

⁴⁴⁴ Cass. 3^e civ., 12 juil. 1995, RGAT 1995, p. 927, obs A. d' Hauteville ; RDI avril-juin 1996, p. 241, obs. G. Leguay

⁴⁴⁵ CA Versailles, ch. Réunies, 14 juin 2000, inédit

⁴⁴⁶ Cass. 3^e civ., 15 mai 2001, RDI 2001, p. 392

⁴⁴⁷ Code commenté Argus, éd. 1999, p. 122

⁴⁴⁸ Cass. 3^e civ., 18 juin 1975, Bull. civ. III, n° 206, p. 158

sont appliqués de manière alternative ou cumulative. Autrement dit, dans certaines espèces, le juge s'appuiera à la fois sur l'atteinte à la solidité et l'impropriété à destination. Tandis que dans d'autres espèces, il ne s'appuiera que sur l'impropriété à destination ou l'atteinte à la solidité.

Mais la pratique jurisprudentielle nous apprend que le juge s'appuie beaucoup plus sur le critère d'impropriété à destination, qui est un critère plus souple. Ce critère n'était pas mentionné dans l'ancienne version des articles 1792 et 2270 du Code civil, mais la jurisprudence a pris l'initiative de le considérer comme générateur de responsabilité. La Cour de cassation exigeait que le vice affecte le gros ouvrage.⁴⁴⁹ Or, dans la version actuelle de l'article 1792 al.1 du Code, le législateur ne semble pas accorder plus d'importance à la localisation du vice qui peut affecter indifféremment les éléments constitutifs ou les éléments d'équipement, si des malfaçons rendent l'ouvrage impropre à sa destination. Le législateur n'ayant pas défini la notion d'impropriété à destination, laisse une marge de manœuvre prépondérante à l'action du juge. Ce dernier fera une interprétation libérale et extensive de cette notion, soumettant à la garantie décennale des cas les plus divers.

L'interprétation extensive de la notion d'impropriété à destination, conduira la jurisprudence à prendre en compte au titre de la réparation : le dommage résultant des erreurs d'implantation, de la non-conformité aux conditions d'habitabilité et de sécurité du bâtiment, les dommages résultant de l'absence d'équipements ou d'éléments nécessaires, les dommages résultant de la théorie dite des dommages évolutifs, les dommages causés par les travaux neufs aux existants.

1. Les erreurs d'implantation et les non-conformités aux conditions de sécurité du bâtiment et d'habitabilité

Pour ces hypothèses, le juge applique la garantie décennale à des ouvrages qui ne sont pas entachés par une atteinte physique à leur intégrité. Mais le désordre existe parce qu'il y a une impropriété à destination, résultant d'une simple non conformité au contrat. Ce désordre a pour conséquence la mise en danger de la sécurité et du confort des personnes.

⁴⁴⁹ Cass. 3^e civ., 19 nov. 1980, Bull. civ. III, n° 180; Cass. 3^e civ., 24 avril 1985, Bull. civ. III, n° 67, p. 52

a Les erreurs d'implantation

Elles résultent d'un défaut de conformité aux stipulations du contrat ou alors du non-respect des règles d'urbanisme. Dans cette hypothèse, l'ouvrage est parfait du point de vue technique. Mais parce qu'il rend l'ouvrage impropre à sa destination, ou oblige à la démolition de l'ouvrage, le juge n'a pas hésité à appliquer la garantie décennale à ce type de dommage. A travers les espèces jugées, il a défini les critères de prise en compte du dommage. Il faut qu'il existe un vice caché au moment de la réception, soit parce que le dommage n'a été découvert que pendant les opérations d'expertise, ou alors qu'il n'a été décelé que lors de la réception des travaux ou postérieurement, notamment lorsque le maître de l'ouvrage est un profane,⁴⁵⁰ et que « *soit alléguée l'existence d'un dommage compromettant la solidité de l'ouvrage ou rendant celui-ci impropre à sa destination* ». ⁴⁵¹

Ces erreurs d'implantation ont été appliquées à propos de l'impossibilité d'utiliser un garage, qui n'était apparue que lors des opérations d'expertise. Cette erreur rendait nécessaire la démolition et la reconstruction partielle de l'immeuble.⁴⁵² Mais on citera aussi l'implantation d'une maison en violation des règles d'urbanisme,⁴⁵³ ou encore la mauvaise implantation de l'immeuble à un niveau inondable⁴⁵⁴ ou simplement en raison du risque grave d'inondation, même en l'absence de désordre.⁴⁵⁵

Pour toutes ces espèces, la jurisprudence se fonde sur le critère de gravité de l'impropriété à destination, pour soumettre les erreurs d'implantation à la garantie décennale, par conséquent à l'assurance obligatoire. En effet, la démolition et la reconstruction de l'ouvrage suffisent à caractériser le critère d'impropriété à destination. Certes, l'ouvrage mal implanté n'est pas conforme à sa destination, mais il en devient impropre en raison du risque de voir le propriétaire voisin ou même le propriétaire de l'ouvrage réclamer la démolition et la reconstruction de l'ouvrage.⁴⁵⁶ Du point de vue technique, l'ouvrage ne recèle aucun défaut. Or selon les dispositions de l'article 1792 du Code civil, il faut nécessairement un dommage à l'ouvrage, ce qui n'est pas le cas pour les erreurs d'implantation. Le critère subjectif de l'impropriété à destination ouvre de larges boulevards à la jurisprudence qui s'en

⁴⁵⁰ CA Aix, 30 janv. 1996, Kradi / Cie Auxiliaire ; Cass. 3^e civ., 15 déc 2004, Bull. civ. III, n° 237, p. 212 RGDA 2005, p.170

⁴⁵¹ CA Paris, 19^{ème} ch. Sect. A, 9 déc. 1997, Juris-data, 023773, Buch / Snc Ile de France

⁴⁵² Cass. 3^e civ., 24 avril 1994, RGAT 1994, p. 820, obs. H. Périnet-Marquet ; CA d'Aix, 17^{ème} ch., 30 janv. 1996, Kradi/ Cie Auxiliaire

⁴⁵³ CA Grenoble, 2^e ch. civ. 11 déc. 1995, SA Group français d'assurance/ denys, JCP éd. G. 1996, IV, 2224, p. 280 ; Cass. 3^e civ., 15 déc. 2004, Constr. et urb. fév. 2005, n° 2, p. 14, note ML Pagès de varenne

⁴⁵⁴ Cass. 3^e civ., 8 avril 1998, pourvoi n° 96-12.119, RGDA 1998, p. 285

⁴⁵⁵ Cass. 3^e civ., 8 avril 1998 précité

⁴⁵⁶ Lesage (F), art. précité, p. 23

inspire pour motiver ses décisions, apportant ainsi une meilleure protection au maître de l'ouvrage. Ceci contrairement au critère de l'atteinte à la solidité qui paraît plus restrictif. On notera que cette interprétation libérale des critères légaux de gravité, plus précisément de l'impropriété à destination conduit à soumettre à la garantie, les dommages résultant de la non-conformité aux conditions d'habitabilité et de sécurité du bâtiment.

b Les dommages résultant de la non-conformité aux conditions de sécurité du bâtiment et d'habitabilité

Dans un contexte de consumérisme, le consommateur est au centre de toutes les attentions, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner la non-conformité aux règlements de dangerosité, comme le non respect des normes de sécurité, source de danger pour les personnes qui habitent un ouvrage, un bâtiment et les passants. Mais aussi la non-conformité aux conditions d'habitabilité.

i Le non- respect des règles et normes de sécurité ou l'impropriété à la destination dangereuse

S'agissant du non-respect des règles ou normes de sécurité, la jurisprudence considère que : l'absence dans un immeuble de grande hauteur, d'un dispositif d'alarme, conforme aux règles de sécurité constitue un vice de la construction, portant atteinte à la sécurité des occupants et rendant de ce fait l'immeuble impropre à sa destination,⁴⁵⁷ de même, l'absence d'un dispositif de protection empêchant la formation de stalactites sur la toiture d'un bâtiment de montagne et qui a engendré la mort accidentelle d'une personne.⁴⁵⁸ Il considère aussi que l'impossibilité d'utiliser une cheminée est un facteur de risque d'incendie.⁴⁵⁹ De même, la corrosion de garde corps, due à la mauvaise préparation du métal avant mise en peinture, est de nature à provoquer une détérioration généralisée de tels éléments d'équipement indissociables ; à ce titre, elle est susceptible de créer un danger pour la sécurité des personnes et de rendre les gardes corps impropres à leur destination.⁴⁶⁰ Plus récemment, il a été jugé que des panneaux ou des revêtements de façade se décrochant ou se délitant,⁴⁶¹ ou

⁴⁵⁷ CA Paris, 25 mars 1991, JCP éd. N. jurisp. p. 115 ; Cass. 3^e civ., 30 juin 1998, Constr. et urb. nov. 1998, p. 372 ; CA Paris, 19^e ch., sect. A 20 avril 2000, AJDI 2000, p. 641 ; RDI 2000, p. 375

⁴⁵⁸ Cass. 3^e civ., 10 avril 1996, RDI juil.- sept. 1996, p. 380

⁴⁵⁹ Cass. 3^e civ., 9 déc. 1997, RGDA 1998, p. 106, obs. H. Périnet-Marquet

⁴⁶⁰ TGI Paris, 1^{er} juil. 2002, décision inédite citée par Frank Lesage, Rev. Administrer n° 355, mai 2003 p.17

⁴⁶¹ Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, n° 03-16.813

un risque de déraillement d'un funiculaire⁴⁶² sont des facteurs d'insécurité justifiant la mise en oeuvre de l'assurance. De même, des défauts de conformité aux règlements parasismiques portant sur des éléments essentiels de la construction, constitue d'ores et déjà un facteur avéré et certain de perte de l'ouvrage par séisme.

De manière générale, la Cour de cassation soumet à la garantie décennale tous les dommages affectant les installations électriques ou le sablage téléphonique d'immeubles facteur de risque d'incendie et mettant en danger les utilisateurs de l'immeuble.⁴⁶³ Pour tous ces types de dommages, le juge exige simplement l'existence d'un facteur de risque, de dangerosité pour la sécurité des usagers, comme constitutif d'un vice de la construction. De ce fait, il renforce la protection octroyée au maître de l'ouvrage par la loi Spinetta, par la réparation de dommages divers exempts d'atteinte physique à l'ouvrage.

ii Le non- respect des conditions d'habitabilité

S'agissant du non-respect des conditions d'habitabilité, le juge prend en compte des dommages divers qui affectent l'un des éléments des ouvrages constitutifs, c'est-à-dire portant sur les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert, le rendant impropre à sa destination ou d'éléments d'équipement indissociables. C'est le cas des dommages portant sur le clos et le couvert. Cela a été jugé pour l'absence d'étanchéité d'un toit en raison de la forte proportion de tuelles de gélives dont il est composé,⁴⁶⁴ de la mauvaise qualité des ardoises⁴⁶⁵ ou l'absence de système de protection contre les infiltrations de neige poudreuse.⁴⁶⁶ Le juge se préoccupe aussi des réglementations relatives à la sécurité et à l'hygiène des locaux.⁴⁶⁷ De même, l'infestation d'un chalet en bois par des capricornes est un désordre grave, compromettant l'immeuble dans sa solidité et le rendant impropre à sa destination.⁴⁶⁸

⁴⁶² Cass. 3^e civ., 23 mai 2006, n° 05-10.859, RDI sept.-oct. 2006, p. 378, note Ph Malinvaud

⁴⁶³ Cass. 3^e civ., 24 nov. 1987, Gaz. Pal. 16 fév. 1988, résumé d'arrêts, p. 22

⁴⁶⁴ CA Dijon, 1^{er} ch. 2^e sect., 22 fév 1996, n° 279, SA Clément Delaroche/ Rave

⁴⁶⁵ CA Pau, 1^{er} ch. 11 sept. 1996, n° 3452/96

⁴⁶⁶ CA Dijon, 1^{er} ch. 2^e sect., 18 oct. 1996, n° 1361, AGF/ Rattier

⁴⁶⁷ CA Paris, 27 juin 2002, décision inédite

⁴⁶⁸ Cass. 3^e civ., 25 sept. 2002, Sté AM Prudence/ M.R, arrêt n° 1306 FS-D

La jurisprudence ira encore plus loin en ce qui concerne **les désordres d'isolation phonique**. Ces derniers relèvent par principe de la garantie de parfait achèvement et sont le plus souvent constitués par des niveaux sonores qui ne correspondent pas aux exigences minimales légales ou réglementaires. En effet, lors du vote de la loi du 4 janvier 1978,⁴⁶⁹ il a été mis en avant le caractère statique du désordre d'isolation phonique, peu susceptible d'évolution, et la possibilité, offerte par l'article L 111-3 du Code de l'urbanisme qui fait référence à l'article 92 du même Code, base légale des règles relative à l'isolation phonique, de mesurer objectivement et avec précision ce désordre au moyen d'essais. Il avait été envisagé, tout en maintenant la garantie de parfait achèvement de prévoir que cette garantie n'était pas exclusive de la garantie décennale au cas où les désordres d'isolation phonique rendraient l'ouvrage impropre à sa destination, mais cette modification avait été rejetée lors du vote final, laissant la réparation de ce désordre au domaine de la garantie de parfait achèvement. Cependant, cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'admettre avant 1978 comme après, que le maître de l'ouvrage, souvent usager de l'ouvrage ou de l'habitation, puisse invoquer l'application de la garantie décennale, si les bruits rendent l'ouvrage impropre à sa destination.⁴⁷⁰ Cela étant, l'appréciation de la gravité des nuisances se fait alors **in concreto** indépendamment des normes imposées par la loi ou le règlement, et ceci par rapport à l'usage réel du bâtiment.⁴⁷¹ Il a ainsi été admis que :

« Les désordres d'isolation phonique (pouvaient) relever de la garantie décennale même lorsque les exigences minimales légales ou réglementaires ont été respectées... dès lors que l'importance des bruits rendait l'appartement ... impropre à sa destination ».

Ce principe largement approuvé par la doctrine,⁴⁷² a été récemment confirmé par la Cour de cassation dans une décision rendue en assemblée plénière.⁴⁷³

Toutes ces décisions sanctionnant le non-respect des règles de sécurité, d'hygiène ou des conditions d'habitabilité, étendent de ce fait la notion de dommage et par voie de conséquence, le domaine de l'assurance construction. Dans ces différentes hypothèses, nonobstant une atteinte physique à l'ouvrage, il suffit qu'il y ait un risque pour la sécurité des

⁴⁶⁹ JO débats AN, 19 déc. 1977, p. 8990

⁴⁷⁰ Cass. 3^e civ., 31 oct. 1989, RGAT 1990, p. 162, obs. J. Bigot

⁴⁷¹ Cass. 3^e civ., 2 fév. 1994 ; 9 déc. 2003, RGDA 2004, n° 1, p. 134, obs. A. D'hauteville ; Cass. 3^e civ., 12 oct. 2005, n° 03-19-759, Constr et urb., 2005, comm. 269

⁴⁷² Malinvaud (Ph) et Boubli (B), in RDI 1992, p. 331

⁴⁷³ Cass. 3^e civ., ass. Plén., 27 oct. 2006, n° 05-19.408, Juris-data n° 2006-035631 ; Constr et urb., déc. 2006, p. 19 note ML Pagès de Varenne

personnes ou un risque de perte de l'ouvrage, ou encore un manquement aux règles d'hygiène pour que l'impropriété à destination soit retenue, justifiant de ce fait l'application de la garantie décennale.

Sont également pris en compte, des dommages résultant de l'absence d'ouvrage ou d'éléments d'équipement nécessaires.

2. La prise en compte des dommages résultant de l'absence d'ouvrage, d'équipements ou d'éléments nécessaires

Cette question qui a fait l'objet d'une longue controverse mérite qu'on s'y intéresse, ne serait ce que pour apprécier l'action de la Cour de cassation. Elle s'est clairement prononcée, en faveur de la prise en charge par l'assureur de l'exécution de l'ouvrage manquant. Dans ces cas, l'ouvrage manquant est source de dommage pour l'ouvrage, le rendant ainsi impropre à sa destination. Il est donc nécessaire, selon la Cour de cassation, de réaliser cet ouvrage manquant afin de faire disparaître le désordre et par conséquent l'impropriété à destination.

Pour ce type de dommages, certains auteurs comme Madame Chétivaux⁴⁷⁴ sont contre la prise en charge par l'assureur de l'absence d'ouvrage ou d'éléments nécessaires à la conformité de l'ouvrage. A ce titre, elle évoque différentes hypothèses et raisons justifiant cette non prise en charge. Il s'agit de :

- L'hypothèse des dommages résultant de l'absence d'ouvrages non prévus à l'origine de la construction, non déclarés par le souscripteur et non réalisés. Pour elle, l'absence d'ouvrage, ne doit pas être mise à la charge des assureurs en raison du défaut de deux éléments constitutifs du contrat d'assurance : le risque et la prime conformément aux articles 1964 du Code civil et L 112-4 du Code des assurances et du respect du principe indemnitaire;⁴⁷⁵
- L'hypothèse des dommages résultant de la non réalisation d'ouvrages prévus et non déclarés. Pour Madame Chétivaux, ces derniers ne doivent pas être mis à la charge de l'assureur en raison de l'absence d'un élément constitutif du contrat d'assurance, en l'occurrence le risque⁴⁷⁶ et le respect du principe indemnitaire renforcé;⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Chétivaux (S), L'étendue de l'assurance de chose en cas d'omission d'ouvrage, Gaz. Pal. 1985, I, 3175

⁴⁷⁵ Art. L 121-1 du Code des assurances

⁴⁷⁶ Art. L 112-4 du Code des assurances

- L'hypothèse des conséquences dommageables affectant l'immeuble assuré et résultant d'omissions d'ouvrage prévus ou non à l'origine de la construction. Dans ce cas, la théorie de l'absence d'ouvrages doit être inapplicable et faire place au contrat qui doit s'imposer sans possibilité pour l'assuré d'invoquer une exclusion. En outre, comme il s'agit d'une garantie obligatoire, l'assureur ne peut se retrancher derrière le principe de la règle proportionnelle prévue à l'article L 113-9 du Code des assurances. L'assuré ne peut déclarer des éléments de fait ignorés de lui, sa bonne foi étant, par ailleurs présumée en application des dispositions de l'article 2268 du Code civil.

Quant à Messieurs LEGUAY et BERLY,⁴⁷⁸ ils estiment que la motivation de la Cour de cassation n'est pas convaincante en ce qui concerne la prise en charge des ouvrages manquants, aucune raison valable ne justifie qu'ils soient mis à la charge de l'assureur. Ils citent à ce propos plusieurs arrêts.⁴⁷⁹

Ces critiques ou observations n'ont pas convaincu la Cour de cassation. Selon elle, dès lors que la réalisation des travaux manquants prévus ou non est nécessaire pour remédier aux désordres, l'assureur doit supporter le coût des réparations. Après donc une longue évolution que nous n'allons pas restituer ici, la Cour de cassation est venue trancher de manière claire et définitive sur la question de l'absence d'ouvrage dans un arrêt en date du 3 février 1993.⁴⁸⁰

En l'espèce la cour d'appel avait jugé que l'assureur ne devait pas sa garantie pour les ouvrages manquants, en l'occurrence la ventilation d'une salle de sports et drainages. « *Ces travaux n'avaient pas été prévus au devis descriptif et n'avaient pas été compris dans le marché des entreprises qui avait servi d'assiette au calcul de la prime d'assurance* ».

La Cour de cassation avait cassé cette décision aux motifs que « *ces travaux de ventilation devaient permettre de remédier aux désordres relatifs à l'insuffisance de ventilation du local et que les travaux de drainage étaient destinés à réparer les dommages provoqués par les remontées d'humidité* ». Les travaux manquants sont pris en compte peu importe qu'ils soient prévus ou non au marché. Rappelons que cette décision est rendue sous le visa des articles L 242-1, L 310-7 et A 243-1 du Code des assurances.

⁴⁷⁷ Art. L 121-1 et L 121-3 du Code des assurances

⁴⁷⁸ La question de l'absence d'ouvrage dans le cadre des polices maîtres d'ouvrage et dommages ouvrage, RDI janv.-mars 1987, p. 15 ; Berly, Absence d'ouvrage : qui doit supporter la création de l'ouvrage dont l'absence est à l'origine de désordre ? Gaz. Pal. 1994, p. 400

⁴⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 1989 ; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991 ; Cass. 3^e civ., 17 oct. 1990 ; Cass. 3^e civ., 29 oct. 1991 ; Cass. 3^e civ., 19 fév. 1992, RDI janv.-mars 1987 précité

⁴⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1993, RDI 1993, p. 238 ; 2 fév. 1994, D. 1994, p.53

Cette décision s'inscrit dans le même esprit que des arrêts rendus précédemment mais dénués de motivation convaincante, pour reprendre l'expression de Messieurs LEGUAY et BERLY. Cette décision de principe a été réaffirmée.⁴⁸¹ La Cour de cassation reprochait à la cour d'appel de Colmar d'avoir débouté les acquéreurs de leur demande de garantie à l'encontre de l'assureur du maître d'ouvrage, sans avoir recherché si : « *la réalisation de ces travaux non- prévus n'était pas nécessaire pour remédier au caractère inondable des sous sols* ».

Pour conclure sur ce point, il convient de retenir que, dès lors que la réalisation de ces travaux manquants prévus ou non est nécessaire pour remédier aux désordres, l'assureur doit obligatoirement en payer le coût . L'action extensive de la jurisprudence va se poursuivre dans la prise en compte des dommages évolutifs et des dommages matériels causés par les travaux neufs aux existants, qui en principe, devraient relever des garanties facultatives.

3. Les dommages résultant de la théorie dite du dommage évolutif et les dommages matériels causés par les travaux neufs aux existants

a *La théorie dite du dommage évolutif*

Les désordres évolutifs sont une création purement jurisprudentielle, dérogeant au principe selon lequel la responsabilité de plein droit, édictée par l'article 1792 du Code civil, doit être mis en oeuvre dans le délai préfix de dix ans, à compter de la réception avec ou sans réserves de l'ouvrage, conformément à l'article 2270 dudit Code.

Le désordre évolutif est celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action de la garantie décennale, n'est que la suite logique et/ou encore l'aggravation des désordres d'origine dénoncés en temps utile, et qui présentaient les caractéristiques de gravité d'un désordre de nature décennale.⁴⁸² Il diffère ainsi du dommage futur qui n'est qu'un désordre dénoncé judiciairement dans le délai de garantie, ne revêtant pas alors les caractéristiques de gravité de ceux relevant d'une telle garantie, mais dont on sait de façon certaine que, dans l'avenir, présentera de telles caractéristiques.⁴⁸³

⁴⁸¹ Cass. 3^e civ., 17 juil. 1996, Juris-data n° 003326

⁴⁸² Ph. Malinvaud, note sous arrêt Cass. 3^e civ., 24 mai 2006, n° 05-12.482, RDI sept.-oct. 2006, p. 379

⁴⁸³ JP Karila, note sous arrêt Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, D. 2002, n° 10, p. 833 ; note sous arrêt Cass. 3^e civ., 18 janv. 2006, RGDA 2006, p. 464, note JP Karila ; JM Berly, Désordres évolutifs, Etat de la jurisprudence, RDI avril-juin 2000, p. 115

Pour mettre en œuvre la théorie des désordres évolutifs, la Cour de cassation exige que certaines conditions soient réunies. Elle exige que :

- Les désordres d'origine ont déjà revêtus le caractère de gravité suffisante au cours du délai décennal.⁴⁸⁴
- Les désordres d'origine doivent avoir été dénoncés dans le délai de garantie décennale.⁴⁸⁵
- Les désordres considérés doivent bien être une aggravation des désordres d'origine et doivent affecter les mêmes ouvrages que ceux d'origine.⁴⁸⁶

Si ces conditions sont bien établies, leur mise en œuvre n'est pas toujours évidente. Notamment la troisième condition, qui nécessite la qualification de l'aggravation des désordres d'origine affectant les mêmes ouvrages. Il se trouve que la Cour de cassation procède au cas par cas. Dans certaines espèces, elle va décider que des désordres procédant des mêmes causes et étant déjà constatés sur des éléments semblables ne sont pas l'aggravation des désordres originaires, mais des désordres nouveaux sans lien avec les précédents⁴⁸⁷. Dans d'autres espèces en revanche, la Cour de cassation va retenir la généralisation des désordres.⁴⁸⁸ Ainsi Monsieur Karila⁴⁸⁹ avait conclu dès l'arrêt du 18 janvier 2006, que la Cour de cassation mettait un frein à l'analyse extensive de l'aggravation, rejetant de ce fait la solution rendue dans l'arrêt du 8 octobre 2003, qui avait retenu le principe d'une réparation généralisée. Cette analyse se trouve remise en cause par l'arrêt du 23 mai 2006 qui retient à nouveau la généralisation des désordres.

⁴⁸⁴ Cass. 3^e civ., 10 fév. 1986, Bull. civ. III, n° 52; Cass. 3^e civ., 29 mai 2002, 2 arrêts, RDI 2002, p. 133, obs. Ph Malinvaud ; RGDA 2003, p. 1004, note A. d'Hauteville ; Cass. 3^e civ., 16 déc 2003, RGDA 2003, p. 128, note A. d'Hauteville

⁴⁸⁵ Cass. 3^e civ., 20 mai 1998, RDI 1998, p. 374

⁴⁸⁶ Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 297 ; Cass. 3^e civ., 4 nov. 2004, Juris-data n° 2004-025453; Constr. et urb., 2005, p. 13, obs. ML Pagès de Varenne ; Cass. 3^e civ., 18 janv. 2006, Bull. civ. III, n° 17, p. 14 ; RGDA 2006, p. 464, note JP Karila

⁴⁸⁷ Cass. 3^e civ., 20 mai 1998 ; 18 nov. 1992 ; 4 nov. 2004 et 18 janv. 2006 précités

⁴⁸⁸ Cass. 3^e civ., 8 oct. 2003, Bull. civ. III, n° 170, p. 150 ; Cass. 3^e civ., 24 mai 2006, n° 05-12.482, RDI sept.-oct. 2006, p. 379, obs. Ph Malinvaud

⁴⁸⁹ Note sous arrêt 18 janv. 2006 précité, p.465s

b Les dommages matériels causés par les travaux neufs aux existants

Dans cette hypothèse, les travaux ne concernent pas directement l'existant, mais celui-ci en subit un dommage du fait des travaux neufs. En réalité, le problème qui se pose est non pas celui du dommage causé à la chose, mais celui des dommages causés par la chose à d'autres éléments du patrimoine.

En principe, la plupart des polices d'assurance obligatoire excluent la prise en charge de dommages subis par les existants, lesquels peuvent être couverts par une garantie facultative. Mais encore, ces dommages devraient normalement relever du droit commun de la responsabilité contractuelle. Or la tendance actuelle est plutôt l'application très large des garanties légales même aux dommages causés par la chose défectueuse.⁴⁹⁰

C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation a soumis à l'assurance obligatoire des dommages résultant de l'effondrement d'un mur de fondation. Pourtant dans cette espèce, elle a pris soin de rappeler que l'effondrement du mur de fondation avait pour origine les travaux de rénovation de l'immeuble. Elle a cependant jugé « *Que le dommage qui en résultait était de la nature de ceux dont les constructeurs sont responsables et que par la suite il relevait de l'assurance obligatoire des travaux de bâtiment* », ceci en méconnaissant la clause du contrat qui précisait que les garanties prévues audit contrat portaient exclusivement sur les travaux neufs et qu'aucune garantie n'était accordée aux existants.⁴⁹¹

Les juges du fond ont de même considéré que doivent être réparés sur le fondement de la responsabilité décennale, les désordres tels que des fissurations et surcharge des solives de nature à porter atteinte à la solidité de l'immeuble dont la cause ne réside pas seulement dans les parties anciennes, mais tient à une rénovation contraire aux règles de l'art qui s'est avérée inadéquate aux existants, dont elle a aggravé les charges et les contraintes.⁴⁹² On citera enfin la célèbre affaire Chirinian, pour laquelle la Cour de cassation ira plus loin en admettant que l'assurance obligatoire était applicable aux conséquences de travaux nouveaux réalisés en extension d'ouvrage existant ne faisant pas lui-même l'objet de travaux et parfaitement

⁴⁹⁰ Viney (G.) et Jourdain (P.), traité de la responsabilité civile, p. 816

⁴⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juil. 1990

⁴⁹² CA Paris, 23^e ch., sect. A, 31 mars 1999, synd. Coprop. 21-21 bis, rue Molière à Paris 75001/ SA Bâti conseil rénovation

divisible de la partie neuve, en s'appuyant uniquement sur la technique des travaux de bâtiment.⁴⁹³

La troisième chambre quant à elle paraissait plus exigeante. Elle exigeait que certains critères soient réunis afin que ces désordres soient pris en compte. Notamment l'indissociabilité entre les existants et les travaux neufs devenus indivisibles par leur incorporation à l'immeuble,⁴⁹⁴ ou l'importance des travaux.⁴⁹⁵ D'ailleurs, elle vient de confirmer sa position dans un arrêt récent⁴⁹⁶ dont les faits étaient similaires à ceux de l'arrêt Chirinian. Elle y retient à nouveau le critère d'indissociabilité. On ne saurait donc dire qu'il y a revirement de jurisprudence comme l'écrit Monsieur Karila,⁴⁹⁷ mais au contraire constance jurisprudentielle, puisque la troisième chambre civile reste fidèle à sa position, comme l'écrit M. Groutel.⁴⁹⁸

Cette jurisprudence illustre les difficultés qui peuvent apparaître en cas de divergence de position entre les deux chambres. Si la position de la troisième chambre civile paraît plus adéquate, il n'en demeure pas moins que l'assureur supportera le coût des réparations même s'il l'avait au préalable exclu dans le contrat la prise en charge des dommages aux existants.

Désormais, la question ne se posera plus. Le 8 septembre 2005, les assureurs, les maîtres de l'ouvrage et l'Etat ont signé une convention formalisant l'engagement des assureurs à apporter aux personnes qui font réaliser des travaux sur des constructions anciennes une garantie dommages aux existants n'entrant pas dans le champ de l'assurance construction obligatoire.⁴⁹⁹

La nécessité de faire disparaître le dommage entraîne la reprise totale de l'ouvrage.

⁴⁹³ Cass.1^{re} civ., 29 fév. 2000, n° 97-19.143, Juris-data n° 2000-000764 ; Resp. civ. et assur. 2000, chron. 4, G Courtieu

⁴⁹⁴ Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, Bull. civ. III, n° 70, p. 42 Sogebor

⁴⁹⁵ Cass. 3^e civ., 31 oct. 2001, n° 99-20.046, RDI 2002, p. 363, note G. Leguay

⁴⁹⁶ Cass. 3^e civ., 5 juil. 2006, n° 05-16.277, RGDA 2006, p. 706, note JP Karila ; Resp. civ. et assur., nov. 2006, p. 23, note H. Groutel

⁴⁹⁷ Note sous arrêt 5 juil. 2006

⁴⁹⁸ Note sous arrêt 5 juil. 2006

⁴⁹⁹ FFSA, L'assurance française en 2005, p. 30-31

4. Les dommages nécessitant la reprise totale de l'ouvrage

La reprise totale de l'ouvrage suppose, qu'on démolisse entièrement l'ouvrage pour le reconstruire, afin d'apporter aux maîtres d'ouvrage une parfaite réparation. Selon une jurisprudence constante en matière de réparation, *«Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »*.⁵⁰⁰

Une décision récente de la Cour de cassation en sa troisième chambre civile va plus loin dans l'application de ce principe de réparation intégrale. Elle a en effet alloué au propriétaire de l'ouvrage à la fois une indemnité pour perte de loyers et une autre pour les désordres matériels, alors qu'elle avait constaté qu'au jour où elle statuait, l'immeuble avait été démoli par la volonté de son propriétaire, excédant ainsi la réparation intégrale du préjudice et violant les articles 1792-1 2°, 1831-1, 1147 et 2270 du Code civil.⁵⁰¹

Toujours dans le souci de faire disparaître le dommage, la reprise totale d'un élément de l'ouvrage peut être décidée même en présence de désordres limités. C'est le cas de la réfection de l'étanchéité de l'ensemble des 26000 m² de toiture d'une copropriété dans la mesure où une réparation ponctuelle des désordres trois fois moins onéreuse, n'apportait pas pour l'avenir une garantie totale.⁵⁰² ou encore la nécessité d'une réparation totale de l'étanchéité d'une copropriété, malgré une décision ayant autorité de chose jugée, dans la mesure où la persistance des désordres s'expliquait par l'inadaptation des travaux de réparation réalisés et que seule une réfection totale était de nature à faire cesser les infiltrations.⁵⁰³ Mais aussi la réfection complète de menuiseries et de couvertures de pavillons alors que les infiltrations ne rendaient que pour partie les pavillons impropres à leur destination.⁵⁰⁴ Dans un autre cas, c'est la reconstruction totale de l'ouvrage qui a été imposée.⁵⁰⁵ Et enfin la réfection d'un escalier qui doit se faire en respectant l'esthétique originale.⁵⁰⁶

Pour toutes ces espèces, le principe de réparation intégrale est applicable, dès lors que les désordres affectant l'ouvrage le compromettent dans sa solidité et le rendent impropre à sa

⁵⁰⁰ Conte (Ph), Responsabilité du fait personnel, rép. Dalloz dr. Civ., n° 257

⁵⁰¹ Cass. 3^e civ., 21 janv. 2004, RGDA 2004, n° 2, p. 469, note J.P. Karila

⁵⁰² Cass. 3^e civ., 24 oct. 1990, Mon. TP. 11 janv. 1991, p. 55

⁵⁰³ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1999, n° 770, pourvoi n° 97-10.146

⁵⁰⁴ Cass. 3^e civ., 12 juil. 1995, Mon. TP. 6 oct. 1995

⁵⁰⁵ Cass. 3^e civ., 1^{er} avril 1992, RGAT 1992, p. 577, note A. d'Hauteville

⁵⁰⁶ CA Nancy, 18 janv 1995, juris-Data n° 046407

destination. L'extension de la réparation découle forcément de celle de la notion de dommage, en raison de l'application extensive de la notion subjective d'impropriété à destination. C'est aussi le cas pour la prise en charge des réparations inefficaces.

5. La prise en charge des réparations inefficaces

En vertu du principe de réparation intégrale, la jurisprudence apporte aux maîtres de l'ouvrage la possibilité de se voir verser une indemnité complémentaire en raison des désordres persistants à la suite d'une réparation inefficace. On précisera toutefois qu'il ne s'agit pas ici de désordres évolutifs, mais de désordres qui persistent à la suite de la mauvaise exécution des travaux de réparation ou de préconisations insuffisantes de l'expert. Il a été ainsi jugé au visa des articles L 121-1 et L 242 du Code des assurances que : *Mais attendu qu'ayant relevé que l'accord des parties avait porté, en raison de la gravité de la situation, sur la mise en œuvre de mesures d'urgence, que le second expert avait constaté que des travaux nécessaires n'avaient pas pu être réalisés en raison de l'indemnité insuffisante versée par l'assureur et que les désordres actuels, qui n'étaient donc que la suite des désordres d'origine et non des désordres nouveaux, relevaient de la garantie décennale, c'est sans violer les textes susvisés et en se référant aux constatations de l'expert, que la cour d'appel a statué comme elle l'a fait, faisant application du principe indemnitaire de l'article L 121-1 du Code des assurances ; que le moyen n'est pas fondé* ». ⁵⁰⁷

En l'espèce, suite à des désordres provenant de l'installation d'un système de chauffage de serres agricoles, des maîtres d'ouvrage ont accepté de la part de leur assureur dommages ouvrage, une indemnité permettant de mettre en œuvre les mesures d'urgence nécessaires pour sauver l'exploitation des serres. Les travaux s'étant révélés insuffisants, les maîtres d'ouvrage ont fait une nouvelle déclaration de sinistre, que l'assureur a refusé de prendre en charge, estimant qu'il ne relevait plus de l'assurance dommages ouvrage.

A juste titre, l'assureur dommages ouvrage faisait valoir le principe de la force des conventions d'assurance, notamment l'impossibilité pour l'assuré de remettre en cause l'insuffisance de l'indemnité qu'elle a perçue de l'assureur. La Cour de cassation n'a pas donné gain de cause à cet assureur. Elle a considéré que l'accord de volonté entre les parties ne concernait que des mesures de réparation provisoire et non des mesures définitives, et a fait primer le principe de réparation intégrale sur cet accord de volonté. En fait, pour la Cour

⁵⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2003, pourvoi n° 99-12.203, RDI 2004, p. 60, obs. P. Dessuet

de cassation, l'assureur n'est pas libéré de ses obligations du fait du règlement du premier sinistre, tant que celui-ci n'a pas été de nature à mettre fin aux dommages.⁵⁰⁸ Cette tendance est confirmée par un arrêt du 7 décembre 2005.⁵⁰⁹ La Cour de cassation estime que de par la loi, « *l'indemnité d'assurance réglée par l'assureur dommages ouvrage a pour finalité la réparation définitive des dommages* », justifiant que le maître de l'ouvrage puisse obtenir des travaux de réparation efficace.

La volonté de la jurisprudence d'apporter au maître d'ouvrage une meilleure protection, le poussera également à soumettre à l'assurance obligatoire, des dommages qui a priori ne relèvent pas de l'article 1792 du Code civil.

§ 2 Les dommages a priori exclus de la garantie décennale de l'article 1792 du Code civil

Nous avons vu que la nécessité de procurer une bonne protection aux maîtres de l'ouvrage, pousse la Cour de cassation à des interprétations des plus libérales. En principe, le dommage réparable doit revêtir les critères de gravité prévus par la loi, à savoir l'atteinte à la solidité et l'impropriété à destination. Nos précédents développements ont montré que l'appréciation de la gravité dépend de la conception qu'a le juge de celle-ci. Si l'atteinte à la solidité apparaît comme une notion restrictive, ce n'est pas le cas pour l'impropriété à destination qui a donné lieu à des solutions extrêmement diverses, notamment dans les hypothèses pour lesquelles l'ouvrage du point de vue technique n'est pas endommagé.

Ce souci de protection a conduit la jurisprudence à soumettre à l'assurance obligatoire, des cas qui en sont a priori exclus. C'est le cas de la théorie des dommages intermédiaires qui est une innovation purement jurisprudentielle (A) et les dommages résultant de la sanction du non-respect par l'assureur des délais légaux (B).

⁵⁰⁸ Cass. 3^e civ., 7 juil. 2004, pourvoi, n° 03-12.325, arrêt n° 843, RDI 2004, p. 419, obs. P. Dessuet

⁵⁰⁹ Cass. 3^e civ., 7 déc. 2005, n° 04-17.418, Constr. et urb., janv. 2006, p. 17, note ML Pagès de Varenne ; Resp. civ. et assur., mars 2006, p. 28, note H.Groutel ; RGDA 2006, p. 126, note JP Karila ; RDI janv.- fév. 2006, p. 53, note P. Dessuet

A La théorie des dommages intermédiaires

Bien que la question de la soumission des dommages intermédiaires à l'assurance construction soit tranchée, il nous est apparu nécessaire d'en parler ici pour mettre en exergue l'action du juge.

Les dommages intermédiaires sont une création purement jurisprudentielle qui résulte de l'application des règles des garanties légales à la responsabilité contractuelle du droit commun, pour obtenir la réparation des dommages ne relevant ni de la garantie décennale, ni de la garantie biennale. Il s'agit d'une responsabilité particulière post contractuelle qui ébranle quelque peu la logique de la jurisprudence traditionnelle. Elle implique à l'encontre du constructeur le cumul des responsabilités décennales et des responsabilités contractuelles de droit commun.⁵¹⁰

Si l'admission de la théorie des dommages intermédiaires pouvait se justifier sous l'égide de la loi de 1967, compte tenu du vide juridique qui était apparu suite à la distinction entre les menus et les gros ouvrages, tel n'était pas le cas sous l'égide de la loi de 1978, qui a été modifiée et ne retenait plus la distinction entre les gros et menus ouvrages. Cela n'a pas empêché le juge de maintenir cette théorie sous l'empire de la loi de 1978.

Le juge s'est illustré dans un arrêt de principe⁵¹¹ sur la base d'un fondement juridique d'opportunité. On ne peut comprendre une telle décision que par la volonté du juge d'apporter une meilleure protection aux maîtres d'ouvrage. En principe, la garantie décennale ne s'applique qu'aux vices graves de nature à nuire à la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination.

Or dans le cadre de la loi du 3 janvier 1967, un vide juridique était apparu concernant la réparation des désordres affectant les gros ouvrages qui ne pouvaient pas relever de la responsabilité décennale des constructeurs, soit parce qu'ils n'étaient pas de nature à rendre l'immeuble même partiellement impropre à sa destination, soit parce qu'ils ne compromettaient pas la solidité ou qu'ils ne pouvaient non plus relever de la garantie biennale relative aux menus ouvrages. Mais l'arrêt Delcourt⁵¹² avait retenu la responsabilité d'un architecte, bien que les désordres concernés affectant le gros ouvrage, ne remettaient pas en cause ni leur destination, ni leur solidité. La Cour de cassation considérait que les

⁵¹⁰ Liet-veaux (G.), droit de la construction, ouvr. précité, p. 384

⁵¹¹ Cass. 3^e civ., 22 mars 1995, Bull. civ. III, n° 80, p. 54; JCP éd. G. 1995 II, 22416, rapport J. Fossereau

⁵¹² Cass. 3^e civ., 10 juillet 1978, Bull. civ. III, n° 285, p. 219; Cass. civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-12.052; Blanchard (B), les dommages intermédiaires, Gaz. Pal. Doctr. 402

malfaçons dénoncées relatives au gros ouvrage n'affectaient pas la solidité de la maison et ne le rendaient pas impropre à sa destination, dès lors qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la présomption de responsabilité résultant de la garantie décennale, ce qui voulait dire qu'à contrario, la présomption de responsabilité était applicable dès lors qu'étaient réunis les critères de gravité d'atteinte à la solidité et d'impropriété à destination, néanmoins, le maître d'ouvrage disposait d'une action à l'encontre de l'architecte fondée sur la responsabilité contractuelle de droit commun à condition d'établir l'existence d'une faute.

Dans l'affaire Delcourt, la faute de conception de l'architecte était établie et permettait ainsi à la cour d'appel de justifier sa décision.

A partir de l'arrêt Delcourt, se sont façonnés les critères de prise en compte des dommages intermédiaires, repris dans l'arrêt du 22 mars 1995 (A). Il s'en est suivi aussi quelques hésitations de la jurisprudence avant qu'elle ne tranche définitivement en faveur de leur exclusion (B).

1. Les critères de prise en compte des dommages intermédiaires

La mise en œuvre de la responsabilité des constructeurs en matière de dommages intermédiaires suppose, aussi bien sous l'empire de la loi de 1967 que de celle de 1978 que trois conditions valables soient réunies. Il faut :

- Une responsabilité pour des désordres non apparents à la réception. Autrement dit, les désordres visibles à la réception n'ayant pas fait l'objet de réserves à la réception ne relèvent pas de la responsabilité contractuelle pour faute prouvée;⁵¹³
- Des désordres ne relevant pas de la responsabilité légale. En d'autres termes, la théorie des dommages intermédiaires ne s'applique qu'aux désordres qui n'affectent ni la solidité, ni l'utilisation de l'immeuble au regard de sa destination, et d'une façon générale, qui ne relèvent pas de la responsabilité légale des articles 1792 et 1792-2 du Code civil, même si ces désordres sont apparus dans l'année suivant la réception;⁵¹⁴

⁵¹³ Cass. 3^e civ., 14 oct. 1992, Lexilaser. Groupe Drouot/Prunet ; Cass. 3^e civ., 22 mars 1995 précité ; Cass. civ. 3^e, 4 nov. 1999

⁵¹⁴ Cass. 3^e civ., 10 juil. 1978, Delcourt, JCP 1978, éd. G. IV 293; Rev. Administrer janv. 1979, p.42, note Costa
Cass. 3^e civ., 9 nov. 1994, Lexilaser Présentatrice foncier/UAP Pinon ; Cass. 3^e civ., 22 mars 1995 précité;
Cass. 3^e civ., 6 oct. 1998, RDI janv.-mars 1999, p.106 ; Cass. 3^e civ., 13 mars 1996, RGDA 1996, p.663
obs. H. Périnet-Marquet ; Cass. 3^e civ., 9 déc. 1998, constr. et urb. fév. 1999, n°43, p.9

- Une responsabilité pour faute prouvée. Elle suppose que la théorie des dommages intermédiaires n'est mise en œuvre que sous réserve de démontrer la faute du constructeur ou du vendeur. Ce qui marque une différence essentielle avec le régime de la responsabilité légale fondé sur la présomption de faute.

Si les critères de prise en compte des dommages intermédiaires semblent clairement établis, il se trouve qu'en pratique, leur mise en œuvre n'est pas toujours évidente et peut parfois prêter à confusion comme en témoignent certaines décisions. En particulier un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁵¹⁵ est venu jeter le trouble dans la mesure où, la majorité de la doctrine a pensé que la Cour de cassation essayait d'aller plus loin en amorçant une nouvelle étape selon laquelle, la théorie des dommages intermédiaires pouvait être applicable sans la démonstration d'une faute prouvée.

Dans cette espèce, l'objet du litige portait sur des désordres affectant des voiries et réseaux divers dans le cadre d'une vente en état futur d'achèvement. La SCI venderesse avait saisi la Cour de cassation en rappelant que la responsabilité contractuelle de droit commun du vendeur d'immeuble à construire pour les dommages qui ne relèvent ni de la garantie décennale, ni de la garantie biennale, ne peut être recherchée que pour faute prouvée. La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve la décision d'une cour d'appel de renvoi qui avait retenu la responsabilité de la SCI, qui n'avait pas délivré un objet exempt de vices. Il semble à la lecture de cette solution, que la responsabilité du vendeur est retenue dès lors que l'ouvrage mis à la disposition des acquéreurs n'est pas exempt de vices

L'interprétation de cette décision porte à confusion. Pouvait-on en déduire que la Cour de cassation admettait que les dommages intermédiaires soient mis en œuvre en dehors de toute faute prouvée ?

Si on répond de manière positive à cette question, cela suppose que le juge remet en cause sa propre jurisprudence, car elle éluderait finalement une condition essentielle qu'elle a elle-même posée, à savoir la démonstration d'une faute prouvée.

De ce fait, elle rapprocherait considérablement la théorie des dommages intermédiaires de la responsabilité légale des constructeurs fondée sur la présomption de faute.

Si cette solution se maintient, elle créerait une confusion entre la responsabilité légale et la responsabilité résiduelle, ce que dénaturerait le système.

⁵¹⁵ Cass. 3^e civ., 31 mars 1999, Constr. et urb. Juil. -août 1999, p.6

Selon Maître André Cattan, avocat au barreau de Paris, cet arrêt n'avait pas pour effet de bouleverser la construction jurisprudentielle concernant la théorie des dommages intermédiaires désormais acquise et constante.⁵¹⁶

En revanche, Daniel Sizaire, également avocat au barreau de Paris, dénonce cette décision du point de vue strictement juridique et écrit à ce propos :

*« Pouvoir rechercher la responsabilité du vendeur au titre des vices de construction ne relevant pas de la responsabilité légale sans même avoir à prouver une faute du vendeur, c'est étendre largement le domaine des vices dont ce dernier peut être responsable. Sur le plan strictement juridique, ce n'est pas parfaitement cohérent. En effet, le vendeur en tant que tel a deux obligations : l'une de délivrance, l'autre de garantie. Dire que le vendeur est responsable contractuellement dès lors qu'il a manqué à son obligation de remettre aux acquéreurs un immeuble exempt de vices, c'est confondre l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie, alors que la responsabilité résiduelle au titre des vices intermédiaires concerne des vices apparents à l'époque réception livraison ».*⁵¹⁷

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation applique la théorie des dommages intermédiaires de façon constante, en distinguant bien des désordres de nature décennale et ceux relevant des dommages intermédiaires.⁵¹⁸

La création par la jurisprudence d'une responsabilité contractuelle sui generis palliative et prétorienne, pour reprendre l'expression de Mlle Fossereau, à certains égards, a permis de combler un vide juridique, en apportant une protection supplémentaire au maître de l'ouvrage. Leur permettant ainsi d'obtenir la réparation des dommages apparus dans l'année de garantie de parfait achèvement, mais non dénoncés à l'intérieur de ce délai. En revanche, elle contribue à étendre le champ d'application de l'assurance construction.

Aujourd'hui en tout cas, la théorie des dommages intermédiaires est importante au point où, des assureurs proposent de plus en plus aux locataires d'ouvrage de les assurer comme les garanties légales. Les dommages intermédiaires font désormais partie des risques

⁵¹⁶ Assiste-t-on à une extension croissante de la responsabilité des constructeurs ? Gaz. Pal. 16 mars 2000, p. 1-10

⁵¹⁷ Protection indifférenciée des acquéreurs, JCP éd. E, 1999, p. 4549

⁵¹⁸ Cass. 3^e civ., 26 juin 2002, SMABTP / syndicat des copropriétaires de la résidence Caroline La Maréchale, arrêt n° 1122 ; Cass. 3^e civ., 6 mai 2003 RGDA 2003, n° 3, p.514

garantis par les assureurs. Etant précisé qu'il s'agit d'une garantie facultative. Néanmoins, les hésitations de la jurisprudence quant au fondement juridique applicable en matière de prescription, ont pu prêter à confusion entre le régime légale et la théorie des dommages intermédiaires.

2. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement juridique de la prescription en matière de dommage intermédiaire.

Une longue hésitation jurisprudentielle s'est manifestée quant au fondement applicable aux dommages intermédiaires en matière de prescription.

Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1967, la Cour de cassation a longtemps hésité entre l'application des dispositions des articles 1147 et 2270 du Code civil. Mais finalement, il a opté pour l'application des dispositions de l'article 2270 ancien du Code civil qui énonce :

« Les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages, après deux ans pour les menus ouvrages »⁵¹⁹.

L'article 2270 était un texte commun de prescription des garanties légales et de la responsabilité contractuelle de droit commun, laquelle était de dix pour tous les vices affectant les gros ouvrages sans aucune distinction. Ainsi donc, les dommages intermédiaires étaient soumis à la prescription de dix ans à compter de la réception. La formule appliquée étant la suivante :

« Hormis le cas de faute dolosive ou extérieure au contrat...la responsabilité de droit commun de l'architecte et de l'entrepreneur, pour les non conformités aux règles de l'art ou les vices des gros ouvrages ne portant pas atteinte à leur solidité ou ne les rendant pas impropres à leur destination, ne peut être invoquée que pendant le délai de dix ans après la réception des travaux. »

⁵¹⁹ Cass. 3^e civ., 11 juin 1981, Bull. civ. III, n° 120 ; JCP 1981 éd. G, IV, 309

Sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978, la question de la prescription a été tranchée par deux arrêts de principe rendus le même jour,⁵²⁰ largement commentés par la doctrine et confirmés⁵²¹. D'autant plus que l'arrêt de principe du 22 mars 1995 qui avait admis le principe d'une application de la théorie des dommages intermédiaires, n'avait pas précisé la durée de ladite responsabilité. La Cour de cassation a donc jugé que l'action en responsabilité de droit commun, sanctionnant les dommages intermédiaires, se prescrit par dix ans à compter de la réception avec ou sans réserves. Elle ne vise cependant aucun article, elle se contente simplement de poser le principe selon lequel : « *l'action en responsabilité contractuelle contre les constructeurs se prescrit par dix ans à compter de la réception de l'ouvrage avec ou sans réserves* ».

Par ces deux décisions, la Cour de cassation fait preuve d'audace comme c'est souvent le cas dans cette matière, ses décisions ne sont motivées que par le souci de garder une jurisprudence cohérente par rapport à celle rendue sous l'empire de la loi de 1967. Si l'application de l'article 2270 ancien du Code civil était justifiée sous l'empire de la loi de 1967, elle l'est moins sous l'empire de la loi nouvelle, mais la solution reste identique. En principe, les vices intermédiaires devraient être soumis à la prescription trentenaire de droit commun.

En tout état de cause, la Cour de cassation offre une protection supplémentaire au maître de l'ouvrage, mais une charge supplémentaire pour les professionnels de la construction. La responsabilité de droit commun s'aligne donc sur la responsabilité spécifique des constructeurs, puisque la prescription court à compter du jour de la réception. Dès lors, il apparaît que le régime des garanties légales prend le pas sur le régime de responsabilité contractuelle de droit commun. Contrairement à ce qui s'est passé en matière de vente où la garantie des vices a été absorbée par la responsabilité contractuelle de droit commun.⁵²²

Si les dommages intermédiaires sont désormais soumis aux garanties facultatives, tel n'est pas le cas des dommages résultant de la sanction du non-respect des délais légaux imposés à l'assureur, même s'ils ne sont pas de nature décennale.

⁵²⁰ Cass. 3e civ., 16 oct. 2002, Bull. civ. III, n° 205 et 206, p. 174; D. 2003, p. 300, note Ph. Malinvaud; Défrénois 2003, p.331, note H. Périnet-Marquet

⁵²¹ Cass. 3e civ., 6 mai 2003, RGDA 2003, n° 3, p.514

⁵²² Viney (G.) et Jourdain (P.), traité de la responsabilité civile, p. 850

B - Les dommages non décennaux : sanction du non respect des délais de notification et de règlement

La prise en compte de ce type de dommages résulte d'une innovation de la loi du 31 décembre 1989 et de son arrêté d'application du 13 juillet 1990. Le non- respect des délais de 60 et 90 jours étant une source fréquente de contentieux, le législateur a donc érigé une sanction sévère à l'encontre des assureurs qui ne respectent pas ces délais.

Cette sanction est d'autant plus sévère, qu'elle est applicable, même à des dommages qui ne sont pas de nature décennale.

Il convient d'envisager l'évolution législative de cette sanction et d'analyser ensuite son application jurisprudentielle.

1. Evolution législative de la sanction

Aucune sanction n'était prévue dans l'article L 242-1 du Code des assurances, dans sa version de la loi du 4 janvier 1978. Il fallait se retourner vers les clauses types à l'annexe II de l'article A 243-1 du même Code pour trouver cette sanction, qui était différente selon l'inobservation de l'un des délais imposés. Il était en effet prévu au c) du 2° du B de l'article A 243-1 que :

« Faute, pour l'assureur de respecter le délai fixé au paragraphe (délai de 60 jours) et sur simple notification faite à l'assureur, les garanties du présent contrat jouent pour ce qui concernent le sinistre déclaré, et l'assuré est autorisé à engager les dépenses correspondant à l'exécution des mesures conservatoires nécessaires à la non aggravation des dommages, dans la limite de l'estimation portée dans le rapport préliminaire. Si, dans le même délai, l'assuré n'a pu avoir connaissance du rapport préliminaire, il est autorisé de la même manière à engager les dépenses en cause dans la limite de l'estimation qu'il a pu en faire lui-même ».

Au h) du 3° du B de ce même article, (désormais abrogé) il est prévu que :

« Si Faute, pour l'assureur de respecter le délai fixé au paragraphe a) (délai de 105 jours), sous réserve des dispositions éventuelles prévues en c) (relative

à la possibilité de report de la notification dans les cas de difficultés exceptionnelles), et sur simple notification faite à l'assureur, les garanties du présent contrat jouent pour ce qui concerne le sinistre déclaré, et l'assuré est autorisé à engager les dépenses nécessaires à la réparation intégrale des dommages dans la limite de l'estimation portée dans le rapport d'expertise ; dans le même délai, et sous la même réserve, l'assuré n'a pu avoir connaissance du rapport d'expertise, il est autorisé à engager les dépenses en cause dans les quinze jours de la transmission à l'assureur de l'estimation qu'il aura pu en faire lui-même et dans la limite de cette estimation ».

Les dispositions de l'article L 242-1 al. 5 du Code des assurances modifiées par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, applicable aux sinistres déclarés postérieurement au 1^{er} juillet 1990 viennent donc instituer une double sanction applicable à l'inobservation des délais imposés. Il n'y a donc plus à distinguer selon l'inobservation du délai de 60 jours pour l'application des mesures conservatoires ou l'inobservation du délai de 105 jours pour engager les dépenses nécessaires à la réparation intégrale. Les nouvelles dispositions modifient tant les cas d'ouverture des sanctions que leur nature proprement dite.⁵²³ Ainsi donc :

« L'assureur a un délai maximal de 60 jours courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre, pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues ».

« Lorsqu'il accepte la mise en jeu des garanties prévues au contrat, l'assureur présente dans un délai maximal de quatre vingt dix jours, courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre, une offre d'indemnité revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destinée au paiement des travaux de réparation des dommages.

En cas d'acceptation par l'assuré de l'offre qui lui a été faite, le règlement de l'indemnité par l'assureur intervient dans un délai de quinze jours.

⁵²³ Chetivaux (SC), assurance terrestre, 4°-59, Juris-classeur resp. civ ; et assur., fasc.540-20 ; Duury (G), Sanction par le juge des référés du silence de l'assureur de dommages obligatoire averti de la survenance d'un sinistre, RDI 1983, p. 88; Leguay (G), la sanction à l'égard de l'assureur de dommages du dépassement des délais imposés à l'annexe II à l'article A. 243-1 du Code des assurances, RDI 1989, p. 229 ; Groutel (H), La sanction du non respect des délais imposés à l'assurance dommages ouvrage en cas de sinistre, Rev. Administrer, mai 1992, p. 68

Lorsque l'assureur ne respecte pas l'un des délais prévus aux deux alinéas ci-dessus ou propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, l'assuré peut après l'avoir notifié à l'assureur, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages.

L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal ».

Si la nouvelle loi a le mérite d'instituer une double sanction valable pour les deux hypothèses de non-respect des délais légaux, (délai de 60 jours ou de celui de 90 jours)⁵²⁴ elle est sévère. La garantie est automatiquement acquise pour les dommages déclarés et l'assuré est autorisé à engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. Ceci, contrairement à la clause type qui fait allusion aux mesures conservatoires nécessaires à la non aggravation des dommages.⁵²⁵ De plus, l'indemnité versée par l'assureur est majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal.

Nous verrons donc que la Cour de cassation fait une application stricte de cette sanction, même si une souplesse se dessine au sein de la première chambre civile.

2. Application jurisprudentielle

La première et la troisième chambre de la Cour de cassation font une application assez sévère de cette sanction. On précisera toutefois que la troisième chambre civile paraît encore plus ferme que la première chambre civile. Cette dernière s'est donc prononcée la première sur la portée de la sanction émanant de l'article L 242-1 du Code des assurances. Elle a affirmé que l'assureur était tenu d'indemniser l'assuré en cas de non-respect du délai, sans pouvoir se retrancher derrière le caractère non décennal du désordre.⁵²⁶ Elle y a été rejoint par la troisième chambre qui est allée plus loin en précisant que l'assureur qui n'a pas pris position sur le principe de la mise en jeu de la garantie dans le délai légal, est déchu du droit

⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1991, Bull. civ., 1991, I n° 161, p. 107; Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 1992, RGAT 1993, p. 122, note Périnet –Marquet ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997 ; Juris-data n° 1997-004500, Resp. civ. et assur. 1998, comm. n° 35

⁵²⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, Bull. civ. 2000, I n° 62, p. 42; RGDA 2000, p. 134 ; Bigot (J), Assurance de dommage et principe indemnitaire chronique d'humeur !, RGAT 1993, p. 607 ; Leguay (G), Le sacro-saint principe indemnitaire et l'assurance construction danger !, RDI 1993, p. 101 et 224

⁵²⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1991, Juris-data, n° 1991-003112, Bull. civ. I, n° 329; Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, RDI 2000, p. 207; D 2000, IR p. 63 ; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, RDI 2003, p. 28

de contester celle-ci, notamment en contestant la nature des désordres déclarés.⁵²⁷ Il en résulte donc qu'en cas de non-respect des délais légaux, pour prendre position, la sanction de l'article L 242-1 est applicable même si les dommages en cause ne sont pas d'ordre décennaux.

A côté de cette jurisprudence rigoureuse bien établie, viennent s'intégrer certaines décisions de la première chambre civile, tendant vers un assouplissement de la sanction, ce qui n'est pas le cas de la troisième chambre civile qui reste ferme.

La première chambre jugera par exemple que : « *La garantie n'est due que pour les désordres déclarés dans la déclaration de sinistre préalable indispensable* ». ⁵²⁸ Autrement dit, s'il existe des dommages supplémentaires, ils resteront à la charge du maître de l'ouvrage, dans l'hypothèse où ils n'ont pas été notifiés dans la déclaration de sinistre. L'assuré doit être précis dans la description de la localisation des dommages afin de permettre à l'assureur de remplir ses obligations sous peine que ce dernier en soit dispensé. ⁵²⁹ Ou alors que « *l'engagement de l'assureur dommages ouvrage ne peut porter que sur les désordres affectant la construction garantie ; que, si à l'expiration du délai de 60 jours, l'assureur est tenu à garantie sans pouvoir discuter les dépenses nécessaires à la réparation des désordres déclarés, encore faut-il que ceux-ci affectent la construction faisant l'objet de déclaration de sinistre pour lesquelles la garantie de l'assureur est requise, relevaient bien de la construction assurée par le GAN* ». ⁵³⁰

Il faut préciser que cet arrêt est rendu sous le visa de l'article L 242-1 dans sa rédaction antérieure à la loi du 31 décembre 1989, selon lequel l'engagement de l'assureur dommages ouvrage ne peut porter que sur les désordres affectant la construction. Cet arrêt méritait d'être cité puisque c'est la première fois que la cour se prononçait dans ce sens, néanmoins nous pensons que cette décision ne bouleversera pas la construction jurisprudentielle de cette sanction.

La nécessité d'une réparation intégrale par l'interprétation extensive du dommage, se traduira aussi dans l'étendue de la réparation.

⁵²⁷ Cass. 3^e civ., 3 déc ; 2003, Bull. civ. III, n° 214, p. 191; Resp ; civ., et assur. 2004, comm. 82 ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 2003, Nejmi / Le continent, RGDA 2004, n° 1, p. 112

⁵²⁸ TGI Paris, 25 fév. 1992, RGAT 1992, p. 319 ; T. Com. 17 nov. 1992, RGAT 1993, p. 122 ; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, RGDA 2003, p. 313, note A. D'hauteville

⁵²⁹ CA Paris, 19^e ch. 12 avril 2002, Juris-data n° 2002-174972 ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 269

⁵³⁰ CA Rouen , 19 oct. 1994, RGAT 1994, p. 1155, note J.Bigot; Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2002, GAN / Centre hospitalier Régional Universitaire de Nîme, Juris-data, n° 2002-017011; Bull. civ.I n° 311; Const. et urb. mars 2003, n° 3, p. 15, obs. M L Pagès de Varenne ; RGDA 2003, p. 315

SECTION 2 L'ETENDUE DE LA REPARATION

Le principe indemnitaire émanant des dispositions de l'article L 121-1 al 1 du Code des assurances, disposent que : « *L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre* ».

Ce principe revêt une double facette qui se traduit d'une part, par le fait que l'assuré ne peut recevoir plus que le préjudice subi du fait du sinistre et d'autre part, que l'évaluation du dommage doit couvrir entièrement le préjudice subi par l'assuré. Ce principe indemnitaire qu'on peut résumer par « *tout le dommage et rien que le dommage* », pose à la fois l'étendue et les limites de la réparation. En pratique, il n'est pas facile pour la jurisprudence de répondre aux deux finalités posées par le principe indemnitaire. Le juge doit choisir entre deux logiques opposées : Soit choisir d'assurer aux maîtres d'ouvrage une réparation intégrale et effective des dommages, soit éviter leur enrichissement en appliquant strictement certains dispositifs légaux comme la répétition de l'indu et l'affectation de l'indemnité aux réparations.

La jurisprudence applique l'une et l'autre option en fonction des espèces qui lui sont soumises. Il apparaît d'une part, que la jurisprudence garantit aux maîtres de l'ouvrage une réparation toute taxe comprise (§1) et d'autre part, une réparation exempte de tout abattement pour vétusté ou pour plus value (§2).

§ 1 Une réparation toute taxe comprise

Une réparation toute taxe comprise suppose la prise en compte de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Son montant aujourd'hui s'élève à 19,6%. En fait, la TVA est un impôt de consommation fondée sur le système des paiements fractionnés. Elle permet ainsi aux assujettis de récupérer toutes les taxes supportées sur leurs achats de biens et services à l'exploitation, lorsque l'activité exercée est elle-même imposable.⁵³¹ De ce fait, la TVA ne constitue une dépense que dans la mesure où elle est supportée par un consommateur final,

⁵³¹ Mercier (JY) et Plagnet (B), Traité de fiscalité, les impôts en France, éd. Francis Lefebvre 1997, p. 344 ; Mémento pratique Francis Lefebvre 1997, p. 707; Kornprobst (E), La TVA et la fixation des dommages et intérêts, RDI avril-juin 1995, p. 237 ; Bourliaud-Rémery (F) et Rémery (JP), Remarques sur le calcul judiciaire de l'indemnité réparatrice de malfaçons, RDI juil. Sept. 1990, p. 295;

c'est-à-dire par une personne autre qu'un redevable qui lui, peut, soit l'imputer sur la taxe qu'il doit verser au trésor, soit obtenir son remboursement.

Dans le cadre de la fixation d'une indemnité consécutive à un dommage, l'intégration de la TVA dans la fixation de cette indemnité correspond exclusivement à la réparation du préjudice ou du dommage, sans constituer la contrepartie d'une quelconque prestation.⁵³²

Cela étant, la jurisprudence distingue en pratique deux hypothèses. D'une part, l'hypothèse selon laquelle la victime est non assujettie à la TVA (A) et d'autre part, celle selon laquelle la victime y est assujettie (B).

A - L'application d'une réparation toute taxe comprise à une victime non assujettie à la TVA

En principe, afin de permettre à la victime de faire exécuter les travaux de reprise nécessaires pour faire disparaître le dommage, l'indemnité allouée doit comprendre la TVA. Celle-ci est à verser aux professionnels chargés de la réparation des dommages. Le préjudice doit être évalué au jour où le juge statue.

Suivant une formule désormais constante, le juge est tenu d'évaluer le préjudice à la date où il statue et d'allouer des indemnités permettant de faire exécuter les travaux ou de rembourser ceux qui ont été réalisés pour remédier aux désordres. Les indemnités allouées comprennent la taxe sur la valeur ajoutée à payer aux entrepreneurs.⁵³³

Une précision sera apportée par la suite par le juge quant au moment de l'évaluation du taux de la TVA. Désormais, celle-ci s'effectue au jour de la réalisation des travaux de réparation.⁵³⁴

La nécessité de faire disparaître le dommage a conduit le juge à fixer l'indemnité, toutes taxes comprises au jour où il statue. Mais pour avoir la certitude d'une réparation efficace, le juge va plus loin, en admettant que l'évaluation de la taxe se fasse au jour de la réalisation des travaux, afin d'éviter au maître de l'ouvrage de supporter la moindre charge du fait des malfaçons.

⁵³² Kornprobst (E), La TVA et la fixation des dommages intérêts, RDI avril-juin 1995, p.237

⁵³³ Cass. 3^e civ., 24 juin 1987, Bull. civ. III, n° 130, p. 76 ; Cass. 3^e civ., 25 juin 1997, JCP 1997, IV 1827 ; Cass. 3^e civ., 22 oct. 2002, RGDA 2003, note A D'hauteville

⁵³⁴ Cass. 3^e civ., 25 sept. 2002, arrêt n° 1275 FS-P+B ; RDI nov.-déc. 2002

B - L'application d'une réparation hors taxe à une victime assujettie à la TVA

Précédemment, nous avons vu que lorsque la victime n'était pas assujettie à la TVA, l'indemnité était fixée toute taxe comprise. En revanche, lorsque la victime est une société commerciale ou lorsqu'elle est en mesure de récupérer la TVA, l'indemnité doit être calculée hors taxe. Ce qui limite ainsi l'indemnité aux sommes vraiment nécessaires à la seule réparation.⁵³⁵

Si la première et la troisième chambre de la Cour de cassation sont unanimes pour fixer l'indemnité hors taxe, lorsque la victime est assujettie à la TVA, se pose le problème du caractère récupérable ou non de la TVA. Autrement dit, à qui incombe la charge de la preuve récupérable ou non de la taxe sur la valeur ajoutée ?

Sur ce point, la jurisprudence paraît plutôt fluctuante. Il résulte de la lecture de certains arrêts que **la charge de la preuve de la récupération de la taxe sur la valeur ajoutée est imputée au constructeur**. C'est à lui de prouver que la victime maître de l'ouvrage peut récupérer la TVA.⁵³⁶ Cette solution est judicieuse au regard des principes de droits civils gouvernant l'administration de la preuve. En effet, les dispositions de l'article 1315 du Code civil énoncent que c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver. Sauf qu'en matière de construction, cette preuve peut être difficile à apporter pour l'entrepreneur.

Dans d'autres décisions en revanche, les principes du droit civil de la preuve sont inversés. La Cour de cassation a imputé la charge de la preuve de la récupération de la TVA au bénéficiaire de l'assurance, en l'occurrence le maître de l'ouvrage. En d'autres termes, il incombe à ce dernier qui prétend ne pas récupérer la TVA d'en administrer la preuve.⁵³⁷

La charge de la preuve de l'assujettissement et à la récupération de la TVA, est donc variable au gré des espèces ; Elle appartient tantôt au maître de l'ouvrage, tantôt à l'entrepreneur. On précisera toutefois qu'en matière de droit administratif, c'est au maître d'ouvrage qui prétend ne pas récupérer la TVA d'en administrer la preuve.

⁵³⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1996, Bull. civ. I, n° 240, p. 169; Cass. 3^e civ., 27 mars 1996, Bull. civ. III, n° 85, p.55

⁵³⁶ Cass. 3^e civ., 25 juin 1997, Bull. civ. III, n° 151, p. 101 ; Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998, Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 49 ; Cass. 3^e civ., 7 avril 2004, Constr. et urb. Comm. 137, p. 13 obs. ML Pagès de Varenne

⁵³⁷ Cass. 3^e civ., 10 janv. 2001, Bull. civ. III, n° 2, p. 2; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2002, n° 98-20-945, Resp. civ. et assur., 2002, comm., n° 158; Bull. civ. I, n° 9, Cass. 3^e civ., 19 fév 2002, pourvoi, n° X00-19-455, arrêt 320 F-D; RDI mai-juin 2002, p. 240; Cass. 3^e civ., 23 juin 2004, pourvoi, n° D 03-10342, RDI Sept-oct. 2004, p. 454

§ 2 La non prise en compte de l'abattement pour vétusté et d'un abattement pour plus value

Nous rappelons pour mémoire qu'en droit de la responsabilité, le principe est celui de la réparation intégrale. Suivant la formule de la Cour de cassation, « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* ». ⁵³⁸

A ce principe incontesté, le Code civil, apporte une limitation légale en matière contractuelle. Ainsi, selon l'article 1150 du Code civil, « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée* ».

La question qui se pose est de savoir si cette limitation est applicable en matière de responsabilité des constructeurs engagée sur le fondement de l'article 1792 et suivant du Code civil. ⁵³⁹ On précisera que cette limitation n'est pas applicable en matière délictuelle

En matière de construction, nous avons vu que parfois, pour venir à bout des dommages, et mettre en œuvre le principe de réparation intégrale, la Cour de cassation est parfois obligée d'ordonner la reconstruction de l'ouvrage endommagé, le remplacement d'un matériau de piètre qualité par un matériau de meilleure qualité ou l'installation d'un équipement non initialement prévu dans le devis ou prévu mais non réalisé.

Dans toutes ces hypothèses, une fois l'ouvrage réparé, il est susceptible de procurer un enrichissement à la victime, dans la mesure où celle-ci peut se retrouver avec un bien de valeur supérieure. Il se trouve qu'un bien vétuste et endommagé peut se substituer à un bien neuf, ou lorsque les techniques utilisées, les matériaux se traduisent par une amélioration du bien.

Dans ces cas, sous la pression des assureurs et même d'une certaine partie de la doctrine, ⁵⁴⁰ la question s'était posée de savoir s'il fallait procéder à un abattement pour

⁵³⁸ Auby (J), et Périnet-Marquet (H) , Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien 1998, p. 711 ; Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs (droit privé), Dalloz Action construction 1998, p. 1205 ; Karila (JP), Les responsabilités des constructeurs, Encyclopédie Delmas 1991, p. 368 ; Boubli (B), La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs, éd. du JNA 1991, p. 297 ; Caston (A), la responsabilité des constructeurs, éd. du moniteur 2000, p.501 ; Périnet-Marquet (H), La responsabilité des constructeurs, Dalloz, p. 72

⁵³⁹ Malinvaud (Ph), Responsabilité des constructeurs (droit privé) précité, p. 1205

⁵⁴⁰ Karila (JP), Les responsabilités des constructeurs, Encyclopédie Delmas 1991, p. 370

vétusté ou plus value afin de tenir compte de l'amélioration apportée à l'ouvrage ou à l'enrichissement de la victime maître d'ouvrage.

Sur cette question, deux thèses s'affrontaient :

Pour la première thèse, certains auteurs estiment que l'abattement devrait être appliqué, il correspondrait à la différence entre le neuf et l'ancien, ou alors la plus value résultant de l'amélioration du bien ; C'est le seul moyen d'éviter l'enrichissement de la victime qui en reçoit plus qu'elle n'en a perdu.⁵⁴¹

On rappellera cependant que l'abattement pour vétusté est une pratique courante chez les assureurs, notamment dans les contrats d'assurance incendie. Cette pratique suppose que la garantie ne couvre que la valeur d'usage du bien au jour du sinistre, valeur appliquée après déduction d'un coefficient de vétusté.

Pour la seconde thèse, d'autres auteurs,⁵⁴² estiment que la victime a droit à une réparation intégrale du dommage, sans que la moindre perte soit laissée à sa charge. Ils soutiennent que :

« Sa créance est égale au dommage sans déduction. En conséquence, si le seul moyen possible de réparer le dommage procure un bénéfice à la victime, ce bénéfice lui reste acquis, le déduire serait diminuer la réparation intégrale ».

Pour ces auteurs, si la réparation procure un enrichissement, celui-ci ne peut se justifier que par la nécessité de réparer intégralement le dommage subi par la victime, maître de l'ouvrage. L'attribution à la victime d'une indemnité réduite par rapport au coût de reconstruction ou d'acquisition d'un bien neuf semblable, ne permettrait pas de le remettre dans la situation où il se serait trouvé si le dommage n'était pas survenu. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse de destruction d'un immeuble. La réduction de l'indemnité conduirait le maître de l'ouvrage à la construction d'un immeuble plus petit ou alors de supporter une charge supplémentaire.

⁵⁴¹ Savatier (R), D. 1954, p. 73 ; Alexandre (J) et Brideau (L), l'application de la vétusté à un immeuble endommagé ou détruit par la faute d'un tiers, Gaz. Pal. 1971, 2 Doctr. 445 ; Nervo (O), Préjudice immobilier la cohérence introuvable, Mon. TP 7 déc. 1990, p. 58 ; Barbancey (J) Valeur à neuf et enrichissement, Gaz. Pal. 1988, p. 28

⁵⁴² Mazeaud (H , L , J) et Tunc (A), Traité de la responsabilité civile, Montchrestien 1998, n° 2402 et 2403 ; Chartier (Y), La réparation du préjudice, D. 1983, n° 111 ; Viney (G) et Jourdain (P), Traité de droit civil, la responsabilité: effets, sous la direction de J.Ghestin, LGDJ 2001, n° 100

Face à ces deux thèses qui traduisent une approche différente du principe de réparation, la Cour de cassation a hésité : Après avoir admis un abattement pour vétusté, elle est revenue sur sa jurisprudence et s'oppose fermement à tout abattement pour vétusté. En revanche, en ce qui concerne l'abattement pour plus value, elle s'est montrée réticente eu égard à cet abattement.

A - **La non prise en compte de l'abattement pour vétusté**

La question qui se posait était de savoir s'il fallait opérer une déduction sur le coût de la reconstruction pour tenir compte de l'amélioration apportée par le neuf sur la construction. La Cour de cassation s'est prononcée contre la déduction considérant que la remise à neuf n'est pas un enrichissement sans cause.

Depuis une jurisprudence ferme initiée depuis 1970, la Cour de cassation a admis en effet que :

*« Déduire, des frais de la remise en état, le coefficient de vétusté correspondant à l'âge du bâtiment ne replacerait pas la victime dans la situation où elle se serait trouvée, si l'acte dommageable ne s'était pas produit, puisqu'elle supporterait alors injustement une dépense supplémentaire rendue nécessaire par la faute d'un tiers ».*⁵⁴³

L'éventuel avantage offert par les constructeurs au maître de l'ouvrage par la réparation à neuf, découle directement de leur faute. Même si la réparation intervient sur un ouvrage construit après 10 ans. Une réparation à neuf des travaux anciens ne procure pas d'enrichissement sans cause, il n'y a donc aucune raison, justifiant un abattement pour vétusté.⁵⁴⁴

En l'espèce, une cour d'appel avait appliqué une vétusté de 28.8% à la réfection d'une toiture qui avait connu 8 ans d'utilisation normale de 1973, date de la réception à 1981, date de la première assignation. La cour d'appel laissait à la charge de la victime une partie des

⁵⁴³ Cass. 2^e civ., 16 déc. 1970, Bull. civ. II, n° 346, p. 265 ; Cass. 3^e civ., 17 avril 1991, Gaz. Pal. 1991-2 Pan., p. 196

⁵⁴⁴ Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, JCP, IV 2433 ; Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, Bull. civ. III, n° 85, p. 55 ; D. 1995, p. 413, note Raffi

coûts de réfection de la toiture tout en constatant que cette réfection était le seul moyen d'éviter la réapparition des désordres.

Comme Monsieur Jourdain,⁵⁴⁵ cette solution nous paraît logique si on considère que l'immeuble n'est pas une chose fongible comparativement à un bien qu'on peut trouver sur le marché. De ce fait, la réparation d'un immeuble endommagé n'est possible que, soit avec des matériaux neufs, soit avec une technique évoluée. De ce point de vue, la réparation est plus une nécessité qu'un enrichissement.

Madame Viney⁵⁴⁶ écrit à ce propos que la réparation ne tend pas seulement à effacer une perte patrimoniale, mais aussi à donner à la victime les moyens de remettre en état ou de remplacer le bien endommagé.

L'exclusion de l'abattement de vétusté en matière civile est une jurisprudence ferme et constante se perpétuant aujourd'hui. Ce qui n'est pas le cas en matière administrative, où l'abattement pour vétusté est appliqué. Le Conseil d'Etat se montre plus restrictif vis-à-vis des maîtres d'ouvrage que la Cour de cassation pour apprécier l'amélioration de l'ouvrage. Ainsi lorsque les travaux de réfection correspondent à des travaux qui auraient dû être prévus dès l'origine, le surcoût est laissé à la charge du maître de l'ouvrage public;⁵⁴⁷ mais encore lorsque l'ouvrage reconstruit est de meilleure qualité ou que le maître de l'ouvrage bénéficie de prestations supérieures ou supplémentaires par rapport au devis initial.⁵⁴⁸

B - La non prise en compte d'un abattement pour plus value

La revendication d'un abattement pour plus-value se traduit par l'amélioration qu'apportent les travaux de réparation. Le principe est assez similaire à celui de l'abattement pour vétusté.

La réparation des désordres, nous l'avons déjà vu, peut nécessiter, pour en éviter la reproduction, l'exécution ou l'installation d'un équipement non prévu initialement. Les assureurs et les constructeurs considérant que les maîtres d'ouvrage bénéficiaient d'une plus value sur leurs ouvrages lorsque les ouvrages initialement non prévus étaient laissés à leur charge. Ils ont essayé par plusieurs tentatives, de faire supporter au maître de l'ouvrage le

⁵⁴⁵ Jourdain (P), la réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime, RDI janv.-mars 1995, p. 5

⁵⁴⁶ Viney (G), Traité de droit civil, les effets de la responsabilité, sous la dir. de J. Ghestin LGDJ 2001, n° 100

⁵⁴⁷ CE 19 mars 1993, RDI 1993, p. 313

⁵⁴⁸ CE 24 janv 1990, SA Delaboudinière, Rev. de droit public, 1991, p. 312 ; RDI 1990, p. 209, obs. Terneyre ; CE 3 juin 1987, D. 1987, somm. 439, obs. P. Terneyre

coût des travaux non initialement prévus dans le devis initial notamment lorsque ceux-ci sont nécessaires pour assurer la pérennité de l'ouvrage. Mais la jurisprudence ne l'entend pas de cette oreille et considère selon une formule initiée depuis le 5 juillet 1956 et désormais constante que : « *L'exécution des travaux doit replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* ». ⁵⁴⁹

Selon la jurisprudence, le maître de l'ouvrage n'a pas à supporter le coût des éventuelles améliorations, lorsque les travaux réalisés sont nécessaires soit pour rendre l'ouvrage conforme à sa destination, ⁵⁵⁰ soit pour empêcher la réapparition des désordres. ⁵⁵¹

En effet, le principe de réparation intégrale, n'interdit pas que l'assuré retrouve après indemnisation et réparation un bien d'une valeur supérieure à celle de la valeur assurée. Il commande simplement que l'indemnité d'assurance ne dépasse pas les dommages réellement subis par l'assuré. En l'occurrence, l'ouvrage défectueux doit être réparé en sorte que le maître de l'ouvrage se retrouve avec un ouvrage exempt de vice. Le dommage subi par le maître de l'ouvrage comprend le coût de la démolition et de la reconstruction à l'identique (identité des plans, des volumes, de la distribution des pièces) mais avec des matériaux et selon des techniques propres à éviter de nouveaux désordres, même plus coûteux que ceux initialement employés. Ou encore le coût des travaux qui auraient dû être supporté par le maître de l'ouvrage s'ils avaient été intégrés dans le devis initial par les constructeurs.

La jurisprudence se montre donc hostile à une réduction de l'indemnité destinée à la réparation sous prétexte d'un enrichissement à la suite des travaux réalisés.

Plusieurs décisions s'inscrivant dans le sens d'une jurisprudence favorable aux maîtres de l'ouvrage, mettent ainsi à la charge des constructeurs le coût des travaux nécessaires pour résorber les désordres, même si cela procure aux maîtres de l'ouvrage une plus value. C'est le cas pour la reconstruction d'un mur de soutènement conformément aux règles de l'art, ⁵⁵² la réfection de parcs de stationnement avec une nouvelle conception d'ensemble et des matériaux plus résistants, donc de meilleure qualité, malgré que le maître de l'ouvrage ait exploité ce parc pendant près de dix ans, ⁵⁵³ la réfection d'un parking y

⁵⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 1956, Bull. civ. I, n° 283 ; Cass. 3^e civ., 22 oct. 2002, pourvoi, n° V 01-12.327, arrêt n° 1488 F-D, RDI janv. -fév. 2003 p. 91

⁵⁵⁰ Ass. Plén. 7 fév. 1986, Bull. civ. ass. Plén. n° 2 ; RDI 1986 p. 367, obs. P. Malinvaud et Boubli ; Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1987, Bull. civ. I, n° 25 ; Cass. 1^{re} civ., 22 janv 1989, Bull. civ. I, n° 354

⁵⁵¹ Cass. 3^e civ., 9 oct. 1991, Bull. civ. III, n° 231, p. 136

⁵⁵² Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, Bull. civ. III, n° 85, p. 55 ; D. 1994, jur. P. 413, note, Rémy Raffy

⁵⁵³ Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, Bull. civ. III, n° 86, p. 56 ; RTDC 1994, p. 118, obs P. Jourdain

compris le remblai instable réalisé précédemment par le maître de l'ouvrage;⁵⁵⁴ l'adjonction d'une ventilation mécanique contrôlée destinée à éliminer l'humidité;⁵⁵⁵ et la réalisation d'un cuvelage⁵⁵⁶ ou d'un couvre-joint.⁵⁵⁷

On relèvera toutefois que si le juge admet qu'une amélioration des ouvrages puisse procurer un enrichissement au maître de l'ouvrage, il insiste non seulement sur **le caractère nécessaire des travaux, mais aussi sur la nécessité de replacer la victime où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit**. Ce qui peut se traduire par la formule employée par Mazeaud et Chabas, que « *l'enrichissement de la victime est indissolublement liée à la réparation* ».

En revanche, si le dommage résulte d'un défaut d'entretien, il semblerait que le juge laisse à la charge du maître de l'ouvrage le coût des travaux nécessaires à la réparation. Ainsi lorsque le mauvais état d'un immeuble résulte d'un défaut d'entretien, il est normal que le propriétaire responsable subisse les conséquences de sa propre carence.⁵⁵⁸

Si la jurisprudence veille à ce que le maître de l'ouvrage obtienne une réparation intégrale, même si cela lui procure une amélioration, il veille également à ce que le maître de l'ouvrage n'obtienne que ce qui est nécessaire à la disparition des dommages. Ainsi, la jurisprudence a admis récemment non seulement, l'obligation pour le maître de l'ouvrage d'affecter les indemnités à la réparation des dommages mais aussi la possibilité pour l'assureur dommages ouvrage de répéter l'indu en cas de trop perçu.

⁵⁵⁴ Cass. 3^e civ., 11 oct. 2000, RDI 2001, p. 86

⁵⁵⁵ Cass. 3^e civ., 27 mai 1999, RDI 1999, p. 412

⁵⁵⁶ Cass. 3^e civ., 26 janv. 2000, AJDI 2000, p. 346 ; RDI 2000, p. 348

⁵⁵⁷ Cass. 3^e civ., 28 fév. 2001, RDI 2001, p. 173

⁵⁵⁸ Cass. 2^e civ., 31 mai 1989, Resp. civ. et assur. 1989, comm., n° 258, obs. H. Groutel

CHAPITRE II LES RESTRICTIONS A LA REPARATION INTEGRALE

Si la jurisprudence reste attentive à ce que le maître de l'ouvrage soit intégralement indemnisé dans son préjudice, elle exige que les indemnités soient affectées effectivement à la réparation des travaux et que l'assuré n'obtienne que ce qui lui est nécessaire pour enrayer le dommage.

Depuis longtemps, le débat doctrinal est animé par la question de savoir si l'indemnité doit être affectée à la réparation et si l'assureur est en droit de répéter l'indu pour cause d'enrichissement. Par deux décisions rendues le même jour le 17 décembre 2003,⁵⁵⁹ la jurisprudence a tranché nettement sur ces questions, par une innovation purement jurisprudentielle, découlant du pouvoir souverain d'interprétation de la loi.⁵⁶⁰

La jurisprudence rétablit l'équilibre entre les maîtres de l'ouvrage et l'assureur. Elle contribue à remettre le maître de l'ouvrage dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'était pas survenu, en application du principe de réparation la plus intégrale, et permet à l'assureur de ne payer que ce qui est nécessaire. Elle apporte une limite au principe indemnitaire, par l'affectation de l'indemnité aux réparations (Section1) et la possibilité pour l'assureur de répéter l'indu (Section 2).

SECTION 1 L' AFFECTATION DE L'INDEMNITE AUX TRAVAUX DE REPARATION

De manière générale, l'assurance dommages ouvrage est une assurance de chose, qui permet un financement rapide des dommages, puisque l'octroi de l'indemnité n'est pas conditionné par un débat préalable sur la responsabilité des constructeurs.⁵⁶¹ De ce que l'assurance dommages ouvrage assure des biens, la conséquence en est que « *c'est un contrat d'indemnité* ». ⁵⁶²

⁵⁵⁹ Bull. civ., III, n° 232; RDI mars-avril 2004, p. 158, obs. P. Dessuet

⁵⁶⁰ Zavaro (M) l'objet de l'assurance dommages ouvrage, RDI mars-avril 2006, p. 84

⁵⁶¹ Ambacher (M), L'indemnité que doit verser l'assureur dommages ouvrage est-elle subordonnée obligatoirement aux travaux de réparation ? RDI avril-juin 1993, p. 183

⁵⁶² Bigot (J) et Kullmann (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la dir. de J.Bigot, LGDJ 2002, p. 1125

Par principe, rien n'oblige, plus précisément aucun texte n'oblige l'assuré de destiner l'indemnité versée par son assureur à la réparation, à la reconstruction ou au remplacement du bien sinistré et assuré. La règle, en droit des assurances, est celle de la liberté du destinataire de l'indemnité. L'assureur ne contrôle pas l'emploi de la somme versée. Il est donc loisible au destinataire de l'indemnité de conserver la somme perçue ou de l'employer à une autre dépense sur le bien lui-même par exemple. L'assureur ne peut prétendre subir un quelconque préjudice.⁵⁶³

Cette règle fera l'objet d'exception en matière de construction. La Cour de cassation semble obliger le maître de l'ouvrage à affecter l'indemnité reçue de l'assureur de dommages ouvrage aux travaux de réparation. La doctrine reste partagée sur cette question. Pour tenter de comprendre la solution de la Cour de cassation, Il convient d'analyser d'abord la solution de droit commun, dont le principe est celui de la libre disposition des indemnités (§1), et ensuite la solution jurisprudentielle en matière d'assurance de dommages ouvrage, qui tend à l'obligation d'affecter les indemnités aux réparations (§2).

§1 Le principe de la libre disposition des indemnités en droit commun

Si en droit commun, le principe est celui de la libre disposition de l'indemnité, il existe néanmoins quelques exceptions.

A - Le principe

Quand on parle d'assurance de chose, il peut s'agir de l'assurance contre l'incendie, de dégâts des eaux ou encore contre le vol. Selon Monsieur Durry,⁵⁶⁴ il s'agit de l'acte de prévoyance type. Ainsi à l'occasion d'un sinistre, on pouvait penser que la victime serait pressée de faire reconstruire l'immeuble incendié ou d'acheter ou de remplacer le bien qui a été volé. Il se trouve qu'en pratique, ce n'est pas toujours le cas. S'est posée la question de savoir si l'assureur pouvait imposer à l'assuré, d'affecter le montant de l'indemnisation au remplacement ou à la réparation de la chose sinistrée.

⁵⁶³ Bigot (J), Traité du droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la dir. de J. Bigot, LGDJ 2002, p. 1125

⁵⁶⁴ Durry (G), L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de choses ?, Risques n° 59, sept. 2004, p. 135

Depuis un arrêt du 16 juin 1982,⁵⁶⁵ la jurisprudence a décidé au visa de l'article L 121-1 du Code des assurances que *« l'assurance relative aux biens étant, aux termes de ce texte, un contrat d'indemnité, l'assuré qui a droit au règlement de ladite indemnité, n'est pas tenu, sauf clause particulière, de l'employer à la remise en état de l'immeuble endommagé par incendie, ni de fournir de justifications à cet égard »*.

On peut également citer un arrêt de la troisième chambre civile du 2 décembre 2003,⁵⁶⁶ toujours sur le visa de l'article L 121-1 du Code des assurances, qui a décidé que : *« attendu que pour rejeter la demande d'indemnisation formée par M.X... au titre des plâtres endommagés, l'arrêt retient que seule la production d'une facture de travaux acquittée était de nature à justifier le préjudice subi à ce titre ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnisation du propriétaire d'un bien endommagé n'est pas subordonnée à l'exécution par celui-ci des travaux de restauration dont il demande réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé »*.

Selon Monsieur Ambacher dans son commentaire de l'arrêt du 16 juin 1982, mais qui peut aussi être valable pour la décision du 2 décembre 2003, il écrivait que *« l'indemnité d'assurance est destinée à réparer le préjudice subi par le patrimoine de l'assuré, à l'égard duquel chaque chose est envisagée comme une valeur »*.

« Le rôle de l'assurance est de faire rentrer dans le patrimoine une valeur équivalente à celle qui en était sortie, ce qui ne veut pas dire, bien entendu, qu'il doit s'agir de la même chose (réparée) ou d'une chose identique par (remplacement) ».

« Dès lors, la libre disposition de l'indemnité d'assurance est un aspect particulier du principe de la liberté de gestion du patrimoine. Si quelqu'un n'a pas fait assurer son immeuble contre l'incendie, rien ne l'oblige en cas de sinistre à prélever dans son patrimoine, la somme nécessaire aux réparations. Pourquoi devrait-il en aller différemment lorsque l'intéressé a reçu une indemnité d'assurance alors que, comme il s'agit d'une somme d'argent, dès qu'elle rentre dans le patrimoine, elle perd toute individualité et ne peut être rapportée à une chose déterminée ».

⁵⁶⁵ Cass.1^{re} civ., 16 juin 1982, pourvoi n° 81-13.080, arrêt n° 580, Bull. civ. I, n° 227 ; RGAT 1983, p. 344, note J.Bigot

⁵⁶⁶ Cass. 3^e civ., 2 déc 2003, pourvoi n° 02-17-106, cité P. Dessuet dans une chronique intitulée, l'obligation d'affecter le montant des indemnités d'assurance construction à la réparation de l'immeuble. Tout son contraire et le contraire de tout, RDI mars avril 2004, p. 161

Si le principe de la libre jouissance de l'indemnité est acquis en droit commun, il existe néanmoins quelques exceptions.

B - Les exceptions

La première exception découle de l'arrêt de principe du 16 juin 1982, qui laisse la place aux contractants de prévoir une « clause particulière ».

Celle-ci est surtout applicable pour les assurances incendie, et on parle généralement de « *l'assurance en valeur à neuf* ». ⁵⁶⁷ Cette clause signifie qu'en vertu du principe indemnitaire strictement appliqué, l'assuré perçoit non seulement la valeur du bien au jour du sinistre, mais bien la somme nécessaire à sa reconstruction ou à son remplacement effectif. ⁵⁶⁸ Autrement dit, l'assuré ne peut pas recevoir plus que la valeur d'usage de la chose au moment du sinistre, que la chose soit détruite ou que le coût des réparations excède cette valeur. Il semblerait cependant, qu'au nom du principe indemnitaire, « *la validité de la clause de valeur à neuf a été contesté, mais son utilité a semblé tellement grande, puisqu'elle seule permet à l'assuré de se retrouver concrètement dans la même situation qu'avant le sinistre, que la jurisprudence a toujours fermé les yeux sur cette entorse à l'article L 121-1 du code des assurances* ». ⁵⁶⁹ Il convient de préciser que cette assurance dite « en valeur à neuf », est assortie de l'obligation de reconstruire effectivement ; Sauf si l'assuré démontre qu'il a été obligé de le faire par exemple en raison de l'existence d'une servitude d'urbanisme.

La seconde exception à la libre jouissance de l'indemnité d'assurance découle des dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances, ⁵⁷⁰ qui prévoit que dans les assurances de catastrophes naturelles, la liberté d'emploi de l'indemnité d'assurance disparaît. Il s'agit d'une disposition d'ordre public qui ne supporte aucune clause conventionnelle contraire.

⁵⁶⁷ Ambacher (M), L'indemnité que doit verser l'assureur dommages ouvrage est-elle subordonnée obligatoirement aux travaux de réparations ? RDI avril-juin 1993, p.184 ; Bigot (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J. Bigot, LGDJ 2002, p. 1125

⁵⁶⁸ Durry (G), L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de choses ?, Risques n° 59, sept. 2004, p.136

⁵⁶⁹ Durry (G), note précitée, p. 136

⁵⁷⁰ Issue de la loi n° 95-101 du 2 fév. 1995, dite loi Barnier sur le renforcement de la protection de l'environnement, art ; 90, JO 3 fév. 1995

La jurisprudence semble donc aménager une troisième exception, qui s'applique en matière d'assurance dommages ouvrage.

§2 L'obligation d'affecter l'indemnité aux travaux de réparation en matière d'assurance de dommages ouvrage ?

Il convient tout d'abord, d'analyser les dispositions applicables et les positions doctrinales (A) et ensuite, d'analyser la solution jurisprudentielle (B).

A - Les dispositions applicables et les positions doctrinales

En effet, plusieurs textes semblent commander d'affecter les indemnités reçues de l'assureur aux travaux de réparation. Ces textes n'édicte en aucune façon une obligation expresse, même si cela est sous-entendu dans les textes.

Pour trouver les textes qui y font référence, il faut se tourner vers les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances qui précise que :

« ... L'assureur, présente dans un délai maximal... une offre d'indemnité revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destiné au paiement des travaux de réparation des dommages... ».

Et les dispositions de l'annexe II à l'article A 243-1 du même code organisant le préfinancement des travaux, énoncent au 4° obligations de l'assuré que :

« L'assuré s'engage à autoriser l'assureur à constater l'exécution des travaux de réparation des dommages ayant fait l'objet d'une indemnisation en cas de sinistre ».

Les auteurs n'ont pas la même lecture de la portée des textes. Pour certains, dont Monsieur Durry,⁵⁷¹ approuvé et cité par Monsieur Ambacher,⁵⁷² on peut lire : *« Il est frappant de constater que les rédacteurs de la clause type ont implicitement considéré que l'assuré ne pouvait pas utiliser les indemnités à d'autres fins que la réparation des*

⁵⁷¹ Durry (G), commentaire de la loi du 4 janvier 1978, RDI 1979, p. 293

⁵⁷² Ambacher (M), L'indemnité que doit verser l'assureur dommages ouvrage est-elle subordonnée obligatoirement aux travaux de réparation ?, RDI avril-juin 1993, p.185

désordres. A plusieurs reprises, la clause type prévoit ainsi que l'assuré s'engage à autoriser l'assureur à constater l'exécution des travaux de réparation. On a, sans doute, voulu éviter que l'indemnité ne soit dilapidée à d'autres fins. Mais c'est là négliger deux éléments importants. D'une part, **il n'existe pas un principe d'obligation pour l'assuré en dommages de réparer la chose couverte par l'assurance** : l'indemnité d'assurance est un élément de son patrimoine dont il peut disposer à sa guise. Faute pour le législateur d'avoir expressément dérogé à cette règle, ce qui eut été plus logique, les assureurs devront songer à imposer conventionnellement cette obligation à l'assuré... ». Mais toujours selon Monsieur Ambacher, il ne semble pas possible que l'assureur puisse imposer conventionnellement cette obligation à l'assuré, car « tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance... est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types... » (article L 243-8 du Code des assurances).

Pour Monsieur Groutel,⁵⁷³ « imposer à l'assuré d'utiliser l'indemnité versée à la réparation effective des dommages constitue une double infraction, tant au principe indemnitaire qui laisse libre l'assuré du droit de disposer de l'indemnité versée que du droit le plus élémentaire de disposer du bien dont on est propriétaire visé par l'article 544 du Code civil ».

En revanche pour Monsieur Bigot,⁵⁷⁴ l'obligation d'affecter l'indemnité aux travaux de réparation, évite un véritable « détournement de l'indemnité d'assurance ». Une réponse ministérielle⁵⁷⁵ a également été rendue dans ce sens.

En dépit de ces divergences de la doctrine, la Cour de cassation est venue dans une espèce rendue le 17 décembre 2003,⁵⁷⁶ trancher de manière nette et claire sur l'obligation pour l'assuré d'affecter les indemnités versées par l'assureur à la réparation de l'ouvrage endommagé.

⁵⁷³ Assurance construction : les mécomptes du maître de l'ouvrage, Resp. civ. et assur., 2004, chron. n° 6

⁵⁷⁴ La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la Construction, JCP G 1978, I, 2923, n° 49

⁵⁷⁵ Rép. Min. n° 30654, JO débats Sénat, 24 oct. 1979, p. 3452

⁵⁷⁶ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, pourvoi n° 02-19.034 (2^e espèce), Bull. civ. n° 232, p. 206

B- La solution jurisprudentielle

La Cour de cassation en obligeant l'assuré d'affecter l'indemnité aux travaux de réparation, apporte une dérogation par rapport au droit commun. Elle se fonde sur les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances, pour décider qu'elles :

« instituent une procédure spécifique de préfinancement des travaux de réparation des désordres de nature décennale d'un immeuble avant toute recherche de responsabilités, rendant obligatoire l'affectation de l'indemnité ainsi perçue à la reprise des désordres... ».

En l'espèce, un maître de l'ouvrage assuré en dommages ouvrage auprès de la société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP) a fait construire une maison individuelle. Après un premier sinistre dû à une inondation, ce maître de l'ouvrage a reçu une indemnisation destinée à réaliser un carrelage en sous-sol. Suite à un deuxième sinistre, il a perçu une indemnité de son assureur dommages ouvrage afin de procéder à la démolition du dallage et à la mise en place d'un radier apte à recevoir la pression de l'eau. Après un troisième sinistre, l'assureur dommages ouvrage a constaté que le maître de l'ouvrage n'avait pas réalisé les travaux préconisés lors du précédent sinistre et n'avait pas utilisé la totalité de l'indemnité perçue. Il a donc assigné le maître de l'ouvrage en restitution du trop perçu.

Par cette décision, la Cour de cassation tranche pour la première fois, de manière explicite sur l'obligation d'utiliser l'indemnité d'assurance pour financer les réparations nécessaires pour remédier aux désordres. Pour Monsieur Zavaro,⁵⁷⁷ cet arrêt illustre *« excellemment le pouvoir créateur de la jurisprudence ou constitue à tout le moins, un exemple parfait du pouvoir souverain d'interprétation de la loi dont dispose la Haute cour »*.

Pour une grande majorité de la doctrine,⁵⁷⁸ elle avait déjà semble-t-il amorcé cette approche dans une décision en date du 21 novembre 2001. Mais pour d'autres en revanche, notamment Monsieur Durry,⁵⁷⁹ la décision du 21 novembre 2001, n'est en rien un prélude à

⁵⁷⁷ Zavaro (M), L'objet de l'assurance dommages ouvrage, RDI mars-avril 2006, p.84

⁵⁷⁸ Cass. 3^e civ., 21 nov. 2001, Bull.civ. III, n° 132, p. 101; RGDA 2002, p. 412, obs. Périnet-Marquet; RDI 2002, p. 129, obs. G.Leguay ; Lamy assur. fév. 2002, note JP Karila ; Bigot (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002, p. 1125; Zavaro (M), L'objet de l'assurance dommages ouvrage, RDI mars-avril 2006, p. 83

⁵⁷⁹ L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de choses ?, risques n° 59, sept. 2004, p. 137-138

la décision du 17 décembre 2003 . Il dit qu'il faut en effet, *« un sérieux effort d'interprétation pour trouver dans cet arrêt l'affirmation même implicite de la règle nouvelle. Au demeurant, dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation ne figure, sous l'arrêt de décembre, aucun renvoi à la décision du 21 novembre 2001 »*.

Dans l'affaire du 21 novembre 2001, il s'agissait d' acheteurs de plusieurs villas qui avaient fait condamner l'assureur dommages ouvrage à leur payer des indemnités pour préfinancer les travaux de reprise des désordres décennaux qui affectaient leurs immeubles et avaient ensuite obtenu l'annulation de la vente. L'assureur soutenait que les bénéficiaires des indemnités n'avaient pas qualité pour recevoir ces indemnités en raison du caractère rétroactif de l'annulation de la vente et il demandait le remboursement des sommes versées. Les travaux ayant été effectués, les premiers juges ont considéré que les indemnités faisaient partie du patrimoine du vendeur censé n'avoir jamais été dépossédé de la propriété des immeubles. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt en rappelant dans l'attendu de principe que : *« les indemnités versées par la compagnie d'assurance... étaient destinées au préfinancement des reprises de désordre de nature décennale affectant les immeubles... et que, la compagnie d'assurance ne pouvait exciper du caractère rétroactif de l'annulation des vents pour réclamer le remboursement... »*.

L'assureur fondait son action en restitution d'indemnités, sur l'annulation de la vente et non sur la non affectation des indemnités à la réparation des désordres. Or dans l'espèce qui est commentée, c'est-à-dire l'arrêt du 17 décembre 2003, ce qui motive l'action de l'assureur, c'est bien le fait que les indemnités n'ont pas été affectées à la réparation des désordres. La jurisprudence en admet le principe d'une affectation des indemnités aux réparations en se fondant sur l'article L 242-1 du Code des assurances, qui institue: *« une procédure spécifique de financement des travaux de réparation des désordres de nature décennale d'un immeuble avant toute recherche de responsabilité rendant obligatoire l'affectation de l'indemnité ainsi perçue à la réparation des désordres »*. Cette solution est diversement appréciée par la doctrine.

Messieurs Leguay,⁵⁸⁰ Durry,⁵⁸¹ et Karila,⁵⁸² dans leurs observations, se réjouissent de cette décision dont ils considèrent qu'elle se situe pleinement dans l'esprit de la loi Spinetta, qui avait conçu l'assurance dommages ouvrage, comme destiné au préfinancement des travaux de réparation des désordres et exclusivement à cela.

Monsieur Dessuet⁵⁸³ quant à lui, est plutôt réservé sur le bien fondé de cette décision. Pour lui, cette décision constitue « *la création prétorienne d'un cas de déchéance de garantie, alors même qu'aucun texte ne le consacre expressément et que l'article L 112-4 du Code des assurances dispose que les déchéances doivent figurer en caractère très apparents dans la police, or on cherchera vainement cette clause particulière seule exception à la liberté d'utilisation, dont il était fait état dans l'arrêt précité rendu par la Cour de cassation en 1982* ».

D'un point de vue pratique, cette décision s'inscrit dans le courant de pensée tourné vers la volonté de rééquilibrer le système Spinetta. D'une part, il assure à l'assuré une réparation intégrale, d'autre part, il le responsabilise en l'obligeant à affecter effectivement l'indemnité à la réparation des désordres, sous peine d'une répétition de l'indu par l'assureur.

Mais du point de vue juridique, Monsieur Karila,⁵⁸⁴ fait justement remarquer la maladresse, au regard du droit applicable stricto sensu.

En effet, la Cour de cassation s'est fondée sur les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances pour casser la décision de la cour d'appel fondée qui s'appuyait quant à elle sur les dispositions de l'article L 121-17 du même Code. Qui semble plus adapté aux monuments historiques qu'aux immeubles courants. Cet article dispose en effet que : « *les indemnités versées en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti, peuvent être utilisées pour la remise en l'état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette, d'une manière compatible avec l'environnement dudit immeuble.*

Toute clause contraire dans les contrats d'assurance est nulle d'ordre public.

Un arrêté du Maire prescrit les mesures de remise en état susmentionnées, dans un délai de deux mois suivant la notification du sinistre au Maire par l'assureur ou l'assuré ».

⁵⁸⁰ Note sous arrêt 17 déc. 2003, RDI 2004, p. 54

⁵⁸¹ L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de chose. Risques, n° 59, sept. 2004, p.137

⁵⁸² Note sous arrêt 17 déc. 2003, RGDA 2004, p. 102

⁵⁸³ L'obligation d'affecter le montant des indemnités d'assurance construction à la réparation de l'immeuble.

Tout son contraire et le contraire de tout, RDI mars-avril 2004, p.162

⁵⁸⁴ Note sous arrêt 17 déc. 2003, RGDA, 2004, n° 1, p. 104

La Cour de cassation approuve la cour d'appel, qui énonce qu'en vertu de l'article L 121-17 du Code des assurances, que « *les indemnités versées en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti doivent être utilisées pour sa remise en état* ». Elle occulte par ailleurs le reste de l'article qui donne toute sa spécificité au texte destiné à la protection de l'environnement. A savoir que la remise en état doit s'effectuer « *d'une manière compatible avec l'environnement dudit immeuble* ». Ensuite, la Cour de cassation dit que l'article L 242-1 du Code des assurances institue « *une procédure spécifique de préfinancement des travaux de réparation des désordres de nature décennale d'un immeuble avant toute recherche de responsabilités rendant obligatoire l'affectation de l'indemnité ainsi perçue à la reprise des désordres* ». Or l'article susvisé ne dit absolument pas cela. Il dit simplement que « ... *l'assureur présente... une offre d'indemnité..., destinée au paiement des travaux de réparation des dommages...* ». Cet article ne fait pas allusion à la procédure de préfinancement dont parle la Cour de cassation, il faut se tourner vers la clause type (annexe II à l'article A 243-1), pour lire que « *le contrat a pour objet de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilité, le paiement des travaux de réparation des dommages* ».

Les dispositions de l'article L 121-17 du Code des assurances quant à elles, n'organisent pas non plus la procédure de préfinancement.

La Cour de cassation par cette décision, vise certes à responsabiliser les maîtres d'ouvrage, en apportant une dérogation au principe indemnitaire du droit commun, dans une procédure spécifique du droit de la construction. On déplore néanmoins l'amalgame qui est fait dans l'application des textes cités ou visés. En cela, on rejoint des auteurs qui ont pu exprimer la force du pouvoir créateur de la jurisprudence, notamment Ledru –Rollin⁵⁸⁵ qui disait que « *la jurisprudence comble les lacunes de la loi... Elle fait mieux, elle sait aller contra legem, elle secoue le joug de la loi...* ».

⁵⁸⁵ Préface à la 3^e édition du journal du palais 1837-1842, p. XVIII

SECTION 2 POSSIBILITE POUR L'ASSUREUR DE DOMMAGES D'OBTENIR LA RESTITUTION DE L'INDEMNITE PARTIELLEMENT INDU

En effet, l'article L 121-1 du Code des assurances qui pose le principe indemnitaire énonce que:« *L'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre* ».

Se pose la question de savoir s'il est possible pour l'assureur, qui a indemnisé son assuré, en l'occurrence le maître de l'ouvrage, d'agir en remboursement des sommes payées en cas de trop perçu ? A ne pas confondre avec l'action de l'assureur en remboursement de ce qu'il a payé contre le tiers responsable.

L'article 1376 du Code civil dispose que : « *celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui qui l'a indûment perdu* ». Par ailleurs, l'article 1377 du même Code énonce que « *lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débiteur, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier* ».

A priori, l'action personnelle de l'assureur en remboursement des sommes payées est possible et peut prendre deux formes : soit celle de la répétition de l'indu, soit celle de l'enrichissement sans cause.⁵⁸⁶ La troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis par un arrêt du 17 décembre 2003, que l'assureur dommages ouvrage était en droit d'obtenir la restitution de ce qu'il a versé au-delà de ce que la victime avait dû payer pour faire réparer les dommages de nature décennale (excédent d'indemnité injuste). Etant donné que la Cour de cassation s'est fondée sur le principe indemnitaire, qui dit l'indemnité due par l'assureur ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose au moment du sinistre, sans viser directement l'article 1376 du Code civil (relatif à l'action en répétition de l'indu), s'il faut déduire que l'action en restitution de l'assureur découlait directement de l'application du principe indemnitaire, ou pouvait-on aussi parler de répétition de l'indu ? Pour répondre à ces questions, Il convient dans un premier temps d'analyser les mécanismes de l'action en répétition de l'indu (§1), ensuite d'analyser l'application par la jurisprudence de l'action en restitution de l'indu en matière d'assurance dommages ouvrage (§2).

⁵⁸⁶ Bigot (J), Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002, p.1183

§1 Analyse du mécanisme de l'action en répétition de l'indu

Les fondements en matière d'action en répétition de l'indu, semblent controversés. Il a été avancé selon une première explication que la répétition de l'indu trouvait son fondement dans l'existence d'un quasi contrat (un quasi prêt), entre le quasi prêteur et le quasi emprunteur. Dans une seconde explication, il a été avancé que la répétition de l'indu serait une application de la théorie de l'enrichissement sans cause : le paiement suppose une dette. Si celle-ci fait défaut, la cause du paiement fait également défaut. L'obligation sans cause étant nulle et de nul effet (article 1131 du Code civil), le paiement doit être annulé et entraîner la restitution de ce qui a été payé à tort. Cette analyse a été critiquée au motif que *« les restitutions consécutives à une nullité ou à une résolution ne relèvent pas de la répétition de l'indu, mais seulement des règles de la nullité ou de la résolution. Pour deux raisons : 1°) pour qu'en ce cas, la restitution ait lieu, il n'est pas nécessaire qu'une erreur ait été commise par le solvens (débiteur de la dette), ce qui est exigé dans la répétition de l'indu. 2°) La nullité et la résolution ont des effets réels, c'est-à-dire qu'elles se répercutent sur les droits des tiers... alors que la répétition de l'indu est une action personnelle qui ne peut en principe atteindre le tiers ; elle est uniquement une relation entre le solvens et l'accipiens (créancier de la dette), non avec un tiers »*.⁵⁸⁷

Une troisième explication a été avancée, selon laquelle, la répétition de l'indu serait une application particulière de l'enrichissement sans cause, le solvens ayant enrichi sans cause, par son paiement, le patrimoine de l'accipiens.

Si les deux premiers fondements semblent inadaptés au contrat d'assurance dommages ouvrage, qui est un contrat d'indemnité, le troisième fondement en revanche semble approprié, encore faut-il définir l'enrichissement sans cause. La Cour de cassation par un arrêt du 17 décembre 2003 s'est fondée sur la théorie de la répétition de l'indu pour valider la demande d'un assureur.

⁵⁸⁷ Malaurie et Aynès, cités par J.Bigot, Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002, p.1183-1184

§2 Application jurisprudentielle de l'action en restitution de l'indu en matière d'assurance dommages ouvrage

Si l'article L 121-1 du Code des assurances, pose le principe de la réparation intégrale, elle énonce aussi que l'assuré ne doit pas s'enrichir grâce à son contrat d'assurance. La jurisprudence a rarement admis que les assureurs puissent répéter l'indu en cas d'enrichissement, du moins de manière générale dans le droit commun.

Cependant, Il a été jugé semble t-il pour la première fois, en matière d'assurance de dommages, qu'en vertu du principe indemnitaire, applicable aux assurances relatives aux biens, que l'indemnité due par l'assureur dommages ouvrage ne peut excéder ce qui est nécessaire à la réparation des dommages. Qu'en conséquence, l'assureur est en droit d'obtenir la restitution de ce qu'il versé au-delà de ce que la victime avait dû payer pour réparer ses dommages décennaux.

Sur le plan des principes, cette solution est de bon sens⁵⁸⁸ puisque l'article 121-1 du Code des assurances commande que l'assuré ne s'enrichisse pas grâce à l'assurance. Elle répond ainsi à la deuxième finalité du principe indemnitaire.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le courant qui aménage le droit des assurances en faveur des assureurs.⁵⁸⁹ En appliquant ce principe à l'assurance dommages ouvrage, on lui rend sa finalité première qui est de préfinancer les travaux nécessaires pour venir à bout des dommages décennaux. Ainsi si l'estimation des travaux de réparation excède ce qui est normalement nécessaire, il est donc logique que le superflu soit restitué à l'assureur.

Monsieur Dessuet,⁵⁹⁰ qui approuve cette solution de bon sens, fait néanmoins remarquer, que cette solution risque de poser des problèmes pratiques. Il émet l'hypothèse selon laquelle, il est possible que le préjudice ait été justement évalué, mais que l'assuré soit tenté de faire des économies sur les travaux de réparation en recourant à une entreprise moins compétente et qui pratique des prix anormalement bas. En l'espèce justement, l'utilisation de l'indemnité pour réparer les désordres avait en quelque sorte, révélé une surélévation de l'indemnité et, donc, un enrichissement. Il se demande s'il ne serait pas plus judicieux de mettre l'assuré, maître de l'ouvrage, face à ses responsabilités en vertu des risques qu'il prend, plutôt que de permettre à l'assureur de répéter l'indu ?

⁵⁸⁸ Lesage (F), Le contrat d'assurance dommages ouvrage est à la recherche de son droit, RGDA 2005, p.348 ; Dessuet (P), L'obligation d'affecter le montant des indemnités d'assurance construction à la réparation de l'immeuble. Tout son contraire et le contraire de tout, RDI mars avril 2004, p.161

⁵⁸⁹ Lesage (F), note précitée, p.347

⁵⁹⁰ Dessuet (P), note précitée, p. 161

Pour lui, ce trop perçu devrait être considéré comme le prix du risque et non comme un enrichissement.

D'autres⁵⁹¹ en revanche posent la question de savoir s'il ne serait pas mieux de fonder l'enrichissement sans cause sur l'excédent d'indemnité injuste, plutôt que sur la répétition de l'indu ?

La jurisprudence va néanmoins réitérée cette solution⁵⁹² de la répétition de l'excédent. La Cour de cassation a validé le droit, pour l'assureur de dommages, de répéter l'excédent d'indemnité d'assurance non utilisé par l'assuré; Elle a considéré en vertu du principe indemnitaire posé par l'article L 121-1 du Code des assurances que « *l'indemnité due ne peut excéder le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages* » et que l'action en répétition, qui ne résulte pas des stipulations de la police, n'est pas soumise à la prescription biennale édictée par l'article L 114-1 du Code des assurances.

Si la réparation reste un élément fondamental du système Spinetta, nous avons vu tout au long de ces lignes que la jurisprudence tente de concilier deux logiques opposées. Celle d'apporter d'une part, la garantie d'une réparation intégrale au maître de l'ouvrage, d'autre part, d'aménager le droit en faveur de l'assureur, lui permettant d'équilibrer ses comptes. Il peut ainsi répéter l'indu si les indemnités versées procurent un enrichissement au maître de l'ouvrage. Cette solution responsabilise le maître de l'ouvrage, l'obligeant ainsi à affecter les indemnités à la réparation des sinistres.

⁵⁹¹ Article sans nom, L'assureur de dommages peut répéter le trop perçu, Mon. TP 2005, p. 123

⁵⁹² Cass. 3^e civ., 3 mars 2004, D. 2004, p. 848 ; RDI mars-avril 2004, p. 164, note P. Dessuet

TITRE II

UN DESEQUILIBRE RELATIF RESULTANT DES DIFFICULTES LIEES AU FONCTIONNEMENT DE L'ASSURANCE CONSTRUCTION

La loi du 4 janvier 1978 avait mis en place un système d'assurance dit à double détente.

Ce système consistait pour l'assureur dommages ouvrage de préfinancer les travaux de réparation, ensuite de se retourner contre les constructeurs présumés responsables ou leurs assureurs pour récupérer les fonds avancés : c'est le mécanisme de la subrogation. Mais très vite ce système est apparu inadapté dans certaines situations, contribuant ainsi à anéantir les recours de l'assureur, l'obligeant à supporter seul la charge finale des sinistres. Mais la jurisprudence va atténuer cette absence de recours en admettant la subrogation anticipée. Ce qui nous amène à étudier dans un premier temps, les difficultés liées à la mise en œuvre de la subrogation (Chapitre I), et dans un second temps, la sauvegarde du recours subrogatoire de l'assureur de dommages (Chapitre II).

CHAPITRE I LES DIFFICULTES LIEES AU MECANISME DE LA SUBROGATION : D'UNE GARANTIE DE PREFINANCEMENT A UNE GARANTIE DE FINANCEMENT

De manière générale en droit commun, « *la subrogation est la substitution qui s'opère d'un créancier à un autre à l'occasion d'un paiement ; par ses effets, le créancier subrogé acquiert la créance qui fait l'objet du paiement avec tous ses accessoires mais en revanche, il ne peut jamais réclamer plus qu'il n'a payé, car la subrogation n'est jamais une opération spéculative* ». ⁵⁹³ Ces règles fondamentales de droit commun (Article 1251 al. 3 du Code civil) se retrouvent également dans la subrogation légale instituée par l'article L 121-12 du Code des assurances. ⁵⁹⁴ Ainsi, en matière d'assurance, après avoir versé à l'assuré l'indemnité qu'il devait lui régler en application des garanties de son contrat, l'assureur de dommages sera subrogé de plein droit dans tous les droits et actions que son assuré détenait à l'encontre des responsables des dommages et éventuellement leurs assureurs, grâce au mécanisme juridique de la subrogation personnelle qui lui est consenti par les dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances. ⁵⁹⁵ Le recours subrogatoire se caractérise d'une part, par le paiement de l'assureur qui fonde son recours, d'autre part, par l'action en responsabilité dans laquelle il s'est substitué. ⁵⁹⁶

Ce mécanisme adopté par la loi Spinetta, mais emprunté au droit commun de l'assurance, n'est que la contrepartie naturelle de l'intervention rapide et satisfaisante de l'assureur dommages ouvrage. ⁵⁹⁷

Comme l'a écrit Monsieur Lesage, ⁵⁹⁸ le préfinancement est à la fois un principe et un mécanisme.

⁵⁹³ Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p.441

⁵⁹⁴ « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.

« L'assureur peut être déchargé en tout ou partie de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur »

⁵⁹⁵ Chétivau (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur., fasc. 540-20, n° 64 ; Bigot (J), Traité du droit des assurances, le contrat d'assurance, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002, p. 1147 ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, n° 1743, Argus de l'assurance 8 nov. 1996, p. 40 ; Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, Bull. civ., III, n° 27, p. 16

⁵⁹⁶ Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz 2005, p. 441

⁵⁹⁷ Lesage (F) et Cascio (AM), la problématique du recours subrogatoire en fin de période de garantie, PA 23 nov. 1999, n° 233, p. 15

⁵⁹⁸ Le contrat d'assurance dommages ouvrage est à la recherche de son droit, RGDA 2005, p. 17

En tant que principe, c'est le financement des travaux de réparation en dehors de la recherche des responsabilités.

En tant que mécanisme, c'est la fiabilisation du recours de l'assureur dommages ouvrage en tant que juste récompense du respect du principe.

Si le mécanisme de la subrogation paraît clair en théorie, tel n'est pas le cas en pratique. Il se trouve que sa mise en œuvre n'est pas aussi simple. Cette subrogation légale de l'article L 121-12 du Code des assurances, lorsqu'elle est exercée par l'assureur dommages ouvrage, à l'encontre des responsables et de leurs assureurs successifs, n'est pas sans se heurter à des difficultés pratiques. A cet égard, il n'est pas certain que les règles contraignantes des assurances obligatoires se concilient harmonieusement avec l'exercice du droit de subrogation de l'assureur⁵⁹⁹. L'assureur dommages ouvrage ne récupère pas toujours la contrepartie des sommes qu'il a avancées. Autrement dit, il n'a pas toujours la possibilité d'exercer son recours à l'encontre des constructeurs responsables. D'une part, en raison des exceptions prévues à l'article L 241-1 du Code des assurances (prise en charge par l'assureur dommages ouvrage des désordres avant et après réception) accentuées par une application extensive de la force majeure exonératoire, des contraintes découlant de l'inobservation du délai de 60 jours. D'autre part, en raison du silence de la loi sur le moment de la déclaration de sinistre, du comportement des assurés, des déclarations tardives, ou en raison de la prise en charge de certains désordres déclarés après expiration du délai décennal par le jeu de la prescription biennale.

Dans ces hypothèses, le mécanisme perd ainsi ses caractéristiques originelles d'équité et de bienveillance.⁶⁰⁰ Ainsi, le système dit à double détente fait place à la simple détente. Autrement dit, d'un système de préfinancement, on passe à un système de financement, puisque l'assureur dommages ouvrage supporte en définitive, la charge finale des réparations.

Les difficultés pratiques de la subrogation trouvent leur source d'une part, dans les applications jurisprudentielles limitant le recours subrogatoire (Section 1) et d'autre part, par les menaces pesant sur le recours subrogatoire (Section 2).

⁵⁹⁹ Brunier-Crespy (L), recherches sur la subrogation de l'assureur (en ligne sur Google)

⁶⁰⁰ Mestre (J), la subrogation personnelle, LGDJ 1979

SECTION 1 LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES LIMITANT LE RECOURS

SUBROGATOIRE

Comme c'est souvent le cas dans cette matière, le législateur a prévu le recours subrogatoire des assureurs dommages ouvrage, sans pour autant l'organiser. Il faut se tourner vers les clauses types pour y voir une allusion. Elles ne prévoient pas davantage les conditions d'exercice de cette action, mais renvoient aux dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances. Il appartenait donc à la jurisprudence de préciser les conditions d'exercice de ce recours. La Cour de cassation va dans un premier temps appliquer strictement les dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances, et ensuite s'assouplir.

Pour aborder les applications jurisprudentielles limitant le recours subrogatoire, il convient d'abord d'analyser brièvement le contenu des textes relatifs à la subrogation (§1) et ensuite l'application extensive des exceptions prévues par l'article L 242-1 du Code des assurances (§2).

§ 1 Analyse du contenu des textes relatifs à la subrogation

Nous savons que la loi Spinetta a mis un système d'assurance dit à double détente. Il consiste dans un premier temps pour l'assureur dommages ouvrages de préfinancer les travaux de réparation et dans un second temps, de se retourner contre les constructeurs responsables ainsi que leurs assureurs de responsabilité.

Ce recours des assureurs dommages ouvrage constitue donc la deuxième détente du système. Seulement, lorsqu'on lit les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances, relatives à l'assurance dommages ouvrage, que ce soit dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1978, que des modifications successives, ce recours subrogatoire n'est pas explicitement défini. Il faut se tourner vers les clauses types (Art. A 243-1, annexe II, 5°, a, c) pour y voir une allusion. Or le succès de ce recours subrogatoire fait partie des éléments essentiels nécessaires à l'équilibre du système Spinetta. Dès lors, faute de cette organisation, on peut comprendre les incertitudes entourant la mise en œuvre de ce recours et les difficultés des assureurs dommages ouvrage pour le faire prospérer.

En effet, c'est en se penchant sur la clause type, notamment au paragraphe concernant les obligations qui incombent à l'assuré et à l'assureur, qu'il est fait référence à la subrogation.

S'agissant des obligations de l'assuré, il doit tout faire pour que le recours de l'assureur plus tard prospère. Il s'engage ainsi « à autoriser l'assureur à accéder à tout moment au chantier pendant la période d'exécution de l'opération de construction... à prendre les dispositions nécessaires dans les contrats et marchés à passer avec les réalisateurs ayant la responsabilité de la garde du chantier », « à autoriser ladite personne (l'expert contractuel) à pratiquer les investigations qui lui apparaîtraient nécessaires en vue de l'établissement, à l'intention de l'assureur, d'un rapport complémentaire qui, reprenant les conclusions du rapport d'expertise définies au B 1° c et b en approfondit, en tant que de besoin, l'analyse, en vue notamment de la recherche des faits générateurs du sinistre et des éléments propres à étayer **le recours de l'assureur** ». ⁶⁰¹

S'agissant des obligations qui incombent à l'assureur qui reçoit une déclaration de sinistre, ce dernier s'engage selon les dispositions de la clause type, ⁶⁰² « (...) envers l'assuré à donner à l'expert les instructions nécessaires pour que les réalisateurs, les fabricants au sens de l'article 1792-4 du Code civil et le contrôleur technique, ainsi que les assureurs couvrant leur responsabilité professionnelle et celle de l'assuré soient, d'une façon générale, consultés pour avis par ledit expert, chaque fois que celui-ci l'estime nécessaire et, en tout cas, obligatoirement avant le dépôt entre les mains de l'assureur de chacun des deux documents définis en c... (Rapport préliminaire et Rapport d'expertise ci-dessus visés) ...et soient, en outre, systématiquement informés par lui du déroulement des différentes phases du constat des dommages et du règlement des indemnités ».

On déduit donc de la lecture de ce texte que, la clause type organise déjà le futur recours de l'assureur dommages ouvrage. L'assureur a l'obligation de faire recueillir l'avis des constructeurs ainsi que leurs assureurs. Ce texte prévoit également l'opposabilité des opérations d'expertise contractuelle aux constructeurs au sens des dispositions des articles 1792 ; 1792-2 et 1792-4 du Code civil. D'autant plus que c'est sur la base de ce rapport d'expertise que l'assureur est « tenu de notifier à l'assuré, pour information de celui-ci, la position définitive qu'(...) il estime devoir prendre en ce qui concerne l'exercice du droit de subrogation ouvert à son profit par l'article L 121-12 ».

Ces dispositions insistent sur les obligations des parties (assuré et assureur Dommages ouvrage), pour faire prospérer ou optimiser plus tard le recours subrogatoire. En revanche, le

⁶⁰¹ Art. A 243-1 Code des assurances, annexe II, intitulé obligations réciproques des parties, § A Obligations de l'assuré en cas de sinistre, 5°, a , c

⁶⁰² Art. A 243-1 Code des assurances, annexe II, intitulé obligations réciproques des parties, § B Obligations de l'assureur en cas de sinistre, 1°, b

texte ne dit rien sur la mise en œuvre de cette subrogation. Elle renvoie simplement aux dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances.

En effet, on peut penser que ce recours, qui renvoie pour la mise en œuvre aux dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances, se fera naturellement. Tel n'est pas le cas. En pratique, il est parfois difficile de justifier de la qualité de subrogé et la preuve du paiement, conditions nécessaires à une subrogation efficace. Ce sera le cas lorsque l'assureur intervient en cours de chantier, en cas d'inexécution des obligations ou lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire.

§2 Application extensive des exceptions découlant des dispositions de l'article L 241-1 du Code des assurances : les dommages survenus avant et après la réception des travaux

Nous avons vu précédemment que ce sont les clauses types qui font allusion au recours subrogatoire par renvoi aux dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances.

En principe, l'assureur dommages ouvrage n'est subrogé dans les droits et actions du bénéficiaire de l'assurance qu'à concurrence de l'indemnité contractuellement due qu'il lui a réglée. Cette action doit prospérer une fois qu'il est démontré la responsabilité des constructeurs au sens des articles 1792 et suivants du Code civil et que la paiement de l'indemnité à l'assuré est intervenu. Nous verrons qu'en pratique, non seulement, il n'est pas toujours facile de remplir ces conditions, mais que certaines dispositions du Code des assurances empêcheront l'assureur dommages ouvrage de tout recours.

Les dispositions de l'article L 242-1 du Code des assurances, relatives à l'assurance dommage ouvrage, énoncent :

« Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage..., fait réaliser des travaux de bâtiment, doit souscrire...une assurance garantissant en dehors de toute recherche de responsabilité, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 à 1792 du Code civil...

*L'assurance mentionnée au premier alinéa du présent article prend effet après l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement visé à l'article 1792-6 du Code civil. Toutefois, **elle garantit le paiement des réparations nécessaires** lorsque :*

- **avant** la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci de ses obligations.
- **après** la réception et après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations ».

Il découle de ce texte que l'assureur supporte seul la charge finale des réparations, en cas d'inexécution des obligations en cours de chantier. La jurisprudence se livre à une interprétation extensive de ces exceptions, en modulant les conditions de mise en demeure ou de résiliation exigées par l'article L 242-1 du Code des assurances, pour les dommages survenus avant la réception en cas de liquidation judiciaire (A), ou pour les dommages réservés à la réception (B).

A - Les dommages survenus avant la réception : en cas de liquidation judiciaire, la mise en demeure n'est pas nécessaire.

Certains dommages survenus avant la réception des travaux exposent l'assureur dommages ouvrage à l'exercice d'un recours incertain. Il s'agit notamment de l'hypothèse de **redressement ou liquidation judiciaire** d'une entreprise en cours de chantier.

Selon les dispositions de l'article L 241-1 du Code des assurances tel que nous l'avons brièvement énoncé plus haut, cette hypothèse ne figure pas au rang des exceptions de prise en charge par l'assureur dommages ouvrage des dommages survenus dans cette période. Mais la Cour de cassation comme c'est souvent le cas dans cette matière a appliqué de manière extensive cette disposition, comblant ainsi une lacune de la loi.

Alors qu'il était prévu qu'après mise en demeure restée infructueuse, le contrat conclu avec l'entrepreneur était résilié pour inexécution, par celui-ci de ses obligations. La Cour de cassation a décidé que l'exigence d'une mise en demeure n'était pas nécessaire. Elle a

considéré que l'exigence de cette mise en demeure n'était pas nécessaire dans la mesure où l'entrepreneur en liquidation des biens était dans l'impossibilité d'intervenir.⁶⁰³

Plus précisément, les conditions de la réparation sont réunies et la garantie applicable, si l'entrepreneur est en état de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, et s'il a fait l'objet antérieurement ou concomitamment d'une mise en demeure restée infructueuse. En somme, l'état de redressement ou de liquidation judiciaire, de l'entrepreneur équivaut à une résiliation de fait du contrat de louage d'ouvrage.⁶⁰⁴

B - La réparation des dommages réservés à la réception

L'obligation de financer les désordres réservés sont susceptibles de rester une charge définitive pour l'assureur dommages ouvrage, lorsque l'assuré de responsabilité est en redressement judiciaire, ou alors se trouve dépourvu d'une assurance de garantie obligatoire.

Dans ces hypothèses, l'efficacité du recours subrogatoire ne dépend que de la solvabilité de cet assuré⁶⁰⁵. D'ailleurs en cas de redressement judiciaire, les dispositions de l'article L 243-7 du Code des assurances, dans leur rédaction issue de la loi du 4 janvier 1978, modifiée par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 énoncent que :

« Les victimes des dommages prévus par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 ont la possibilité d'agir directement contre l'assureur du responsable desdits dommages, si ce dernier est en redressement judiciaire ».

Cette disposition bénéficie également à l'assureur dommages ouvrage, sous réserve qu'il reste encore des fonds après l'indemnisation des créances prioritaires pour qu'il puisse récupérer les fonds qu'il a lui-même avancés.

Dans cette hypothèse, pour la première chambre civile, la seule condition permettant l'application de l'article L 242-1 alinéa 2 du Code des assurances est la nécessité d'une mise

⁶⁰³ Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1989, RDI juil. - sept. 1989, p. 377, obs. G. Leguay Sté Lilloise d'assurance et de réassurance c/ SCI Jamin

⁶⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, RGAT 1989, p. 583, obs. J. Bigot ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, RGDA 1998, p. 277, obs. JP. Karila

⁶⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1991, Gaz.Pal. déc. 1991, 2, panor., Cass. p. 259, n° 339 ; 4 juin 1991, Gaz. Pal. 1991, panor. Cass. p. 243

en demeure demeurée infructueuse, la résiliation du contrat n'est pas en effet exigée.⁶⁰⁶
Même une **assignation en référé** suffit et vaut mise en demeure.⁶⁰⁷

En revanche, pour la troisième chambre civile, il faut non seulement justifier de l'envoi d'une mise en demeure aux constructeurs concernés, mais du caractère décennal des désordres.⁶⁰⁸

La justification du caractère décennal des désordres, n'est pas sans emporter des conséquences au regard de la sanction découlant de l'inobservation des délais légaux. L'assureur dommages ouvrage plutôt que de préfinancer la réparation des désordres décennaux, va devoir financer des désordres dépourvus de caractère décennal, par conséquent qui ne relèvent pas forcément de l'assurance obligatoire.

§3 L'incidence des sanctions découlant du non respect des délais de notification et de règlement sur la subrogation

Le législateur a mis en place un formalisme obligatoire auquel est soumis l'assureur dommages ouvrage lorsqu'il reçoit une déclaration de sinistre. Cette procédure est assortie de délais précis dont le non-respect implique des sanctions sévères à l'égard de l'assureur et la possibilité pour l'assuré d'engager les dépenses nécessaires à la réparation des désordres. Il résulte de l'étude de la jurisprudence que le juge apprécie de manière très stricte ce formalisme. Il convient de rappeler brièvement ce formalisme et de voir ensuite les conséquences qui en découlent.

A- Le formalisme imposé à l'assuré et à l'assureur de dommages par les clauses types en cas de sinistre

En complément de l'article L 242-1 du Code des assurances, les clauses types, figurant à l'annexe II de l'article A 243-1 du même code, au § obligations réciproques des parties, définissent précisément au A, 2° a) à f) les obligations de l'assuré. Il doit fournir à l'assureur, les éléments caractéristiques du risque, ainsi que tous les renseignements qui lui permettent la gestion du risque et de ses recours. Au B, les clauses types décrivent les obligations qui incombent à l'assureur en cas de sinistre. C'est la procédure contractuelle.

⁶⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, RGAT 1991, p. 591, obs. J. Bigot juil-sept. 1991 p. 360 ; D. 1991, p. 431, obs. Ph. Dubois.

⁶⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, RGDA 1998, p. 94, obs. H. Périnet-Marquet ; const. urb. fév. 1998, n° 61 p.13

⁶⁰⁸ Cass. 3^e civ., 5 janv. 1994, RGAT 1994, p. 555, obs. A. D'hauteville

1. les obligations de l'assuré

Lorsqu'un sinistre⁶⁰⁹ survient, c'est-à-dire « *la survenance de dommages, au sens de l'article L 242-1 du Code des assurances, ayant pour effet d'entraîner la garantie de l'assureur* », l'assuré ou encore le bénéficiaire de la garantie c'est-à-dire le propriétaire au jour du sinistre, doit déclarer sa créance. Le bénéficiaire de la garantie peut l'être par subrogation mandat ou par cession de créance, ou par celui qui vient en ses droits, tel son avocat.⁶¹⁰ Conformément aux dispositions de l'arrêté du 7 février 2001,⁶¹¹ la déclaration de sinistre est réputée constituée, si elle comporte au moins le numéro du contrat d'assurance, le cas échéant, celui de l'avenant ; le nom du propriétaire de la construction endommagée ; l'adresse de la construction endommagée ; la date de réception ou, à défaut, la date de la première occupation des locaux ; la date d'apparition des dommages ainsi que leur description et localisation. Il a été jugé que seuls les dommages déclarés, entraîneront les obligations d'instruction de la part de l'assureur et l'assuré doit faire preuve de suffisamment de précision dans la description et la localisation des dommages pour que l'assureur puisse remplir ses obligations.⁶¹² La transmission de la déclaration de sinistre n'est assortie d'aucun délai, ni même d'une clause de déchéance en cas de transmission tardive. Mais en cas d'action judiciaire engagée postérieurement au délai de deux ans à compter de la survenance du dommage, l'assuré risque de se voir opposer la fin de non recevoir tirée de la prescription édictée par l'article L 114-1 du Code des assurances.⁶¹³ Les obligations qui incombent à l'assuré ne semblent pas être très lourde de conséquence. Ce qui n'est pas le cas pour l'assureur défaillant, qui peut se trouver dans des situations délicates.

⁶⁰⁹ Art. h) annexe II à l'article A 243-1 Code des assurances (Clauses types applicables aux contrats d'assurance dommages)

⁶¹⁰ Chétivaux (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur., n° 45

⁶¹¹ JO 8 fév. 2001, p. 2151, qui s'est substitué à l'arrêté du 30 mai 1997 annulé pour des raisons formelles par le Conseil d'Etat le 13 septembre 2000 (Juris-data n° 2000-061024)

⁶¹² CA Paris, 19^e ch. 12 avril 2002, Juris-data n° 202-174972 ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 269, cité par Mme Chétivaux, Juris-classeur Resp. civ. et assur. n° 45

⁶¹³ Voir §2 du Chapitre 2, titre 2, première partie

2. Les obligations de l'assureur

Dès réception de la déclaration de sinistre adressée par l'assuré, l'assureur dommages doit respecter la procédure contractuelle d'instruction et d'indemnisation des dommages telle qu'elle est instituée par les clauses types.⁶¹⁴ Le premier acte consiste à désigner un expert contractuel, qui relève du libre choix de l'assureur depuis l'arrêté du 16 août 1984.⁶¹⁵ Cependant, l'assuré peut user d'une double faculté de récusation. A l'issue du deuxième refus manifesté par l'assuré, l'expert contractuel est alors désigné par le juge des référés, saisi sur simple requête présentée par l'assureur. Cet expert désigné par le magistrat, peut être choisi sur la liste des experts judiciaires ou sur celle ayant obtenu l'agrément de l'assureur dommages ouvrage. La mission de l'expert doit être conforme à ce qui est prévu par les clauses types.⁶¹⁶

L'intervention de l'expert, est importante, car de ses conclusions dépend l'issue du litige. La mission type d'un expert dans le cadre d'un procès en construction ou dans le cadre de la procédure contractuelle, est de constater les désordres, d'en rechercher les causes, de déterminer les responsabilités, de proposer des remèdes et de chiffrer les réparations. L'intervention de l'expert est consigné dans trois documents : le rapport préliminaire, le rapport d'expertise et le rapport complémentaire.

Le rapport préliminaire comporte l'indication descriptive et estimative des mesures conservatoires jugées nécessaires à la non aggravation des dommages, les indications sommaires sur les circonstances et les caractéristiques techniques du sinistre ainsi que, s'il y a lieu, les observations de l'assuré afin de respecter le caractère contradictoire. (§ B 1°-a) Ce rapport doit être transmis à l'assuré, préalablement à la notification de la prise de position de l'assureur quant à la mise en jeu des garanties que l'assureur doit notifier dans le délai de 60 jours à compter de la déclaration de sinistre; il en va de même pour le rapport d'expertise qui doit être notifié dans le délai de 90 jours (§ B, 1°,c b). Nous verrons dans la suite des développements que l'inobservation par l'assureur de ces délais, sont lourdes de conséquences pour lui. La jurisprudence donnera aussi des précisions pour la computation des délais de transmission des rapports.

On précisera, que l'arrêté du 7 février 2001 a prévu deux circonstances qui dispensent l'assureur, de la procédure d'instruction. La première, c'est l'hypothèse où l'assureur évalue

⁶¹⁴ Chétivaux 5SC), Assurances terrestres, juris-classeur, Resp. civ. et assur., n° 50

⁶¹⁵ JO 28 août 1984

⁶¹⁶ TGI Bordeaux, 31 mai 1985, RGAT 1986, p. 397, note J. Bigot ; Gaz. Pal. 1986, 2, p. 539, note S.C Chétivaux

le dommage à un montant inférieur à 1829,39 euros, sachant que si plusieurs dommages sont déclarés, cette évaluation doit s'apprécier pour chacun des dommages.⁶¹⁷ La seconde hypothèse, c'est celle où l'assureur estime que la mise en jeu de la garantie est manifestement injustifiée.

B - L'appréciation de l'inobservation du formalisme imposé à l'assureur

1. L'obligation de respecter les délais de 60 ou 90 jours pour prendre position

Il résulte des dispositions de l'article L 242-1 alinéa 5 du Code des assurances que :

« Lorsque l'assureur ne respecte pas l'un des délais prévus aux deux alinéas ci dessus (60 et 90 jours) ou propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, l'assuré peut, après l'avoir notifié à l'assureur, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal ».

Ces dispositions sanctionnent la négligence de l'assureur dommages ouvrage. Cette sanction qui emporte déjà des conséquences lourdes à l'encontre de l'assureur trouve sa complexité dans la contradiction qui existe entre la clause type figurant à l'annexe II de l'article A 243-1 du Code des assurances qui organise de manière très précise la procédure d'indemnisation en cas de sinistre et l'article L 242-1 du même Code.

Il se trouve que la loi vise les travaux nécessaires à la réparation des dommages, tandis que la clause type quant à elle, envisage les mesures conservatoires nécessaires à la non aggravation des dommages.

Face à cette contradiction, voire à cette incertitude, le juge applique au gré des espèces tantôt les clauses type, tantôt les dispositions de l'article L 241-1 du Code civil et parfois, il fait une application combinée des clauses types et de la loi. Ce qui, juridiquement n'est pas toujours cohérent. Car en vertu du respect du principe de la hiérarchie des normes, pour simplifier les choses, les termes de la loi devaient prévaloir sur ceux de la clause type.

⁶¹⁷ Chétivau (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur. n°45

En tout état de cause, quelle que soit l'application faite par la jurisprudence, les conséquences de cette sanction sont très lourdes pour l'assureur dommages ouvrage. Elles l'empêchent d'exercer son recours subrogatoire, paralysant ainsi toute action de sa part. Autrement dit, le silence gardé par l'assureur pendant le délai de 60 jours emporte définitivement obtention de la garantie, conférant à l'assuré « *un droit acquis à garantie* » qui se prescrit alors par deux ans.⁶¹⁸

Par application de cette sanction, l'assureur dommages ouvrage est ainsi déchu de la possibilité de formuler toute contestation de forme ou de fond.⁶¹⁹ Il ne peut plus invoquer le plafond de garantie contractuel ou de limitation contractuelle de garantie.⁶²⁰ Sa garantie est due même si certains dommages déclarés ne relèvent pas des garanties dites obligatoires, c'est à dire du risque décennal.⁶²¹ La seule issue possible dans ce cas serait une action fondée sur la responsabilité contractuelle des constructeurs pour faute prouvée⁶²² et sans qu'il soit possible de rechercher la nature des dommages déclarés.⁶²³

2. L'appréciation des règles de décompte des délais de 60 et 90 jours

S'il est acquis que la loi fixe le point de départ du délai de 60 jours à la date de réception par l'assureur de la déclaration de sinistre du bénéficiaire de l'assurance, tel n'est pas le cas en ce qui concerne sa date d'échéance. La Cour de cassation a tranché sur cette question dans un arrêt en date du 18 février 2004.⁶²⁴

En fait, la question qui se pose est de savoir si le terme du délai de 60 jours est la date d'expédition de la lettre de notification de l'assureur ou celle de sa réception par le bénéficiaire ? Encore que dans l'espèce qui a donné lieu à cette décision, le terme du délai de 60 jours survenait un jour férié, en l'occurrence un lundi de pâques.

Alors la question se posait donc de savoir quelle était véritablement la date d'échéance du délai de 60 jours, fallait-il tenir compte du jour férié ou pas ?

⁶¹⁸ Cass. 3^e civ., 29 oct. 2003, n° 00-21.597, Bull. civ. III, n° 182, p. 161; Constr. et urb. 2004, obs. M.L Pagès de varenne ; RDI 2004, p. 57, obs. P. Dessuet

⁶¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1998, Resp. civ. et assur. sept. 1998, chron. 18 H. Groutel.

⁶²⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1996, RGDA 96-657, note J-P Karila ; Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1996, SCP Decassange c/ Gan

⁶²¹ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997, Resp. civ et assur. 1998, p. 35

⁶²² CA Paris, 19^e ch. 10 sept. 1996 ; CA Paris, 19^e ch. B, 17 avril 1996, Gan c/ SDI rue du Ranelagh

⁶²³ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1991 ; Cass. 3^e civ., 3 déc. 2003, n° 01-12-461, Bull. civ. III, n° 214, p. 191; Constr et urb. 2004, n° 49 obs. ML Pagès de varenne ; RDI 2004, p. 56 obs. P. Dessuet ; Cass. civ.; 3^e 10 déc. 2003, n° 01-531, RDI 2004, p. 56, obs P. Dessuet

⁶²⁴ Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2004, Cne de Lyon c/ AGF, pourvoi n° F 02-17.976, RDI mars- avril 2004, p. 151 note G. Leguay ; Trib. de l'assurance n° 80 juin 2004, note J.P. Karila

La Cour de cassation va donc trancher sur cette question par une application combinée des règles du Nouveau Code de procédure civile et celles du Code de l'assurance.

Approuvant la cour d'appel, la Cour de cassation énonce sous le visa⁶²⁵ d'une règle de portée générale applicable à tout délai, quand bien même, il s'agirait d'un délai préfix, qu'un délai qui expire un jour férié est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, la lettre recommandée expédiée faisant foi de la date.

Il résulte donc de cette décision que c'est **la date d'expédition de la notification par l'assureur** et non pas de la réception de celle-ci par l'assuré qui doit être prise en compte. Cette solution de bon sens est donc exempt de critique. Elle est d'ailleurs approuvée par la majorité de la doctrine.

Si la Cour de cassation est apparue plus souple en ce qui concerne le terme d'échéance du délai de 60 jours, elle s'est montrée sévère en ce qui concerne la transmission du rapport préliminaire à l'assuré.

3. L'obligation de communiquer le rapport préliminaire à l'assuré dans le délai de 60 jours

La Cour de cassation va plus loin dans sa sévérité, en ce qui concerne les effets découlant du non respect du délai de 60 jours. Il a appliqué la sanction de l'article L 242-1 à un assureur dommages, pour non communication du rapport préliminaire. Alors que cette non communication ne relève pas a priori de cette sanction. C'est d'abord la première chambre civile qui a appliqué ladite sanction à l'encontre d'un assureur dommages ouvrage qui n'avait pas adressé à son assuré le rapport d'expertise préliminaire avant de lui faire part de sa position sur la garantie.⁶²⁶ Elle sera suivie par la troisième chambre civile, qui va réitérer sans ambiguïté cette décision dans un arrêt du 18 février 2004.⁶²⁷

En l'espèce, la victime fonde sa demande de condamnation de l'assureur au paiement d'une provision, au regard de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile, sur la non communication du rapport préliminaire. Elle prétendait que l'assureur ne lui ayant pas « *préalablement à sa décision* » quant à la mise en jeu des garanties prévues dans le contrat, communiqué le rapport préliminaire, avait violé les articles L 242-1 et A 243-1 du Code des

⁶²⁵ Art. 642 al 2 NCPC

⁶²⁶ Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1996, Bull. civ. I, n° 276, p. 193

⁶²⁷ Cass. 3^e civ., 18 fév. 2004, Gaz. .pal. 24 et 25 mars 2004, p. 26

assurances, car la communication préalable du rapport préliminaire devait nécessairement être effectuée *« dans un délai inférieur au délai de 60 jours »*.

La cour d'appel statuant en référé a rejeté cette demande en raison d'une contestation sérieuse sur la portée de l'obligation de l'assureur relativement à la communication du rapport préliminaire. Elle se fonde essentiellement sur le fait que la loi n'avait pas assorti la communication préalable à l'assureur du rapport préliminaire d'aucun délai précis ni d'une sanction expresse, estimant en conséquence qu'il ne lui appartenait pas à lui juge des référés de :

« Sanctionner l'assureur dommages ouvrage qui a notifié par une seule et même lettre à l'assureur le rapport d'expertise préliminaire et sa décision de refus de garantie, » « seul le juge du fond » pouvant en décider.

La Cour de cassation a censuré cette décision pour violation de l'article 809, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, en considérant qu'il :

« résulte des articles L 242-1 et A 243-1 du Code des assurances et de l'annexe II à ce dernier article que l'assureur ne peut valablement notifier à son assuré dans le délai qui lui est imparti sa décision sur le principe de sa garantie sans avoir préalablement communiqué à son assuré le rapport préliminaire en sa possession établi par l'expert (...)».

Il en résulte au même titre que l'assureur doit respecter les délais qui lui sont impartis quant à sa prise de position, il doit également communiquer le rapport préalable à l'assuré dans le même délai. En conséquence, une notification simultanée du rapport préliminaire d'expertise et la décision de refus de garantie, n'est donc pas valable.

On peut donc s'interroger sur l'opportunité d'une telle décision. Si elle a le mérite d'apporter une garantie supplémentaire au maître de l'ouvrage du point de vue pratique, elle paraît excessive sur le plan juridique. Certes l'obligation de transmettre le rapport préliminaire figure à l'article A 243-1 du Code des assurances qui énonce que :

- a) *« Dans un délai maximum de 60 jours courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre, l'assureur, sur le vu du rapport préliminaire établi par*

l'expert et préalablement communiqué à l'assuré, notifie à celui-ci sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties du contrat.

- b) L'assureur prend les dispositions nécessaires pour que l'assuré puisse être saisi du rapport préliminaire en temps utile et en tous cas, dans un délai compatible avec celui qu'il est lui-même tenu d'observer en vertu du paragraphe a)*
- c) Faute par l'assureur de respecter le délai fixé au paragraphe a) et sur simple notification faite à l'assureur, les garanties du présent contrat jouent pour ce qui concerne le sinistre déclaré, et l'assuré est autorisé à engager les dépenses correspondant à l'exécution des mesures conservatoires nécessaires à la non aggravation des dommages, dans la limite de l'estimation portée dans le rapport préliminaire de l'expert, si dans le même délai, l'assuré n' a pas pu avoir connaissance du rapport préliminaire, il est autorisé de la même manière à engager les dépenses en cause dans la limite de l'estimation qu'il a pu en faire lui-même »*

A priori, la lecture littérale de ces sections de la clause type laisse penser qu'effectivement la communication du rapport préliminaire par l'assureur à l'assuré doit être effectuée avant l'expiration du délai de 60 jours, et faute pour l'assureur de le faire, la sanction en cas de dépassement est applicable.

Si on se penche en revanche sur les termes de la loi, notamment à l'article L 242-1 alinéa 3 du Code des assurances, il est écrit que :

« L'assureur a un délai maximal de 60 jours à compter de la réception de la déclaration de sinistre pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat ».

Les termes de la loi paraissent clairs. L'assureur ne semble être sanctionné que pour non-respect du délai de 60 jours quant à sa prise de position. Et non pour la non communication du rapport d'expertise.

S'il est vrai que c'est sur la base du rapport d'expertise que l'assureur doit se prononcer, faut-il le sanctionner pour non communication du rapport d'expertise au même titre que le non-respect des délais légaux ?

Si on se base sur le principe de la hiérarchie des normes, n'est ce pas la loi qui édicte une sanction qui doit l'emporter ? La doctrine est partagée sur cette question.

Selon Monsieur Karila,⁶²⁸ la Cour de cassation fait une assimilation de l'exécution des obligations attachées au délai de 60 jours au non respect du délai lui-même. Cette solution est observée non seulement à propos de l'absence de communication du rapport préliminaire ou de sa communication tardive au-delà du délai de 60 jours, mais aussi lorsque l'assureur ne motive pas expressément son refus de garantie.

Il conclut que l'assimilation de l'inexécution des obligations attachées au non-respect des délais eux-mêmes, ne doit pas pour autant conduire à l'interprétation littéralement excessive ou erronée du contenu de l'obligation elle même.

Quant à Monsieur Leguay,⁶²⁹ il approuve cette décision de la Cour de cassation. Selon lui, cette solution cadre bien avec l'esprit et la lettre des textes. Il reconnaît néanmoins qu'elle est aujourd'hui inopportune car elle risquerait de provoquer une remise en cause des refus de garantie opposés par les assureurs sans communication préalable du rapport préliminaire.

Pour notre part, si la solution paraît excessive, on peut penser que la sanction est induite par les obligations qui s'imposent à l'assureur lorsqu'il reçoit une déclaration de sinistre, en l'occurrence, la communication du rapport d'expertise. En tout état de cause, la jurisprudence confirme cette position. Le rapport préliminaire d'expertise doit être notifié à l'assuré préalablement à la prise de position de l'assureur⁶³⁰ et toute notification de non garantie sans cette communication est nulle.⁶³¹ Il va sans dire que faute d'une transmission préalable du rapport, l'assureur est déchu de tout droit de contestation de fond ou de forme, ce qui a pour conséquence de le priver de tout recours.

Les soucis de l'assureur sont identiques en cas de cause étrangère exonératoire de responsabilité. Il est dépourvu de tout recours subrogatoire.

§ 4 La prise en charge des désordres découlant d'une cause étrangère exonératoire de responsabilité

Il convient de rappeler ici que l'une des conditions de mise en œuvre de la garantie décennale, nécessite que la responsabilité du constructeur qu'elle couvre ait été retenue.

⁶²⁸ Note sous arrêt 18 fév. 2004, Trib. de l'assur. n° 80, juin 2004, cah. de jurispr. n° 143

⁶²⁹ Note sous arrêt 18 fév. 2004, RDI mars-avril 2004, p. 152

⁶³⁰ Cass. 3^e civ., 4 janv. 2006, n° 05-13727, RGDA 2006, p. 124, note ML Pagès de varenne ; Constr. et urb. fév. 2006, p. 22

⁶³¹ Cass. 3^e civ., 3 janv. 2006, n° 04-19.043, RGDA 2006, p. 123, note M. Périer

Or il se trouve que dans toutes les hypothèses, où le constructeur est exonéré de sa responsabilité, l'assureur dommages ouvrage ne pourra pas exercer son recours ni contre l'assureur de responsabilité, ni contre le constructeur présumé responsable. Il supportera la charge finale de la réparation des désordres.

Certes les hypothèses d'exonération de responsabilité comme la force majeure sont rares, mais elles méritent néanmoins d'être signalées.

La force majeure constitue une exclusion de risque commune à la police de responsabilité et à la police dommages ouvrage.

La force majeure est un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité du présumé responsable. Ainsi, il a été admis qu'un ouragan d'une violence exceptionnelle pouvait constituer un événement de force majeure exonératoire de responsabilité⁶³². De même, l'existence d'une cause étrangère exonératoire a été admise dans l'hypothèse d'un vice indécélable au moment des travaux. Il s'agissait en l'espèce de la réparation du préjudice dû à des désordres révélés sur l'ensemble des façades, après des travaux de réfection, réalisés par un entrepreneur chargé d'effectuer un revêtement préventif par enduit hydrofuge⁶³³. Dans cette hypothèse, l'imprévisibilité est caractérisée par le fait que la cause des désordres était imputable à un phénomène chimique siégeant dans l'existant, par conséquent indécélable au moment des travaux.

Dans les deux exemples précités, l'assureur dommages ouvrage va être tenu de préfinancer les travaux de réparation, mais n'aura pas de recours à l'encontre de l'entrepreneur qui se trouve exonéré de toute responsabilité par la voie de la cause étrangère.

Si l'interprétation extensive des limites légales au recours subrogatoire sont déjà lourdes sur le plan financier pour l'assureur, il en sera de même pour les déclarations tardives et celles postérieures au délai décennal, qui laissent elles très peu de chance à l'assureur de faire prospérer ses recours en raison des contraintes procédurales, parfois difficiles à réaliser, notamment celles relatives à la prescription de délai.

⁶³² Cass. 3^e civ., 11 mai 1994, n° 92-16.201, Bull. civ. III, n° 94, p. 60

⁶³³ Cass. 3^e civ., 26 fév. 2003, Bull. civ. III, n° 46, p. 43

SECTION II LES MENACES PESANT SUR LE RECOURS SUBROGATOIRE DE L'ASSUREUR DOMMAGES OUVRAGE

Ces menaces concernent surtout les déclarations de sinistre faites en fin de période de décennale (§1) et les déclarations de sinistre faites après le délai décennal par le jeu de la prescription biennale (§2).

§1 Les déclarations de sinistre faites en fin de période décennale

Les clauses types n'ont fixé aucun délai pour que l'assuré transmette la déclaration de sinistre à l'assureur dommages ouvrage, ni aucune déchéance à sa transmission tardive. En conséquence, aucune clause de déchéance ne pourrait sanctionner l'assuré défaillant, hormis en cas d'action judiciaire engagée postérieurement au délai de deux ans à compter de la survenance du dommage, le risque de se voir opposer la fin de non recevoir à raison de la prescription édictée par l'article L 114-1 du Code des assurances.⁶³⁴ En principe, la qualité de subrogé n'est acquise à l'assureur dommages ouvrage, qu'à concurrence de l'indemnité contractuellement due qu'il a réglée au bénéficiaire.

Or cette qualité peut lui faire défaut lorsqu'il reçoit une déclaration tardive. Il se trouve confronté à une situation inconfortable à deux niveaux.

D'une part, parce que l'assureur lorsqu'il reçoit une déclaration de sinistre tardive, il peut se trouver dans l'impossibilité temporelle de faire connaître cette déclaration, voire de préserver ses recours vis à vis des assureurs de responsabilité, ainsi que les constructeurs potentiellement responsables. Compte tenu du formalisme imposé par les clauses types, l'assureur au reçu de la déclaration de sinistre, doit mettre en œuvre la procédure contractuelle d'indemnisation et pour cela, débiter par le premier acte qui consiste à désigner un expert contractuel puis ayant transmis au préalable le rapport préliminaire qu'il aura établi, prend position sur la mise en jeu des garanties dans le délai de 60 jours sous peine d'encourir les sanctions légales de l'article L 242-1 du Code des assurances.⁶³⁵

⁶³⁴ Chétivaux (SC), Assurances terrestres, 2^o- 45, Juris-classeur Resp. civ. et assur, fasc 540-20

⁶³⁵ Groutel (H), la prescription biennale et les contraintes de l'assureur dommages ouvrage, Resp. civ. et assur. juil. 1997, p. 4s; Lasage (F), le recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage, prisonnier des déclarations de l'assuré ? PA 18 juin 1999, n° 121, p.14s; du même auteur, la problématique du recours subrogatoire en fin de période de garantie, PA 23 nov. 1999, n° 233, p. 15s; Chétivaux (SC), assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur. fasc. 540-20, n° 50; Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 307; RGAT 1994, p.164, note JP Karila; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, RGAT 1994, p. 161, note A. D

D'autre part, l'assureur dommages ouvrage ne bénéficie pas d'un droit naturel d'opposabilité générale de la déclaration qu'il reçoit. Il peut donc être dans l'impossibilité matérielle d'interrompre la prescription dont dispose l'assuré responsable du sinistre à l'encontre de son propre assureur. Ce délai est de dix ans à compter de la réception des travaux. Le recours de l'assureur dommages ouvrage se trouve menacée compte tenu des contraintes légales à mettre en œuvre lorsqu'il reçoit la déclaration de sinistre. Il doit dans un premier temps procéder à l'expertise avant de proposer une offre d'indemnité. Ensuite, dans un second temps, il doit avoir indemnisé le maître de l'ouvrage, selon les contraintes de l'article L 121-12 du Code des assurances, car la qualité à agir est subordonnée au paiement préalable de l'indemnité.⁶³⁶ Il en résulte de la mise en œuvre des dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances, que seul l'assureur valablement subrogé, c'est à dire celui qui a préalablement indemnisé la victime, peut interrompre le délai de prescription de l'action contre les responsables. Que ce soit dans le cadre d'une procédure de référé que dans le cadre d'une procédure au fond.⁶³⁷

Dans ce contexte, l'assureur n'a que très peu de chance pour faire prospérer son recours. Car sans être subrogé, l'assureur n'a pas qualité pour interrompre valablement la prescription des actions en responsabilité. Car avant qu'il n'ait pu accomplir toutes les formalités, il se peut que le délai de dix ans soit échu. Ainsi, même une citation en justice qu'il peut faire signifier contre le responsable n'a non seulement aucun effet interruptif de prescription, mais au surplus, elle est irrecevable pour défaut de qualité à agir.⁶³⁸ Il en est de même pour une assignation en référé, lancée par un assureur dommages ouvrage qui n'avait pas préalablement indemnisé son assuré.⁶³⁹ Le fait pour l'assureur dommages ouvrage, de faire prévaloir l'échéance du délai de prescription qui menace le succès de son recours envers les responsables potentiels du sinistre et de leur assureur est inopérant.

On précisera par ailleurs que l'action en responsabilité de l'assuré contre l'auteur du dommage doit exister. Si celle-ci s'est éteinte par le fait de l'assuré, l'exercice de l'action subrogatoire de l'assureur dommage ouvrage sera impossible. Cependant, l'assuré peut être déchu du droit à garantie comme prévu par l'alinéa 2 de l'article L 121-12 du Code des assurances. Quand c'est le cas, il reste une chance infime à l'assureur d'alléger sa garantie en

⁶³⁶ Cass. 3^e civ., 26 mars 1997, Bull. civ. III, n° 27

⁶³⁷ Cass. com., 27 nov. 2001, Resp. civ. et assur. 2002, comm. 81

⁶³⁸ Art 122 NCPC

⁶³⁹ Cass. 3^e civ., 14 fév. 1996, Resp. civ. et assur. 1996, comm. 288

tout ou partie,⁶⁴⁰ sous réserve de la preuve de la négligence fautive de l'assuré.⁶⁴¹ L'interprétation de la carence de l'assuré relèvera de l'interprétation souveraine des juges du fond⁶⁴² Il ne doit pas avoir concouru lui-même à la perte de ce recours, c'est-à-dire que si l'assureur ne respecte pas le délai de 60 jours prévu par l'article L 242-1 du Code des assurances pour prendre position sur la mise en jeu des garanties, il se trouve déchu du droit d'invoquer cette exception de subrogation.⁶⁴³

Lorsque l'action s'est éteinte par le fait de l'assuré, la Cour de cassation ne distingue pas selon que la perte du recours résulte d'un acte positif de sa part comme la renonciation à l'action en responsabilité ou la remise de dette, ou d'un acte négatif comme une omission ou une négligence. La seule obligation qui pèse sur lui est de conserver le recours et non de l'exercer.⁶⁴⁴

*« Faut-il rappeler une fois de plus, que l'assurance dommages ouvrage est avant tout une garantie de préfinancement des réparations nécessaires et devrait normalement avoir toujours pour corollaire, le recours de l'assureur dommages ouvrage contre les responsables et surtout les assureurs de ces derniers. C'est donc fausser tout le système de la part de l'assuré que de ne pas faire tout ce qui est en son pouvoir pour ne pas perdre ce recours... ».*⁶⁴⁵ Il est donc judicieux que la faute de l'assuré soit sanctionnée par la perte totale de son droit à garantie.

Sinon de manière générale, le succès du recours subrogatoire, dépend donc de la qualité à agir de l'assureur dommages ouvrage, laquelle n'est acquise qu'après versement de l'indemnité servant au préfinancement des travaux de réparation, mais aussi de l'existence d'une action en responsabilité.

On peut donc déduire de l'état de la jurisprudence, que les déclarations tardives pénalisent l'assureur dommages ouvrage, l'empêchant ainsi d'exercer son recours subrogatoire envers les entrepreneurs responsables ainsi que leur assureur, ceci faute de

⁶⁴⁰ Art L 121-12 al 2 Code des assurances « L'assureur peut être déchargé, en tout ou partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur » ; Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 1987, RGAT 1987, p. 567 ; Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 1992, Argus de l'assurance, 11 déc. 1992, p. 25 ; Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1995, Juris-data n° 1995-003882, RGAT 1996, p. 343, note Périnet – Marquet ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. n° 106 ; CA Prais, 19^e ch. B 12 sept. 2002, RDI 2002, p. 509, obs. G.Durry

⁶⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1995, RGDA 1996, p. 343, obs. Périnet-Marquet ; CA Paris, 19^e ch., sect. 13, 12 sept. 2002, RG. n° 2002/02168, RDI nov.-déc. 2002 p. 509, obs. G. Durry

⁶⁴² Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, Juri-data n° 1999-003911 ; Resp.civ. et assur. 2000, comm. n° 69

⁶⁴³ Cass. civ., 4 nov. 1992, Argus de l'assurance 11 déc. 1992, p. 25 ; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, RDI 2003, p. 27

⁶⁴⁴ Cass. com., 6 fév. 1968, RGAT 1968, p. 349

⁶⁴⁵ G. Durry, note sous arrêt CA Paris, 12 sept. 2002 précité

temps pour l'assureur d'accomplir les obligations que la loi et les clauses types lui imposent. La principale obligation étant le versement préalable de l'indemnité à l'assuré.

Faute de ce règlement, toute action au fond de l'assureur dommages ouvrage, en vue de suspendre la prescription, sera considérée comme non interruptive une fois passée le délai de prescription de l'action en responsabilité. Ce qui offre la possibilité, aux entrepreneurs potentiellement responsables ainsi leurs assureurs de demander purement et simplement leur mise hors de cause. Les déclarations de sinistre faites après le délai décennal pénaliseront aussi l'assureur dommages ouvrage, par le jeu de la prescription biennale.

§ 2 Les déclarations de sinistre faites après le délai de garantie décennale et le jeu de la prescription biennale

Si certains dommages déclarés après la période de garantie sont pris en charge par l'assureur dommages ouvrage, c'est en raison de la prise en compte par la jurisprudence de la prescription biennale qui apporte un délai supplémentaire de deux ans à l'assuré,⁶⁴⁶ ainsi que du mécanisme de l'action directe.⁶⁴⁷

Le délai de prescription biennale est une véritable dérogation par rapport aux dispositions de l'article 2270 du Code civil et repris par l'article L 242-1 du Code des assurances, qui considèrent le délai de garantie décennal comme un délai d'épreuve et de fiabilité du bâtiment ou de l'ouvrage.

Il convient de garder à l'esprit que le mécanisme de la prescription biennale peut intervenir pour deux types d'actions : L'action en indemnisation dont le droit tend à la mise en jeu normale des garanties et l'action en responsabilité contractuelle, dont le but est de sanctionner l'assureur de dommages qui ne respecte pas les obligations légales de délais et d'indemnisation mises à sa charge à la suite d'un sinistre.⁶⁴⁸

Ainsi, par le biais de la prescription biennale, l'assuré dispose, pour réclamer l'exécution des garanties souscrites, d'un délai de deux ans supplémentaires à compter de la connaissance qu'il a des désordres, survenus dans le délai de dix ans qui ont suivi la réception des travaux ; de ce fait, l'assuré peut être recevable à agir contre l'assureur de dommages jusqu'à 12 ans après la réception. Autrement dit, le bénéficiaire de la garantie dommages ouvrage peut réclamer à son assureur, même après l'expiration de la garantie décennale, la

⁶⁴⁶ Cass. 3^e civ., 31 mars 2004, n° 10-16-847, RDI 2004, p. 252

⁶⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 fév. 2003, n° 99-15-717, Bull. civ. I, n° 30, p. 25; RDI 2003, p. 233, obs. G. Leguay

⁶⁴⁸ Chétivau (SC), Assurance terrestres, Juris-classeur, Resp. civ. et assur., n° 39

réparation des sinistres survenus antérieurement, à condition d'effectuer sa déclaration dans les deux ans qui suivent le moment où il a eu connaissance de l'évènement susceptible d'engager la garantie de son assureur.⁶⁴⁹ De même, le fait pour l'assuré de contester le refus de garantie de son assureur de dommages ouvrage après l'expiration du délai de 10 ans, mais dans les 2 ans suivant cette expiration ne constitue pas une faute de l'assuré, bien que l'assureur dommages ouvrage soit privé de recours contre les constructeurs.⁶⁵⁰

En l'espèce, après notification d'un refus de garantie, suite à des fissures en façade apparues sur leur pavillon, les demandeurs ont assigné la MMA assureur de la police dommages ouvrage le 1^{er} septembre 1998, deux ans après la déclaration de sinistre le 11 septembre 1996 pour obtenir le paiement des sommes nécessaires à la réparation des désordres.

Dans cette hypothèse, il est clair que le recours subrogatoire est purement et simplement ruiné. L'assureur dommages ouvrage ne dispose plus de moyen pour faire prospérer son recours. Il ne peut plus rendre opposable aux potentiels responsables et leurs assureurs la déclaration de sinistre puisque celle ci intervient après le délai de garantie. En outre, quoi qu'il en soit l'assureur n'est plus recevable à exercer quelque recours que ce soit envers les responsables car il est forclos pour l'exercice de l'action en responsabilité.

Encore une fois, la protection du maître d'ouvrage est sauve au détriment des assureurs dommages ouvrage qui supportent seuls le poids économique final des réparations nécessaires à la disparition des désordres.

Au regard de la philosophie de la loi Spinetta, la protection des maîtres d'ouvrage est assurée, en revanche, le système de préfinancement prévu par la loi ne trouve pas à s'appliquer convenablement, ce qui crée forcément un déséquilibre.

Néanmoins, dans certaines hypothèses, la prescription biennale peut être un avantage pour l'assureur dommages ouvrage. Notamment, lorsque l'assuré négligent a laissé s'écouler plus de deux années entre la date où il a eu connaissance du sinistre et la date de déclaration à l'assureur. L'assureur peut donc se fonder sur la prescription biennale pour denier sa garantie et ceci même si la déclaration intervient dans le délai de dix ans. Sous réserve que l'assureur

⁶⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, Resp civ et assur. 1999, n° 236, note H. Groutel ; RDI 2000, p. 73, note G. Durry ; Gaz.. Pal. p. 1999, panor. P. 194 ; Cass. 1^{re} civ., 29 avril 2003, arrêt n° 530, RDI 2003, p. 316, obs. P.

Dessuet
⁶⁵⁰ Cass. 3^e civ., 31 mars 2004, n° 01-16-847, RDI 2004, p. 252

ait signalé ce moyen de prescription à l'assuré dans le délai de 60 jours.⁶⁵¹ Cette hypothèse n'est qu'une petite consolation pour l'assureur puisque l'assuré négligent a le secours des polices de responsabilité obligatoires. Si son action en garantie est soumise à la prescription biennale, son action directe en revanche contre l'assureur de responsabilité dure aussi longtemps que le délai de cette responsabilité.

Pour pallier les inconvénients procéduraux qui menacent le recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage, la Cour de cassation s'est appuyée sur les dispositions de l'article 126 du NCPC, pour valider l'action intentée par l'assureur non subrogé.

⁶⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1997, 1, somm., p. 127 ; Bull. civ. I, n° 112, p. 29

CHAPITRE II LA SAUVEGARDE DU RECOURS SUBROGATOIRE DE L'ASSUREUR DE DOMMAGES : LA SUBROGATION ANTICIPEE

En principe, l'assureur dommages ouvrage qui règle contractuellement l'indemnité due à l'assuré, peut normalement prétendre au bénéfice de la subrogation légale instituée par l'article L 121-12 du Code des assurances. Mais pour des raisons tenant aux déclarations tardives de l'assuré, ou en fin de période décennale, l'assureur peut se trouver priver de recours, faute de n'avoir pas pu interrompre la prescription à l'égard des constructeurs responsables. C'est donc pour préserver ce recours que la jurisprudence va admettre l'application d'une subrogation anticipée. Il convient d'analyser brièvement les difficultés menaçant le recours subrogatoire (Section 1), et ensuite la solution jurisprudentielle (Section 2).

SECTION 1 RAPPEL DU PRINCIPES DE LA SUBROGATION

D'une manière générale, le succès du recours subrogatoire dépend de la qualité à agir de l'assureur de dommages. Cette qualité n'est acquise qu'après versement de l'indemnité et de l'existence d'une action en responsabilité. Autrement dit, l'assureur dommages ouvrage est subrogé de plein droit dans tous les droits et actions que son assuré détient à l'encontre des responsables des dommages éventuellement leurs assureurs, grâce au mécanisme de l'article L 121-12 du Code des assurances.⁶⁵² L'assureur de responsabilité visé par l'article L 241-1 du Code des assurances, peut également bénéficier de la subrogation légale instituée par l'article L 121-12 du même code. Il peut ainsi exercer les droits que détenait son assuré contre les responsables, puisque l'assurance de responsabilité est un contrat d'assurance de dommage au sens classique, par opposition aux assurances de personnes.⁶⁵³

Le paiement est une condition nécessaire du transfert des droits. Il n'est pas de subrogation personnelle sans paiement préalable.⁶⁵⁴ Cette exigence exclut a priori, toute possibilité de subrogation anticipée.⁶⁵⁵ Le recours subrogatoire de l'assureur de dommages

⁶⁵² Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, *Argus de l'assurance*, 8 nov. 1996, p. 40; Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, *Bull. civ. III*, n° 27, p. 16; *Resp. civ. et assur.* 1995, comm. n° 191 ; Cass. 3^e civ., 26 fév. 2003, *Bull. civ. III*, n° 48, p. 44

⁶⁵³ Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003, *Juris-data* n° 2003-017434 ; *Bull. civ. I*, n° 18; *Resp. civ. et assur.* 2003, comm. 122 et 89 ; Lambert - Faivre (Y) et Leveneur (L), *Droit des assurances*, Dalloz 2005, p.442. Bigot (J), *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, sous la direction de J.Bigot, LGDJ 2002. p.1148

⁶⁵⁴ Cass. com. 14 déc. 1965, *RGAT* 1966, p. 385

⁶⁵⁵ Groutel (H), *Réflexions sur la subrogation anticipée*, Dalloz 1987, p. 283 ; Defrance (G), *la subrogation à titre rétroactif*, *Argus de l'assurance*, 14 déc. 2001, p. 22

obéit aux règles de prescription attachées aux actions en responsabilité qu'il exerce contre les tiers responsables, dans les mêmes conditions que si la demande était formée directement par l'assuré et si l'action contre le tiers est prescrite, le subrogé subit cette prescription au même titre que son subrogeant.⁶⁵⁶ Or, la condition du paiement qui confère la qualité à agir, peut faire défaut à l'assureur dommages ouvrage et l'empêcher d'interrompre la prescription vis-à-vis des constructeurs responsables, l'assureur étant obligé de respecter la procédure contractuelle d'instruction et de proposition d'indemnité (Prévue par la clause type, annexe II à l'article A 243-1 du Code des assurances). C'est pour éviter que l'assureur soit privé de recours que la jurisprudence a admis la subrogation anticipée.

SECTION 2 LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE

Cette subrogation anticipée a été appliquée pour la première fois en matière d'assurance de transport. Elle résulte de l'évolution des règles de procédure civile, « *Dans le cas où la situation donnant lieu à une fin de non recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si la cause a disparu au moment où le juge statue* ». ⁶⁵⁷ La Cour de cassation va adapter cette solution à l'assurance dommages ouvrage, dans le souci de faire respecter l'ordre public, et certainement pour éviter les rigueurs de l'absence de recours à l'assureur de dommages ⁶⁵⁸. Sur un moyen purement procédural, en l'occurrence l'article 126 du Nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation va d'abord appliquer la subrogation anticipée aux assignations au fond (§1), et ensuite l'étendre aux assignations en référés (§2).

§1 La subrogation anticipée et les assignations au fond

La Cour de cassation a ainsi validé l'assignation au fond signifiée par l'assureur non subrogé afin de lui conférer recevabilité et effet interruptif de prescription ⁶⁵⁹. Elle a considéré que l'absence de subrogation au moment de la délivrance de l'assignation constituait un défaut à agir et que cette fin de non recevoir était susceptible d'être couverte par le juge si sa cause avait disparu au moment où il statue (c'est à dire que l'assureur ait réglé l'indemnité à cette date).

⁶⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 fév. 2003, Bull. civ. I, n° 30, p. 25

⁶⁵⁷ Art. 126 NCPC ; Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1985, Argus de l'assurance 30 août 1985

⁶⁵⁸ Chétivaux (SC), Assurances terrestres, Juris-classeur Resp. civ. et assur., n° 71

⁶⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1985, RGAT 1985, p. 378 ; Bull. civ. I, n° 187

On peut penser que la Cour de cassation fait une interprétation par analogie, C'est-à-dire que « *la solution du litige est induite, pour un état de fait donné, d'une similitude entre cette situation et celle que la loi a réglée suivant que l'induction s'appuie à une disposition spéciale et précise la loi, ou qu'elle s'étaie des principes consacrés par la législation écrite, prise dans son ensemble* ». ⁶⁶⁰ Dans ce cadre, la méthode par analogie peut intervenir pour combler les lacunes partielles de la loi ou pour suppléer à des vides plus notables. Savigny, cité par Gény, ⁶⁶¹ laisse entendre que l'analogie excède le domaine de l'interprétation et supplée à de véritable lacune dans la législation.

Cette solution va être transposée à l'assurance construction. La Cour de cassation l'a d'abord admise à propos d'une police dite de « *maître d'ouvrage* ». ⁶⁶² Par la suite, dans une hypothèse où une action au fond était engagée par l'assureur dommages ouvrage, alors qu'il n'avait pas encore la qualité de subrogé. La Cour de cassation a considéré que cette action au fond était interruptive de prescription envers les responsables, dès lors qu'il règle l'indemnité lui conférant subrogation avant que le juge ne statue. ⁶⁶³

Cette solution désormais constante, a été réitérée dans une décision récente en date du 21 janvier 2004. ⁶⁶⁴ Cette décision rappelle que l'action récursoire de l'assureur dommages ouvrage est recevable dès lors, qu'elle est engagée avant l'expiration du délai de forclusion décennale, alors même que ledit assureur n' a pas encore la qualité de subrogé, faute de l'avoir indemnisé.

En l'espèce, la déclaration d'irrecevabilité de l'action de l'assureur ne pouvait être néanmoins tolérée et acceptée dès qu'il était impératif pour l'assureur de saisir le juge du fond avant la forclusion de ladite action par suite de la prescription de l'action en garantie décennale appartenant il est vrai encore à l'assuré.

La Cour de cassation contourne judicieusement la difficulté en relevant que le juge du fond « *n'était* » pas encore « *saisi du fond de l'affaire* », puisqu' aussi bien l'action tendait à interrompre l'action d'une part, et à surseoir à statuer d'autre part. La cassation est justifiée pour violation de l'article L 121-12 du Code des assurances et de l'article 126 du Nouveau Code de procédure civile.

⁶⁶⁰ Gény, Méthode d'interprétation, LGDJ 1919, réimpression 1995, p. 304

⁶⁶¹ Gény, Méthode d'interprétation, précité, p. 304

⁶⁶² Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 1995, arrêt n° 1534 D, Gesfit/ Axa Assurance, inédit

⁶⁶³ Cass. 3^e civ., 29 mars 2000, Bull. civ. III, n° 67, p. 45; RGDA 2002, p. 157, note J. Beauchard; Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 245 ; RGDA 2001, p. 976, note JP Karila ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 225, p. 200

⁶⁶⁴ Cass. 3^e civ., 21 janv. 2004, RGDA 2004, n° 2, p. 455

Précisant les conditions de cette subrogation anticipée, la Cour de cassation a admis que la régularisation pouvait intervenir en cause d'appel, puisqu'à ce moment là, le juge du fond n'a pas encore définitivement statué.⁶⁶⁵ Ce raisonnement sera également appliqué aux assignations en référé.

§ 2 La subrogation anticipée et les assignations en référé

La subrogation anticipée sera appliquée à une assignation en référé formée par l'assureur de dommages non encore subrogé. La jurisprudence confère ainsi un effet interruptif de prescription de l'action en responsabilité formée contre les constructeurs. Mais elle exige que l'indemnité soit payée, avant que le juge ne statue au fond.⁶⁶⁶

La Cour de cassation a par une habile combinaison des dispositions du Code des assurances et du nouveau Code de procédure civile, réussi à préserver le recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage par l'institution d'une subrogation anticipée. Selon Madame Chétivaux⁶⁶⁷, cette solution s'explique « *dans le souci de faire respecter l'ordre public, et certainement pour éviter les rigueurs de l'absence de recours à l'assureur de dommages, la Cour de cassation a usé d'un moyen purement procédural, en l'espèce l'article 126 du Nouveau Code de procédure civile* » Ainsi, si « *la rigueur juridique y perd, l'ordre public y gagne* ». ⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2001, Juris-data, n° 2001 009211, Resp. civ. et assur. 2001, com. 240, note H. Groutel

⁶⁶⁶ Cass.3^e civ., 9 juil. 2003, Juris-data n° 2003-019843, Resp. civ. et assur. 2003, comm. 276 ; JCP éd. G IV, 2588

⁶⁶⁷ Chétivaux (SC), assurances terrestres, 3°-71, Juris-classeur, Resp. civ. et assur., fasc. 540-20

⁶⁶⁸ Chétivaux (SC), « la subrogation rétroactive » Resp. civ. et assur., déc. 2003, p. 7

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Au fil des espèces, il se trouve que la jurisprudence s'est attachée à apporter au système toute son efficacité, en protégeant les maîtres d'ouvrage par une réparation rapide et intégrale, toutes taxes comprises, sans abattement de vétusté et de plus value, tout en veillant à tenir compte des équilibres économiques. Elle offre ainsi aux assureurs des bouées de survie certes insuffisantes. C'est ainsi le maître de l'ouvrage est obligé d'affecter les indemnités à la réparation des désordres, rendant ainsi à l'indemnité versée par l'assureur sa finalité première qui est de préfinancer les travaux de réparation. Par ailleurs, l'action en restitution de trop perçu, permet à l'assureur de ne payer que ce qui est nécessaire à la réparation des dommages, ce qui contribue à la maîtrise des coûts. Enfin, la Cour cassation a assoupli les conditions de la subrogation, en admettant de manière anticipée que l'assureur dommage ouvrage puisse bénéficier de la qualité de subrogé alors qu'il n'a pas encore indemnisé le maître de l'ouvrage. Ce qui lui permet ainsi de préserver ses recours à l'encontre des assureurs des entrepreneurs responsables des dommages. Ces tentatives sont une avancée au regard des difficultés juridiques, techniques et financières qui minent le domaine de la construction, mais dont la jurisprudence n'est pas seule responsable.

CONCLUSION GENERALE

Plus de vingt cinq ans après, on peut considérer que l'application de la loi Spinetta a atteint sa maturité, malgré des étapes bien difficiles. Elle révèle à la fois des points positifs mais aussi quelques difficultés.

Tous les acteurs de la construction (assureurs, assurés et pouvoirs publics) sont désormais conscients des difficultés et des mesures nécessaires pour y remédier. On sait quelles sont les causes qui gênent le fonctionnement du système. D'ailleurs, celles-ci sont résumées dans le rapport Mercadal,⁶⁶⁹ ainsi que dans un rapport sur l'état des lieux de l'assurance construction et des recommandations visant à l'améliorer, réalisé pour le compte du Ministère de l'Equipement.⁶⁷⁰ Ces rapports évoquent notamment cinq points qui concourent au déséquilibre de l'assurance construction :

La première difficulté est l'impact de la jurisprudence. Les lacunes et les imperfections de la loi ont permis à la jurisprudence d'avoir une marge d'interprétation prépondérante, lui permettant de confondre en pratique le champ d'application de la responsabilité des constructeurs et celui de l'assurance obligatoire, comme nous avons vu tout au long de nos développements. Ce qui a pour conséquence pour les assureurs, de garantir une réparation sur un ouvrage pour lequel, il n'y a pas de prime correspondante.

La seconde difficulté est la gestion en capitalisation, qui rend difficile l'appréciation par l'assureur du risque qu'il est appelé obligatoirement à garantir, sans possibilité de rattrapage de prime. L'évolution de ce risque se situe dans un environnement économique et financier fluctuant.

La troisième difficulté quant à elle résulte de la rigidité des clauses types qui ne laissent aucune liberté d'action aux assureurs, mais influence de manière défavorable le coût global du système. Ainsi, les assureurs « *n'ont par exemple pas la possibilité de prendre des mesures de souscription visant à récompenser la qualité des acteurs ou de l'ouvrage à construire, ou de sanctionner les comportements à risques. Aucune distinction n'a été faite entre les maîtres d'ouvrages particuliers et maîtres d'ouvrage professionnels... sans qu'il puisse être tenu compte de leurs qualités, de leur taille, de leur implication dans la*

⁶⁶⁹ Réflexions sur l'assurance construction, la prévention, le qualité et mesures proposées pour en améliorer le Fonctionnement, Mon. TP 3 fév. 2006, p. 20 (en ligne sur le site de la SMABTP document de 20 p.) ; Bigot (J), assurance construction- le rapport Mercadal : un pavé dans la mare ! RGDA 2006, p. 849s

⁶⁷⁰ Rapport sur l'assurance construction, oct. 2006 (en ligne sur le site du Ministère de l'Equipement, rubrique les rapports)

*construction et de leurs besoins réels pour adapter les obligations d'assurance à leur cas ».*⁶⁷¹

La quatrième difficulté réside dans le coût du système. *« S'il est efficace au premier degré pour l'utilisateur final, ...il reste très cher et dérive vers un système d'assurance tous risques de construction ».*⁶⁷² Il apparaît que plus d'un sinistre sur deux n'a pas de suite, mais ces sinistres génèrent des frais de gestion importants. En cela la convention conclue entre les assureurs en 1983, même si on lui reconnaît certains mérites n'a pas joué son rôle sur ce point. Ainsi, en l'absence de recours contre les responsables pour tous les petits sinistres (inférieurs à 1460 euros), est reportée sur l'assurance des maîtres d'ouvrage, la charge forfaitaire qui en résulte. *« Le dispositif peut aussi contribuer à déresponsabiliser les constructeurs qui ne sont plus informés d'une partie des réclamations qui les concernent ».*⁶⁷³

La cinquième difficulté résulte de l'absence d'influence du système sur l'amélioration de la qualité. Selon le rapport Mercadal, *« le dispositif d'assurance avec indemnisation rapide au premier euro empêche pratiquement les maîtres d'ouvrage de subir les conséquences financières de leur choix sur la qualité d'un ouvrage (choix des intervenants, modalités de construction, délais...) ».* En outre, *« le caractère maximaliste des garanties légales demandées se caractérisent pour les assureurs par l'obligation d'assurer n'importe qui sur des travaux (y compris hors spécialité), des ouvrages et des désordres dont la frontière apparaît relativement floue et indéfiniment extensible ».*⁶⁷⁴

Malgré ses difficultés juridiques, techniques, et financières, ce système donne globalement satisfaction. On note une protection effective du maître d'ouvrage, une réduction des délais de règlement des dommages, une diminution du nombre des contentieux, mais également une généralisation de l'assurance aux entreprises, qui a permis d'éviter le report de la charge des sinistres d'un constructeur vers d'autres, plus solvables, par le biais des condamnations in solidum.

Si l'activité jurisprudentielle est apparue comme un facteur de déséquilibre du système d'assurance, son intervention en la matière est fondamentale. Les solutions jurisprudentielles sont certainement le fruit de l'idée qu'avait la Cour de cassation de la matière, mais aussi du contexte socio-économique. La jurisprudence a été pendant longtemps

⁶⁷¹ Rapport Mercadal précité, p. 9

⁶⁷² Rapport Mercadal précité p. 10

⁶⁷³ Rapport Mercadal précité p. 10 ; Rapport sur l'assurance construction, réalisé pour le compte du Ministère de l'Équipement, oct. 2006 (en ligne sur le site du Ministère de l'Équipement, rubrique les rapports)

⁶⁷⁴ Rapport Mercadal précité p. 11

critiquée. Elle a été considérée comme responsable des méfaits de l'assurance construction, notamment de son déficit, à travers sa jurisprudence extensive, parfois incohérente, créant une insécurité juridique dans cette matière. On a parlé de dérive jurisprudentielle.⁶⁷⁵

Pouvait-il en être autrement ?

Il apparaît au cours de cette étude, que malgré une jurisprudence extensive, à travers l'interprétation des notions d'ouvrage, de bâtiment, d'élément d'équipement, de réception et d'impropriété à destination, la jurisprudence s'est modérée. Sans abandonner son interprétation extensive, la Cour de cassation parvient dans certaines hypothèses à maintenir un équilibre entre les intérêts opposés des assurés (maîtres d'ouvrage et constructeurs) et des assureurs. Elle admet ainsi, la sanction de la fausse déclaration du montant du sinistre ou du secteur d'activité déclaré, l'institution d'une subrogation anticipée, possibilité d'invoquer la prescription du délai biennal, répétition de l'indu. La Cour de cassation est revenue à une application plus stricte des dispositions de la loi, comme la saisine du juge après épuisement des voies de recours amiable, à la responsabilisation des maîtres d'ouvrage en cas d'immixtion fautive ou de prise de risque. Elle crée l'obligation d'affecter les indemnités aux réparations. Elle limite la prise en compte du dommage futur qu'à celui dont les conditions de gravité se réalisent à l'intérieur du délai décennal. Bref, la Cour de cassation est restée au plus près des justiciables, malgré des textes lacunaires et obscurs en faisant évoluer la matière. D'ailleurs comme a pu l'écrire Gény, cité par Monsieur Belaid,⁶⁷⁶ la nécessité de l'évolution du droit implique « *l'existence d'un organe nécessairement productif qui reçoive tous les éléments du dehors et les élabore lui-même pour les projeter dans son champ d'activité propre* ».

En tout cas, l'ordonnance du 8 juin 2005, dont le but est de clarifier les champs d'application de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance construction, mais aussi de lever certaines ambiguïtés, conforte la jurisprudence. Ce qui est déjà un grand pas dans l'ambition visant à améliorer le système Spinetta.

Mais pour plus d'efficacité, certaines mesures restent encore nécessaires. Celles-ci ont été soulignées dans le rapport sur l'assurance construction. Nous nous intéresserons qu'aux recommandations juridiques.

⁶⁷⁵ Pagès de varenne (ML), Dérives de l'assurance construction et propositions de réformes, thèse Université Paris I, 1999, p. 17

⁶⁷⁶ Belaid (S), Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ 1974, p. 265

1. Mesures visant à améliorer l'assurance construction

Le rapport préconise des recommandations pour le régime de présomption de responsabilité décennale et pour les régimes obligatoires d'assurance construction.

a *Mesure pour le régime de présomption de responsabilité décennale*

Nous avons sélectionné une recommandation qui concerne la garantie de parfait achèvement, dont l'objectif est de lui rendre son efficacité, notamment de responsabilisation des entrepreneurs.

En principe la garantie de parfait achèvement, lorsqu'elle joue, permet une réparation sans intervention de l'assurance. Mais il arrive que l'assurance dommages ouvrage bien que prenant effet à l'issue de la période de parfait achèvement, intervienne pour les dommages décennaux apparus moins d'un an après la réception, dès lors qu'ils n'ont pas été réparés dans ce délai après une mise en demeure restée infructueuse. Pour les désordres notifiés dans le délai d'un an, le maître d'ouvrage a la possibilité de faire jouer la garantie décennale ou la garantie de parfait achèvement. Dans ces hypothèses, la garantie décennale empiète sur la garantie de parfait achèvement. Ce qui a pour conséquence de reporter sur le système d'assurance, le coût de réparation de dommages qui devraient normalement incomber aux entrepreneurs.

Pour éviter ce dysfonctionnement, le rapport⁶⁷⁷ préconise d'allonger à deux ans la durée de la garantie de parfait achèvement. Ce choix est ainsi justifié : « *une durée de deux ans permettrait d'aligner la période de validité des garanties de bon fonctionnement et de parfait achèvement (voire de fusionner ces deux garanties)* ». Et le rapport ajoute que : « *cette meilleure protection du maître d'ouvrage sera particulièrement utile dans les cas de travaux de rénovation pour lesquelles l'obligation d'assurance dommages ouvrage soit ne s'applique pas, soit n'est pas souvent respectée* ». ⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Rapport sur l'assurance construction précité, p. 57

⁶⁷⁸ Rapport sur l'assurance construction précité, p. 57

b Mesure pour les régimes obligatoires d'assurance construction

Elles visent à responsabiliser les acteurs et à diminuer les coûts.

Le rapport⁶⁷⁹ préconise de privilégier la réparation directe et en nature des défauts de construction au titre du « service après vente » des constructeurs par rapport à l'indemnisation, en imposant une saisine du constructeur préalable à celle de l'assureur dommages ouvrage et en développant le recours à des procédures de conciliation, par le constructeur par rapport à l'indemnisation assurancielle.

S'agissant de la réparation directe par rapport à l'indemnisation assurancielle, le rapport propose une saisine du constructeur préalable à celle de l'assureur dommages ouvrage. « *Le but est de responsabiliser le constructeur, et d'éviter chaque fois que c'est possible de lancer le processus toujours lourd, de l'indemnisation par l'assurance, le contrat d'assurance dommages ouvrage devrait préciser que le maître d'ouvrage, avant de saisir l'assureur, doit demander réparation matérielle du dommage* ». ⁶⁸⁰ Le rapport précise que cette demande devrait être faite par lettre recommandée avec copie à l'assureur dommages ouvrage.

La saisine de l'assureur de dommages ne débiterait, le cas échéant que :

- Dès que le destinataire de la lettre recommandée se serait déclaré incompétent ou demanderait la saisine de l'assureur dommages ouvrage ; ⁶⁸¹
- Ou s'il n'a pas débuté les travaux de réparation au plus tard dans un certain délai, par exemple 60 jours, après que le maître d'ouvrage lui a déclaré le sinistre.

« Si les travaux de réparation ne sont pas terminés au plus tard dans un certain délai, par exemple 120 jours, après l'envoi de la première lettre recommandée, le maître d'ouvrage conserverait la possibilité de saisir l'assureur dommages ouvrage ». Le rapport précise que « l'objectif serait évidemment d'obtenir que la réparation de la plupart des petits sinistres débute dans ce délai et soit menée sans l'intervention, de l'assurance ». Cette mesure vise à limiter l'aggravation des désordres. « *Certains professionnels de la construction ont indiqué à la mission que, bien souvent, ils apprennent l'existence du sinistre lorsqu'ils sont*

⁶⁷⁹ Rapport sur l'assurance construction précité, p. 60

⁶⁸⁰ Rapport sur l'assurance construction, précité p. 62

⁶⁸¹ Rapport sur l'assurance construction, précité p. 62

*convoqués par l'expert d'assurance, alors que, prévenus plus tôt, ils auraient certainement accepté de le réparer rapidement pour un coût limité ».*⁶⁸²

Le rapport reconnaît que ce mécanisme retardera certainement l'indemnisation des sinistres complexes, mais accélérerait la réparation des dommages moins complexes.

S'agissant des procédures de conciliation, le rapport préconise de développer « *le rôle d'intermédiation, de médiation ou d'arbitrage que, avant ou hors toute indemnisation, jouent les organismes de type (NHBC⁶⁸³ au Royaume-Uni, GIW⁶⁸⁴ aux Pays Bas) entre les particuliers et les constructeurs* ». ⁶⁸⁵ Cette procédure d'arbitrage évite le recours généralement long, coûteux et aléatoire des procédures judiciaires.

En dehors de ces ajustements juridiques, le système Spinetta, même s'il reste coûteux et luxueux, est de loin celui qui garantit la meilleure protection aux usagers au niveau européen. Dans ces conditions, pourra-t-il servir de modèle, s'il est un jour question d'harmonisation ?

2 Système Français, modèle à suivre ou non en cas d'harmonisation ?

Un rapport⁶⁸⁶ sur les régimes d'assurance construction d'une vingtaine de pays étrangers, a mis en évidence les particularités sur l'esprit de chaque système. Ce rapport montre qu'il « *n'y a pas, en matière de protection contre les défauts et vices de construction, de modèle de référence qui rassemblerait une large majorité des pays mais au moins quatre modèles dominants* ». ⁶⁸⁷ Les divers systèmes ont été classés en quatre groupes :

- Les pays du « *tout législatif* » dans les lesquels les régimes de responsabilité sont à base essentiellement législative et où la loi institue, pour couvrir cette responsabilité, une obligation d'assurance à la charge des constructeurs : la France est l'exemple le plus achevé, rejointe par l'Italie et, pour les seuls immeubles d'habitation, par la Suède et l'Espagne ;

⁶⁸² Rapport sur l'assurance construction, précité p. 60

⁶⁸³ National House Building Council

⁶⁸⁴ Garantie Instituut Woningbouw ou institut de garantie pour la construction

⁶⁸⁵ Rapport sur l'assurance construction précité, p. 63

⁶⁸⁶ Rapport particulier sur les régimes d'assurance construction dans une vingtaine de pays étrangers, réalisé pour le compte du Ministère de l'Équipement, oct. 2006, p. 1 (en ligne sur le site du Ministère, rubrique les rapports)

⁶⁸⁷ Rapport particulier sur les régimes d'assurance construction dans une vingtaine de pays étrangers précité, p. 1

- Les pays où les régimes de responsabilité sont à base législative mais où n'existe pas d'obligation légale d'assurance contre les vices de construction, celle-ci étant cependant d'usage répandu : L'Autriche, le Luxembourg et la Belgique ;
- Les pays dans lesquels les régimes de responsabilité sont à base essentiellement législative mais où l'assurance contre les vices de la construction n'est ni obligatoire, ni même d'usage fréquent : la Hongrie, la Pologne, la Grèce et le Portugal.
- Les pays du « *tout ou principalement contractuel* » où les régimes de responsabilité comme les couvertures assuranciennes correspondantes sont totalement ou principalement contractuels : la Finlande, le Danemark, la Grande Bretagne (pour les logements), les Pays-Bas, la Suède (hors logements), et l'Allemagne.

Nous avons sélectionné quatre pays (Espagne, Grande-Bretagne, Pays-Bas et Allemagne), pour mettre en évidence les particularités.

a L'Espagne

S'inspirant du système français, l'Espagne va réformer son système d'assurance en votant une nouvelle loi. C'est la LOE⁶⁸⁸ du 5 novembre 1999, entrée en vigueur le 6 mai 2000. A travers cette loi, l'Espagne a modifié son régime de responsabilité, et institué un système d'assurance obligatoire pour toutes les opérations de construction à usage d'habitation, ayant un caractère permanent public ou privé. Il a tiré profit de 20 ans d'application de la loi Spinetta, pour en écarter les imperfections et garder ce qu'il y avait de positif.

Ainsi par exemple, la réception reste la clé de voûte du système et le point de départ des différentes garanties, sa procédure est expressément prévue par la loi y compris la réception tacite, qui elle n'est pas prévue par la loi Spinetta.

En matière de responsabilité des constructeurs, la loi institue un régime de présomption de responsabilité allant d'une garantie d'un an, semblable à la garantie de parfait achèvement, à une garantie de 3 ans pesant sur tous les intervenants et concernant les désordres matériels, atteignant tant les éléments de structure que les équipements et affectant **l'habitabilité de l'ouvrage**. La loi espagnole exclut donc la notion d'impropriété à destination très subjective du système français. Enfin, une garantie de 10 ans pour les

⁶⁸⁸ Loi d'ordonnancement de l'édification ; la législation espagnole, extrait du colloque de la SMABTP du 14 oct. 2003 ; Toledano (A), l'influence de la loi en Europe : l'exemple espagnol, extrait du même colloque, p. 40

désordres matériels atteignant les éléments constitutifs qui affectent directement **la résistance mécanique ou la stabilité de la construction**.

En ce qui concerne **les assurances**, le législateur Espagnol offre une double possibilité à savoir le recours à une caution ou à une assurance. Mais l'obligation d'assurance ne s'applique qu'à la responsabilité décennale et pour les seuls ouvrages relatifs au logement. Elle a institué une franchise qui ne peut être supérieure à 1% du capital assuré, il n'y a pas en outre de sanction pénale en cas de non-respect de l'obligation d'assurance comme en France, mais une assurance económico-juridique. Cela implique que sans la preuve de cette assurance, la construction ne pourra être ni vendue, ni aucun acte notarié établi ou une écriture publique.

Par rapport au système Français, le système Espagnol est beaucoup moins protecteur. Néanmoins, il semble encore tôt pour apprécier la portée de ce nouveau système. Qu'en est-il de celui de la Grande-Bretagne ?

b La Grande-Bretagne

La Common law admet la coexistence des responsabilités contractuelles (under contract) et délictuelles (under tort) des constructeurs, complétées pour les logements par des obligations légales (statutory duty) valables 6 ans.⁶⁸⁹ Cette coexistence est exclue en France.

S'agissant de la responsabilité contractuelle, elle s'applique aux obligations dont sont redevables en vertu de causes contractuelles explicites, le locateur d'ouvrage ou le vendeur d'un ouvrage qu'il a fait construire en vue de la vente.

Le délai pour la mettre en cause court à compter de la date du non respect de l'obligation contractuelle, c'est-à-dire en pratique au plus tard à la réception et s'étend en principe sur 12 ans si le contrat a été établi dans des formes particulières « *specialty* » ou « *contract by deed* » et de 6 ans en cas de « *simple contract* ». Les parties peuvent toutefois librement convenir de délais plus longs.

Le constructeur peut également voir sa responsabilité engagée pour négligence. La personne lésée doit apporter la preuve que le constructeur qu'elle met en cause était redevable envers elle d'une obligation de soin « *duty of care* » qu'elle n'a pas respectée et que ce manquement « *breach* » est la cause du préjudice matériel « *loss* » ou corporel « *injury* » dont

⁶⁸⁹ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 12

il est demandé réparation.⁶⁹⁰ En cas de préjudice matériel, le délai pour ester en justice est de 6 ans à compter de la date de commission de la négligence. Si le dommage ne se manifeste pas immédiatement « *latent defect* », ce délai est allongé de 15 ans, sous réserve que le recours soit introduit dans les trois ans qui suivent la date à laquelle une personne raisonnable aurait été à même de disposer de toutes les informations nécessaires pour agir.

En ce qui concerne les logements, la loi (*Defective Premises Act de 1972*) assigne aux constructeurs au sens large (concepteurs inclus) certaines obligations légales « *statutory duties* » envers les premiers acquéreurs et propriétaires successifs des ouvrages. Ces obligations relèvent d'une responsabilité stricte « *strict liability* », qui dispense la personne lésée de prouver l'existence d'une faute ou d'une négligence. Elles présentent les aspects suivants :

- Le constructeur doit avoir réalisé sa mission de façon professionnelle « *in a workmanlike maner* », avec une prudence et des compétences raisonnables « *reasonable care and skills* » ;
- Le bien final doit remplir sa fonction « *fitness for the purpose* » ;
- Les matériaux utilisés doivent être de bonne qualité et raisonnablement convenir à leur fonction « *good quality and reasonably fit for their purpose* ».

Cette protection légale peut être exercée dans un délai de 6 ans à compter de la date d'achèvement des travaux.⁶⁹¹

En ce qui concerne l'assurance, il n'y a pas d'obligation d'assurance des constructeurs, cependant il existe un large éventail de produits d'assurance destinés à la protection des acquéreurs de logements neufs.

La seule obligation d'assurance pesant sur les constructeurs, concerne leur responsabilité d'employeur « *employer's liability* » à l'égard des préjudices subis par leurs salariés. C'est l'équivalent de la branche accidents du travail et maladies professionnelles de la sécurité sociale en France.

Pour les architectes, la souscription d'une assurance couvrant leur responsabilité professionnelle « *professional liability* » fait partie des conditions à remplir pour être enregistré auprès de l'Architects Registration Board et pour pouvoir se prévaloir du titre

⁶⁹⁰ Rapport sur les régimes d'assurances d'une vingtaine de pays précité, p. 13

⁶⁹¹ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 13

d'architecte.⁶⁹² La souscription d'une assurance couvrant la responsabilité délictuelle à l'égard de tiers « *third party liability* » pendant le chantier est par ailleurs fréquemment exigée par les fédérations professionnelles de constructeurs (Federation of Master Builders) à l'égard de leurs adhérents et par les grands maîtres d'ouvrage (Genesis Housing Group dans le domaine de l'habitat social), à l'égard de leurs contractants.⁶⁹³

Parmi les garanties proposées, la plus courante dans le secteur résidentiel couvre les défauts de conformité pendant les deux premières années (garantie de parfait achèvement) et les dommages affectant la structure ou l'étanchéité pendant 10ans à compter de l'achèvement des travaux.

Pendant les deux premières années, la garantie s'étend à tous les manquements à des standards de qualité définis et leur réparation incombe aux constructeurs eux-mêmes. L'assureur joue le rôle de médiateur en cas de contestation sur la réalité du manquement et se substitue au constructeur en cas de défaillance de ce dernier.

A l'issue des deux premières années et jusqu'à la fin de la dixième année, l'assureur assume seul la réparation des dommages et la garantie ne porte alors plus que sur les dommages ayant leur cause dans un défaut de la structure principale de l'immeuble.⁶⁹⁴

Selon le rapport, ce régime semble permettre une meilleure maîtrise des coûts de l'assurance, notamment, avec l'allongement à deux ans, d'une garantie de parfait achèvement, permettant de faire supporter aux constructeurs, une part importante du coût de la réparation des dommages. Reste à voir ce qu'il en est du système aux Pays-Bas.

c Les Pays-Bas

Le système néerlandais de responsabilité des acteurs de la construction se caractérise d'une part, par un cadre législatif ancien, basé sur les concepts du Code civil et d'autre part, par l'existence de cadres types contractuels complets, de clauses administratives uniformes dont les plus usitées pour les marchés de travaux entre le maître de l'ouvrage et les entreprises sont les UAV (uniforme Administratieve Voorwaarden ou clauses administratives uniformes) ainsi que les DNR (De Nieuwe Regeling ou nouvelle réglementation) pour les marchés de prestations intellectuelles passés entre le commanditaire et sa maîtrise d'œuvre

⁶⁹² Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 14

⁶⁹³ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 14

⁶⁹⁴ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 14

(architectes, ingénieurs).⁶⁹⁵ Ces cadres proposent des règles pour préciser les rapports et les responsabilités de chacune des parties aux différentes phases de l'acte de construire. Deux phases doivent être distinguées en matière de responsabilité (phase de construction et phase post-construction).

S'agissant de la responsabilité en phase de construction, jusqu'à la livraison, les articles 1641, 1642 et 1649 du Code civil fixent le cadre des responsabilités des constructeurs. Il s'agit des régimes classiques de responsabilité civile professionnelle (contractuelle et délictuelle) auxquels sont soumis les prestataires intellectuels et les entreprises.

S'agissant des responsabilités « post-réception », c'est le Code civil, qui pose en principe que « les constructeurs sont responsables de tout ou partie des vices de la construction achevée ».

En règle générale, compte tenu de la prééminence de la référence aux stipulations de l'UAV pour l'établissement des contrats, la responsabilité du constructeur ne peut être recherchée pour vices cachés que pendant une période de cinq ans. Pour les défauts compromettant gravement la solidité de l'ouvrage et susceptibles d'entraîner sa ruine totale ou partielle, ou si la destination pour laquelle il a été construit ne correspond plus à celle pour laquelle il a été réalisé, la responsabilité des constructeurs est de dix ans ; Il appartient au constructeur de faire la preuve que le dommage ne résulte pas d'une faute de sa part.

Toute action juridique est prescrite, aux termes de la loi, 20 ans après la livraison du bâtiment. Entre la 10^e et 20^e année, il appartient au propriétaire de faire, devant la justice, la preuve de la faute du constructeur.⁶⁹⁶

En matière d'assurance par contre, la loi ne formule aucune exigence particulière à l'encontre des constructeurs, qu'il s'agisse de responsabilité civile professionnelle ou de responsabilité pour vices de construction.

Pour les maîtres d'ouvrage, il n'existe pas non plus de modalités d'assurance autre que volontaire pour le protéger contre les risques susceptibles de survenir à la construction qu'il entreprend. La loi n'impose pas non plus le recours à un professionnel particulier pour concevoir et réaliser un ouvrage.

Mais en pratique, non astreints à une quelconque obligation d'assurance, plus de 90% des constructeurs souscrivent cependant une ou plusieurs polices ; soit parce que leurs

⁶⁹⁵ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 18

⁶⁹⁶ Rapport sur les régimes d'assurances d'une vingtaine de pays précité, p. 20

commanditaires les y astreignent par contrat ; soit parce que c'est une règle interne de l'organisation professionnelle à laquelle ils adhèrent; soit par démarche personnelle.

Le système néerlandais se caractérise essentiellement par une prédominance du contractuel sur le législatif ou le réglementaire ce qui est un facteur d'efficacité et de souplesse. Qu'en est il du système Allemand ?

d L'Allemagne

Le droit de la construction en Allemagne résulte d'un ensemble complexe de règles associant un corpus législatif, un corpus réglementaire, des dispositifs contractuels ou semi contractuels et tout un système de normes et de mécanisme de certification.

L'appareil législatif et réglementaire émane lui-même en partie du Bund (notamment le Code civil, ou BGB, et le VOB) et, pour une part importante, des Länder qui coordonnent cependant leur activité normative dans le cadre d'une conférence des ministres de la construction laquelle délibère de projets-types.⁶⁹⁷

Le VOB (Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen) est un règlement fédéral en trois parties : règles de dévolution, cahier des clauses générales, cahier des clauses techniques. Il est adopté et périodiquement actualisé sur proposition d'un comité d'élaboration qui associe paritairement depuis 80 ans les représentants des maîtres d'ouvrages et de l'industrie du BTP. Les maîtres d'ouvrage publics sont tenus d'appliquer ce règlement fédéral. Ce n'est pas le cas pour les maîtres d'ouvrage privés, mais ils adoptent très fréquemment les clauses.

« Sur le plan général, les dispositions figurant dans les contrats sont, en matière de construction, une référence considérée comme aussi importante en Allemagne que le droit émanant directement de la loi ou des règlements ; ainsi, dans les contrats privés, l'adoption par les parties du VOB, dont la substance est, on l'a vu, fondamentalement négociée, permet-elle à ces dernières d'aménager les règles du BGB à condition de ne pas les dénaturer. Il en va ainsi notamment de la garantie contractuelle de réparation des défauts de conformité, apparents ou cachés, que le VOB fixe, dans le silence du contrat, à 5 ans insusceptibles d'être prolongés et que le VOB fixe à 4 ans prolongés automatiquement de deux ans à l'apparition de tout défaut pouvant être attribués à une exécution incorrecte du contrat, sur

⁶⁹⁷ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 28

demande écrite du client, sans toutefois que le délai total puisse excéder 6 ans ». ⁶⁹⁸ La contrepartie de ce système, permet aux parties à la construction, de disposer de contrats précis et détaillés que « *les contrats français correspondants* ». Le rapport souligne également que les principes fondamentaux du droit de la responsabilité en Allemagne sont sensiblement différents des principes retenus en France. Par exemple, il n'y a pas en Allemagne, et sur un plan général, de « *droit automatique et général à protection* » : Ce sont les contrats qui, sauf exception, fixent les règles effectivement appliquées. Ensuite, en ce qui concerne la responsabilité à l'égard des vices de construction, cachés ou non, les règles de la responsabilité sont différentes de ce qui se fait en France :

- Pendant la période de garantie, la responsabilité repose sur les maîtres d'œuvre et d'abord sur les architectes, autant ou plus que sur les entreprises ;
- La responsabilité est nettement plus étendue. Elle implique pratiquement la réparation de tout manquement contractuel, mais aussi d'une durée plus brève qu'en France. Si le BGB contient une disposition supplétive la fixant en général à 5 ans (3 ans dans certains cas et 10 ans en cas de vice caché résultant d'une action délibérée du constructeur), le VOB ramène ce délai à 4 ans prolongeables à 6 ans pour les entreprises de construction. Les maîtres d'œuvre dont les contrats ne relèvent pas du VOB, restent quant à eux soumis au délai de 5 ans du BGB, voire 30 ans dans certains cas exceptionnels de responsabilité délictuelle (Vices cachés intentionnellement ou négligence grossière). ⁶⁹⁹

En matière d'assurance, le rapport souligne divers points de divergence avec la France. Par exemple, « *la couverture assurancielle des vices de construction est exceptionnelle, limitée et en tout état de cause entièrement facultative* ». ⁷⁰⁰ Le principal mécanisme utilisé en Allemagne est le dépôt de garantie constitué par les entreprises de construction, généralement remplacé par un cautionnement délivré par un établissement de crédit ou un assureur. Si cette garantie n'est pas strictement obligatoire en droit, sauf pour les travaux publics, elle est très généralement imposée aux entreprises de construction par les maîtres d'ouvrage, tant publics que privés, surtout pour les chantiers importants, et ce à hauteur de 10% jusqu'à l'achèvement des chantiers et de 5% entre cette date et la fin de la garantie. Au-delà de cette protection limitée, le risque financier ultime est porté soit par les

⁶⁹⁸ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 29

⁶⁹⁹ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 30

⁷⁰⁰ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 30

maîtres d'œuvre assurés obligatoirement, soit par les entreprises de construction sur leurs fonds propres, soit en cas de défaillance des précédents, par les maîtres d'ouvrage eux-mêmes.

Le système Allemand encourage en matière de protection contre les risques de construction, l'initiative individuelle, les rapports contractuels et le libre jeu des forces du marché. Il n'impose aucune obligation d'assurance. Il semblerait que cela a un effet favorable sur le coût de la construction.⁷⁰¹

L'étude des systèmes d'assurance construction de l'Espagne, de la Grande Bretagne, des pays Bas et de l'Allemagne, met bien en évidence les divergences existantes. Ces régimes laissent une part de liberté contractuelle, ce qui n'est pas le cas en France où tout est strictement réglementé. Lorsqu'il sera question d'harmonisation, le consensus sera difficile à réaliser.

⁷⁰¹ Rapport sur les régimes d'assurance d'une vingtaine de pays précité, p. 39

BIBLIOGRAPHIE

Traité et manuels

ASSELAIN (M), AUBERT (J-L) et BELLEAU (C), *Responsabilité civile et assurances*, Etudes offertes au professeur H. Groutel, Litec Ed. du Juris-classeur, Mélanges 2006

ATIAS (C), *Philosophie du droit* P.U.F 1^{ère} Edition 1999

AUBERT (JL), *Gestion de l'immeuble*, sous la direction de JL Aubert, Dalloz immobilier 1994, 1253p.

AUBERT (JL), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Editions Sirey 2006, 356p.

AUBY (J.B) et PERINET- MARQUET (H), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Editions Montchrestien, 5^{ème} édition, 1998, 1005p.

AUBY (J.B) et PERINET- MARQUET (H), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Editions Montchrestien, 7^{ème} édition, 2004

BELAID (S), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ 1974, 360p.

BORE (J), *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de J. Boré, Dalloz 2007, 538p.

BIGOT (J), *Entreprises et organismes d'assurance*, Traité de droit des assurances, sous la direction de J. Bigot tome 1, LGDJ 1996, 777p.

BIGOT (J) et BELLANDO (JL), *La distribution de l'assurance*, Traité de droit des assurances, sous la direction de J. Bigot tome 2, LGDJ 1999, 769p.

BIGOT (J), *Le contrat d'assurance*, Traité de droit des assurances, sous la direction de J. Bigot, tome 3, LGDJ 2002, 1645p.

BIGOT (J) et PERIER (M), *Risques et assurances construction*, Argus de l'assurance 2007, 432p.

BIHR (P), *Droit civil général*, mémentos Dalloz, 15 éd. 2004, 286p.

BOUBLI (B), *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, Editions du J.N.A.1991

BOULEZ (J) *Expertise judiciaire, désignation et mission de l'expert, procédure selon la juridiction*, Delmas 12^{ème} édition, 2002

BUFFELAN-LANORE (Y), *Droit civil première année*, Armand Colin 2005, 927p.

CABRILLAC (R), *Droit des obligations*, Dalloz 1998, 342p.

CARRE DE MALBERG (R), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol. Sirey 1920 et 1922, réimpression, CNRS 1985

CARRE DE MALBERG (R), *La loi expression de la volonté générale*, Sirey 1931, réimpression, Economica 1984

CASTON (A), *La responsabilité des constructeurs*, Collection actualité juridique- Editions du Moniteur, 5^{ème} édition, 2000, 706p.

CASTON (A), *La responsabilité des constructeurs*, Collection actualité juridique- Editions du Moniteur, 6^{ème} édition, 2006, 636p.

CLEMENT (J), *Responsabilités et assurances dans le domaine de la construction*, Collection collectivités territoriales, Editions Economica C.F.P.C 1987.

DELMAS-MARTY (M), *Droit Pénal des Affaires*, 4^e édition, 2000.

DUFLOT (A), *Le droit contentieux de la construction, jurisprudence judiciaire et administrative*, Les éditions Juris, Collection Droit immobilier, 1996.

FAVRE ROCHEX (A), **COURTIEU (G)** et **DURRY (G)**, *Le droit des assurances obligatoires*, préface de G. Durry, LGDJ 2000, 350p.

FRYDMAN (B) et **HAARSCHER (G)**, *Philosophie du droit*, Editions Dalloz 1998

GENY (F), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ 1995, 2 vol. 446p et 422p

GHESTIN (J) et **GOUBEAUX (G)**, *Traité de droit civil, introduction générale*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 1994, 891p.

JAMIN (C), *La notion d'action directe*, préface J. Ghestin, LGDJ 1991, 410p.

KARILA (J. P.), *Les responsabilités des constructeurs*, Editions Delmas, 1991

KARILA (L) et **CHARBONNEAU (C)**, *Droit de la construction : Responsabilités et assurance*, Litec 2007, 521p.

KRAJESKI (D), *Droit des assurances*, Edition Montchrestien 2004, 198p.

LAMBERT- FAIVRE (Y), *Droit des assurances*, Précis Dalloz, Editions 2001, 876p.

LAMBERT-FAIVRE (Y) et **LEVENEUR (L)** *Droit des assurances Précis Dalloz*, 12^{ème} édition 2005, 918p.

LARHER (C), *L'expertise judiciaire dans le contentieux de la construction*, Paris, Ministère de la justice, Rennes, Centre de documentation juridique de l'ouest 1987, 46p.

LEGIER (G), *Droit civil, les obligations*, Mémentos Dalloz 1998, 218p.

LIET-VEAUX (G) et **THUILLIER (A)**, *Droit de la construction*, Litec 10^{ème} édition, 1991, 468p.

MALAURIE (P), **AYNES (L)** et **STOFFEL-MUNCK (P)**, *Droit civil les obligations*, Defrenois 2004, 824p.

MALINVAUD (PH) et **JESTAZ (PH)**, *Droit de la promotion immobilière*, précis Dalloz 1996

MALINVAUD (PH), *Construction 1998, assurance construction, bail à construction*, sous la direction de Ph. Malinvaud, Dalloz 1998, 1730p.

MALINVAUD (PH), *Droit de la construction 2007-2008*, sous la direction de Ph Malinvaud, Dalloz 2007, 1634p.

MAURIN (P), *Connaître, comprendre l'assurance construction*, Edition Lamy 1996

MAZEAUD (H,L,J) et **CHABAS (F)**, *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, tome 1, Editions Montchrestien 2000, 650p.

MAZEAUD (H,L,J) et **CHABAS (F)**, *Leçons de droit civil, obligations*, Montchrestien 1998, 1553p.

NAUBRON (A), *L'application de la garantie responsabilité civile dans le temps*, PUAM 2004, 98p.

PLANIOL (M) et **RIPERT (G)**, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. LGDJ 1928, 1112p.

PENNEAU (A) et **VINEY (G)**, *Règles de l'art et normes techniques*, préface de G. Viney, LGDJ 1989, 297p.

PERINET – MARQUET (H), *La responsabilité des constructeurs*, Dalloz 1996, 87p

PERINET – MARQUET (H), *Pratique du droit de la construction et responsabilités, assurance construction*, sous la direction de H. Périnet –Marquet, Editions du juris-classeur 2003, 799p.

RABATEL (M), *Prévenir les risques d'une opération de construction*, Edition Le moniteur 2006, 268p.

RIPERT (G), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955 ; 2^e éd. 1995, 423p.

ROCHER (J-C), *Fondements éthiques du droit*, Editions Fac 2000

SAYAG (A), *Essai sur le besoin créateur de droit*, préface de J.Carbonnier, LGDJ 1969, 320p.

SAINT- ALARY (R), *Droit de la construction*, PUF 1^{ère} éd., 1977, 655p.

SAINT- ALARY (R), *Droit de la construction*, Mémentos Dalloz Sirey 2006, 187p.

SERVERIN (E), *Sociologie du droit*, Editions la découverte 2000, 118p.

SOINNE (B), *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, LGDJ 1969, 2v. III, 934, VIII p.

TERRE (F), **SIMLER (Ph)** et **LEQUETTE (Y)**, *Droit civil les obligations*, Dalloz 2005, 1474p.

VICTOR-BELIN (N), **SABLIER (B)** et **GROUTEL (H)**, *Expertise en assurance construction*, Edition Argus 1987, 299p.

VICTOR-BELIN (N), *Prévenir pour construire : responsabilités et assurances dans le bâtiment*, Edition le moniteur 1996, 269p.

VINEY (G), *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 1997, 471p.

VINEY (G), *Les effets de la responsabilité*, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2001, 832p.

VINEY (G) et **JOURDAIN (P)**, *les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} édition, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2006, 1408p.

VOULET (J) et **BOULEZ (J)**, *Expertises judiciaires*, Editions Dalloz – Sirey 2006, 306p.

WILFRID (J), *Droit pénal des Affaires*, Précis Dalloz, 2003, 592p.

ZAVARO (M), *L'assurance et les garanties financières de la construction*, Litec 1997, 369p.

ZAVARO (M), *La responsabilité des constructeurs*, Litec 2005, 203p.

ZAVARO (M), *La responsabilité des constructeurs*, préface de Ph. Malinvaud, Litec 2007, 238p.

Thèses et mémoires

BACCOUCHE (M), *Essai sur la répartition de responsabilité des risques application à l'assurance construction*, thèse science économique, école des hautes études en sciences sociales 1999, 410p

BIHR (P), *Droit pénal de la construction*, thèse de doctorat, université de Nancy 1969, 280p.

CARCENAC (M), *La condition juridique des éléments préfabriqués dans la construction*, thèse de doctorat droit, université de Montpellier I, 1996, 406p.

CALAIS (B), *La notion d'immixtion en droit privé*, thèse de doctorat, université Paris 2, 1985, 339p.

CHAPUISOT (T), *Théorie et pratique de l'expertise, l'indemnisation et les recours en assurance construction*, mémoire DESS, université de Paris 2, 1993, 85p

CHEVAL (N) : *Les recours de l'assureur dommage après la réparation des désordres de construction*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1994, 105p.

CHRISTOPHE - MAZARD (J), *La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs*, thèse de doctorat droit privé , université Toulouse1, 2005, 315p.

COUTANT-LAPLACE (C), *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, thèse Paris I, 2002

D'HAUTEVILLE (A), *Responsabilités et assurances des ingénieurs conseils et des bureaux d'études*, thèse de doctorat, université de Paris I 1977, 519p.

KORSAKOFF (M), *L'expertise amiable en matière d'assurance construction*, thèse de doctorat droit, Université Paris XII, 1988

LESAGE (F), *La place du droit commun et du droit des assurances dans les assurances obligatoires*, thèse de doctorat droit privé, université de Montpellier, déc. 2000, 285p.

LOMBARD (P), *L'action directe et les recours dans le contentieux de la construction et de l'assurance construction*, mémoire de DEA, université Aix- Marseille 3, 1996, 98p.

MASSON (A), *La dimension pénale des opérations de construction immobilières*, thèse de doctorat droit, université Nice-sophia Antipolis, 2002, 437p.

MONTOUCHET (B), *la vision de l'assureur sur l'étendue des garanties dans le temps en assurance construction*, mémoire de DESS, université de Paris 2, 1993, 108p

PAGES DE VARENNE (M.L), *Les dérives de l'assurance construction et propositions de réforme*, thèse de doctorat droit privé, Université de Paris I, 1999, 277p.

PERINET- MARQUET (H), *Le droit de construire*, thèse de doctorat droit, université de Poitiers 1979, 452p

ROUEFF (P), *Le système français de responsabilité et d'assurance des constructeurs et les perspectives du droit communautaire*, mémoire DEA, université Aix- Marseille 3, 1990

RUDERMANN (K), *La responsabilité et l'assurance construction : Le système Français, modèle à suivre ou écueil à éviter : étude comparative France Espagne*, Mémoire de DESS Assurance Paris II session 2000

Articles, études et chroniques

ATIAS (Ch), *L'interruption du délai de garantie décennale*, D. 1995, chron. 329

AUBY (JB), *La responsabilité civile des constructeurs devant le juge administratif*, Rapport français aux travaux de l'Association Henri Capitant, journées égyptiennes, tome XLII 1991, Litec, Paris 1993, p. 101-114

ARTZ (JF), *Les dommages intermédiaires*, Rev. Administrer oct. 2000, p.29-32

AMBACHER (M), *L'indemnité que doit verser l'assureur dommages ouvrage est-elle subordonnée obligatoirement aux travaux de réparation ?* RDI avril-juin 1993, p.183-187

AUSSEUR (F), *La responsabilité et l'assurance des travaux sur existants*, RDI oct.-déc. 2000, p.498 – 501

BACH (L), *Jurisprudence*, Répertoire civil Dalloz

BARBANCEY (J), *Valeur à neuf et enrichissement*, Gaz. Pal. 1988, Doctr., p.28s.

BERLY (J.M), *Absence d'ouvrage : qui doit supporter la création de l'ouvrage dont l'absence est à l'origine de désordre ?* Gaz. Pal. 1994, p. 400

BERLY (J.M.), *La responsabilité du maître de l'ouvrage en raison des troubles anormaux de voisinage*, Constr et urb., janv. 2000, p. 5s.

BERLY (J.M.), *Désordres évolutifs- Etat de la jurisprudence*, RDI Août 2000, p. 116

BIGOT (J), *La mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur*, JCP 1966, I, p. 1970

BIGOT (J), *A propos de l'assurance construction : Droit commun ou Droit spécial ? un problème mal posé*, Gaz. Pal. 4 juin 1998, p. 699s.

BIGOT (J), *Action directe : feu la mise en cause de l'assuré*, JCP 2001, p. 113

BIGOT (J), *Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue. Ordonnance du 8 juin 2005*, JCP éd. G, juin 2005, p. 1220 s.

BIGOT (J), *Assurance construction- rapport Mercadal : un pavé dans la mare !*, RGDA 2006, p. 849-858

BOUBLI (B), *Sur quelques difficultés de convergence entre l'assurance et la responsabilité dans la construction*, RDI 1997, p. 371s.

BOUBLI (B), *La responsabilité civile des constructeurs devant le juge judiciaire*, Rapport français aux travaux de l'Association Henri Capitant, journées égyptiennes, tome XLII 1991, Litec, Paris 1993, p. 87-100

BOUCRAUT (L.M), *La réparation intégrale du préjudice*, Gaz. Pal. 30 juin 1994, Doctr. p. 824s.

BOULANGER (J), *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTDC 1961, p. 417-441

BOURLIAUD-REMERY (F) et REMERY (JP), *Remarques sur le calcul judiciaire de l'indemnité réparatrice de malfaçons*, RDI juil.- sept. 1990, p. 295-299

BOUYEURE (JR), *L'interruption de la garantie décennale*, Rev. Administrer mars 1991, p.9-15

CAILLE (C), *Assurances de dommages*, Rép. civ. Dalloz, déc. 2005

CATTAN (A), *Assiste t-on à une extension croissante de la responsabilité des constructeurs ?* Gaz. Pal. 16 mars 2000, p. 1-10

CHAPRON (J), *Observations sur la réception des travaux*, RDI janv.- mars 1995, p.8-16

CHEMIN (B) et (X), *De quelques pièges de procédure dans les litiges de construction*, RDI 1993, p. 461-480.

CHETIVAUX (S.C), *L'étendue de l'assurance de chose en cas d'omission d'ouvrage*, Gaz. Pal. 1985, I, 3175

CHETIVAUX (S.C), *Les réserves à la réception et la garantie du contrat d'assurance de dommages obligatoire*, JCP 1989, I, doct. 3400

CHETIVAUX (S.C), *La subrogation rétroactive*, Resp civ. et assur. n° 12 déc. 2003, p. 7

CHETIVAUX (S.C), *Assurances terrestres*, Juris-classeur Resp. civ. et assur., fasc. 540-10 et 540-20

CHETIVAUX (S.C), *Assurance construction*, Juris-classeur civil, fasc. 540-1 et 540-2

CHEVALIER (P), *L'incidence de l'expertise judiciaire dans la mise en jeu des garanties légales des articles 1792 et suivant du code civil*, Gaz. Pal. 18 oct. 1997, p. 1317-1320.

CHENUT (CH), *Absence d'ouvrage à l'heure du bilan*, Gaz. Pal. 16 mai 1996

CORDELIER (JP), *Vers une réforme du droit de la construction ?* RDI janv.-mars 1988, p. 22-36

COURTIEU (G), *Double langage sur la finalité de l'assurance dommages ouvrage*, Resp. civ. et assur.1994, chron. 32

COURTIEU (G), *La mise en cause de l'assuré par l'exercice de l'action directe : un archaïsme*, Resp. civ. et assur. 1991, chron. n° 14

COURTIEU (G), *Le référé – provision en assurance*, Resp. civ. et assur. Avril 1998, chron. n° 8

COURTIEU (G), *A propos de l'assurance de dommages à l'ouvrage : une controverse éteinte... une autre rallumée*, Resp. civ. et assur. avril 1999, chron. 10

COURTIEU (G), *Garantie, effondrement avant réception, la fin des subtilités*, Resp. civ. et assur. déc. 1999

COURTIEU (G), *Travaux de bâtiments et dommage au voisinage, d'arrêts de principe en rapports annuels*, Resp. civ. et assur. mars 2000

COURTIEU (G), *Responsabilité et assurance de la construction : les existants n'existent pas*, Resp. civ. et assur. juin 2000

COURTIEU (G), *Assurance de dommage à l'ouvrage : la prescription à la recherche d'un point fixe*, Resp. civ. et assur. fév. 2000, p. 6-7

DAVIN (M), *Conséquence de la modification des clauses types*, Mon. TP 5 sept. 1997, p. 40

DAVIN (M), *La modification des clauses types des contrats d'assurance dommages ouvrages*, AJDI 10 mars 1998, p. 166 s.

DAVIN (M), *Construction de maison individuelle, la dérive des contrats*, AJDI 10 janv. 1999, p. 18s.

DE FONTBRESSIN (P), *Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom comporte un titre III dont la connaissance est indispensable à tout expert judiciaire*, Rev. Expert n° 70, mars 2006, p. 12-15

DEFRANCE (G), *La « dommages ouvrage » une opération de préfinancement*, Argus Dossiers juridiques 30 janv. 2003, supplément n° 6819

DEFRANCE (G), *L'actualité jurisprudentielle de la prescription*, Argus dossier juridique 12 déc. 2003

DEFRANCE (G), *Procédure d'indemnisation : le caractère impératif de la procédure d'indemnisation de la « dommages ouvrage »*, Argus dossier juridique 30 janv. 2004, , supplément n° 6866

DE LESCURE (P), *Sur la distinction des vices et des défauts de conformité en matière de responsabilité des constructeurs*, Rev. Administrer n° 393, nov. 2006, p. 14-18

DE LESCURE (P), *La catégorie des éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS)*, RDI sept.-oct. 2006, p.347-355

DE NERVO (O), *Préjudice immobilier, la cohérence introuvable*, Mon. TP 7 déc. 1990, p. 58-61

DUMOULIN (L), *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, Rev. Droit et société 2000, n° 44-45, p. 199-223

DESUET (P), *Le problème des travaux sur existants : Quand l'immeuble devient le manteau d'arlequin*, Gaz. Pal. 23 fév. 1999, p. 2

DESUET (P), *Assurance responsabilité civile décennale. La non assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur : une jurisprudence contestable*, Gaz. Pal. 16 mars 2000, p. 10 – 15

DESUET (P), *Assurance construction : quelle stratégie pour le maître de l'ouvrage ?* RDI oct. 2000, p. 502-507

DESUET (P), *Problème des travaux sur existants depuis l'ordonnance du 8 juin 2005*, Gaz. Pal. 25 mai 2006, p. 5-23

DESUET (P), *La législation des plafonds de garantie en police responsabilité décennale : une fausse réponse pour de vrais problèmes...*, RDI janv. 2007, p. 66-74

DESUET (P), *Les nouvelles règles d'assurance en matière de travaux de rénovation*, RDI janv.-fév. 2007, p. 51-57

DESDEVISES (Y), *Le référé interruptif et la responsabilité des constructeurs*, RDI juil.-sept. 1989, p. 327-333

DURRY (G), *L'annulation de l'article A 241-2 du Code des assurances*, RDI 1980, p. 30

DURRY (G), *Assurance dommages ouvrage et prescription biennale*, Resp. civ et assur., mai 2000, p. 4 - 6

DURRY (G), *L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de chose ?* Risques n° 59, sept. 2004, p. 135 – 138

EMON (C), *Responsabilité et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005*, Rev. Administrer n° 390, juil. 2006, p. 9-20

EMON (C), *Assurance construction et non respect des règles de l'art : la déchéance de garantie*, Rev. Administrer n° 387, avril 2006, p. 11-12

GARREAU (D), *L'expert judiciaire et le service public de la justice*, D. 1988, chron. XV, p. 97

GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK (F), *Pour une durée décennale de la responsabilité des constructeurs*, RDI juil.-Août 2006, p ; 259-263

GROUTEL (H), *Réflexions sur la subrogation anticipée*, D. 1987, chron. p. 283-285

GROUTEL (H), *Les exceptions relatives à la garantie soulevées par l'assureur devant la juridiction répressive : un revirement de la chambre criminelle de la cour de cassation*, Resp. civ. et assur. janv. 1990, chron. n°1

GROUTEL (H), *La double nature de l'action directe contre l'assureur de responsabilité*, Resp. civ. et assur. 1991, chron. n° 8

GROUTEL (H), *Menaces sur la subrogation de l'assurance*, Resp. civ. et assur. 1991, chron. 27

GROUTEL (H), *De la notion de bâtiment à celle des techniques de travaux de bâtiment*, Resp. civ. et assur. 1991, chron. 14

GROUTEL (H), *La sanction du non-respect des délais imposés à l'assureur dommages ouvrage en cas de sinistre*, Rev. Administrer mai 1992, p. 68

GROUTEL (H), *Le principe indemnitaire n'est pas toujours ce que l'on croit*, Resp. civ. et assur., déc. 1994, chronique, n° 36, p. 1 -3

GROUTEL (H), *La prescription biennale et les contraintes de l'assurance dommages ouvrage*, Resp. civ. et assur., juil. 1997, p. 4 -5

GROUTEL (H), *De la notion de bâtiment à celle de technique des travaux de bâtiments*, Resp. civ. et assur. Hors série, déc. 1998, p. 231

GROUTEL (H), *La mise en œuvre de l'assurance des dommages à l'ouvrage*, Resp. civ. et assur. janv. 1998, p.4

GROUTEL (H), *L'objet de la garantie de l'assurance de responsabilité décennale*, Resp. civ. et assur. fév. 1998

GROUTEL (H), *Travaux immobiliers et troubles de voisinage : une jurisprudence troublante*, Resp. civ. et assur. nov. 1999

GROUTEL (H), *Assurance construction : les mécomptes du maître de l'ouvrage*, Resp. civ. et assur. mars 2004, chronique n° 6, p. 4 - 6.

GYS (F), *L'article 1792-6 du Code civil et la réception tacite des ouvrages*, PA 6 mars 1995, p. 8 – 11

HELLER (J), *Organisation et financement de l'assurance construction*, Droit et ville 1988, n° 88, p. 107-117

HEUGAS-DARRASPEN (H), *L'expertise judiciaire en matière immobilière, aperçu législatif, réglementaire et jurisprudentiel année 1997-1998*, AJDI 10 avril 1999, p. 312 s.

HEUGAS-DARRASPEN (H), *Expertise judiciaire et procédure civile*, AJDI, 2006, n° 4 p. 255-258

JAMIN (C), *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, D. 2001, chron, p. 901

JESTAZ (P), *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, chron. III, Dalloz 1987, p. 11-17

JOURDAIN (P), *La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime*, RDI 1995, p. 51

KARILA (J.P.), *Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978*, Gaz. Pal. 12 août 1986, p. 469-473

KARILA (J.P.), *Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière*, AJDI 10 janv. 1997

KARILA (J P), *La responsabilité pour les désordres affectant des travaux de ravalement ou de peinture*, RDI, juil.-août 2001, p. 201-206

KARILA (J P), *Garantie décennale et désordres futurs. Nature de la responsabilité engagée en cas de désordres affectant des peintures à fonction esthétiques*, D. 2002, jurispr., p. 833

KARILA (J.P.), *Vers l'uniformisation de tous délais d'action des différentes responsabilités des constructeurs d'ouvrages immobiliers*, JCP éd. N, 26 mars 2004, p. 545 -551

KARILA (J.P.), *Les conséquences pour l'assureur des lacunes de l'attestation d'assurance décennale*, Tribune de l'assurance, suppl. n° 8, fév. 2005, p. 1- 4

KARILA (J.P.), *Responsabilité et assurance construction la réforme du 8 juin 2005*, Mon. TP 16 sept. 2005, cahier détaché n° 2

KARILA (J.P.), *Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparation d'ouvrages existants*, Constr et Urb., fév. 2006, p. 5-17

KARLESKIND (A), *Conclusions des réflexions sur les forces, faiblesses, opportunités et menaces de l'expertise judiciaire*, Rev. Expert n° 70, mars 2006, p. 28-30

KORNPROBST (E), *La TVA et la fixation des dommages intérêts*, RDI avril-juin 1995, p. 237s.

LARRIBAU- TERNEYRE (V.), *La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile*, PA 2 déc. 1998, p. 7-13.

LASSERRE (J), *Le point de vue d'un expert construction : expert judiciaire : expert d'assurance...une compatibilité controversée*, Rev. Experts déc. 2002, n° 57, p. 24

LEGUAY (G), *La question de l'absence d'ouvrage dans le cadre des polices maîtres d'ouvrage et dommages ouvrage*, RDI janv.-mars 1987, p. 15s

LEGUAY (G), *Derrière le paravent du parfait achèvement*, RDI juil.- sept. 1987, p. 368

LEGUAY (G), *La responsabilité décennale et l'assurance décennale ne concernent pas les désordres apparents mais... les désordres apparents peuvent être réparés au titre de la garantie dommages*, RDI oct.-déc. 1988, p. 488

LEGUAY (G), *L'assurance dommages ouvrage et le principe indemnitaire*, RDI 1993, p. 101s.

LEGUAY(G), *Première étape des réflexions engagées en matière de responsabilité et d'assurance construction*, RDI 1997, p. 94s.

LEGUAY (G), *Rapport sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire*, commentaire, RDI 1998, p.112s.

LEGUAY (G), *Assurance construction*, Rép. civ. Dalloz, janv. 2005

LEGUAY(G), *Assurance construction, la réforme*, Bulletin d'actualité Lamy droit immobilier 2005, n° 126, p.7

LEGUAY (G), *La question des dommages aux existants dans le cadre de la convention du 8 septembre 2005*, RDI nov.-déc 2005, 418-422

LEGUAY (G), *Dommages aux existants: la convention*, Bulletin d'actualité Lamy droit immobilier 2005, n° 130, p. 4

LEGUAY (G), *Les nouvelles règles d'assurance du rénovateur*, RDI janv. 2007, p. 47-50

LENOBLE, *Le défaut de souscription d'une assurance dommages ouvrage, vente du bien, conséquences*, Informations FNAIM. 1999, n° 270, p. 4

LESAGE (F), *Confrontation Droit commun – Droit spécial au moment de la révision des règles de l'assurance construction*, Gaz. Pal. 1998, I, Doct., p. 205

LESAGE (F), *Le recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage, prisonnier des déclarations de l'assuré ?* PA 18 juin 1999, n°121, p.14 -17

LESAGE (F), *La problématique du recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage en fin de période de garantie*, PA 23 nov. 1999, n° 233, p. 15 – 21

LESAGE (F), *Existe t-il des limites à la responsabilité décennale ?* Rev. Administrer n° 355, mai 2003, p. 13 – 24

LESAGE (F), *De quelques points de repère de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs*, Rev. Administrer nov. 2003, p. 10-14

LESAGE (F), *Le contrat d'assurance dommages ouvrage est à la recherche de son droit*, RGDA 2005, n°2, p..334 s.

LESAGE (F), *La polymorphie de l'ouvrage de l'article 1792 du Code civil*, Rev. Administrer n° 377, mai 2005, p. 21-24

LESAGE (F), *Garantie décennale, ouvrage : attention danger!* Mon. TP 2 déc. 2005, p. 92-93

LESAGE (F), *La nouvelle assurance de la responsabilité décennale n'est pas toujours une assurance totale*, RGDA 2006, n° 3, p. 605-615

LIET-VEAUX (G), *Construction, responsabilité décennale, dommages couverts*, Juris-classeur Resp. civ. et assur., fasc. 355-42 et 355-43

MALINVAUD (PH) et **JESTAZ (PH)**, *La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, JCP 1978, I 2900

MALINVAUD (PH.), *L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fournisseurs des matériaux et composants*, D. 1984, chron. 41

MALINVAUD (PH) et **JESTAZ (PH)**, *La définition des travaux de bâtiment dans l'assurance construction*, RDI 1985, p. 217

MALINVAUD (PH.), *Responsabilité du fabricant à l'égard du maître de l'ouvrage*, JCP éd. G. 1986, II, 20616

MALINVAUD (PH.), *L'application de la directive Communautaire du fait des produits défectueux et le droit de la construction ou le casse-tête Communautaire*, D. 1988, chron. 85

MALINVAUD (PH.), *La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le Droit de la construction*, D. 1999, p. 85- 97.

MALINVAUD (PH), *Rapport de synthèse aux travaux de L'Association Henri Capitant, journées égyptiennes, la responsabilité des constructeurs* tome XLII 1991, Litec Paris 1993, p. 1-22

MALINVAUD (PH.), *Les nouvelles règles de responsabilités du rénovateur*, RDI janv. 2007, p. 39-46

MALINVAUD (PH.), *La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n°2005-658 du 8 juin 2005*, RDI juil.-août 2005, p. 237 – 244

MALINVAUD (PH.), *Coup d'éclat ou coup de grâce pour les EPERS ?* D. 5 avril 2007, p. 981-984

MARGANNE (H), *La crise de l'expertise judiciaire, une justice en trompe l'œil*, Mon. TP 1^{er} mars 1996, p. 42

MATHURIN (C), *Les différents systèmes de responsabilité et d'assurance dans les Etats membres de la CEE et le problème de leur unification*, Droit et Ville 1988, n° 26, p. 119-137

MAYAUX (L), *Assurances terrestres*, Rép. civ. Dalloz, janv. 1999

MENDAK (P), *Le risque pénal dans la construction*, Lamy Droit immobilier, n° 84, oct 2001

MEVOUNGOU NSANA (R), *Le préjudice causé par un ouvrage immobilier : réparation en nature ou par équivalent ?* RTDC oct.- déc 1995, p. 734-781

NOGUERO (D), *Responsabilité et recours de l'assureur du fait de son agent général d'assurance*, PA 28 juin 2006, p. 15-22

NOGUERO (D), *La renonciation de l'assureur à la résiliation du contrat pour non paiement de la prime*, D. 16 nov. 2006, p. 2771-2774

PAGES DE VARENNE (M.L.), *Point sur l'assurance construction : une réforme à pas de souris, la jurisprudence et ses bottes de sept lieux*, Constr. et urb. mai 2000, p. 5 - 8

PAGES DE VARENNE (M.L.), *Concrétisation d'une réforme relative à l'assurance de la responsabilité dans le domaine de la construction*, Constr. et urb. juil-août 2005, p. 16 – 17.

PAGES DE VARENNE (M.L.), *Responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005*, Constr. et urb. sept. 2005, p. 8 -11

PASANISI, *Considération sur une question discutée : la subrogation en matière d'assurance*, in Etudes Besson, LGDJ 1976, p. 275s

PEISSE (M), *L'interruption des délais dans le domaine de la construction*, Gaz. Pal. 8 fév. 1996, p. 131-134

PERINET – MARQUET (H), *La réception des travaux, états des lieux : l'article 1792-6 du Code civil, dix ans après*, D. 1988, chron. p. 287- 294

PERINET – MARQUET (H), *Le fabricant sous traitant, une hybridation difficile*, JCP éd. G 1989, I, 3399

PERINET – MARQUET (H), *Récents apports jurisprudentiels en matière de responsabilité contractuelle des constructeurs*, JCP éd. N 1990, I, p.1

PERINET – MARQUET (H), *Le droit de la construction et l'Europe*, RDI janv.-mars 1988, p. 1-16

PERINET – MARQUET (H), *Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la CEE et les perspectives d'harmonisation communautaire*, RDI 1990, p. 39

PERINET – MARQUET (H), *Remarques sur la force de la garantie des constructeurs depuis la loi de 1978*, JCP éd. G. 1992, I 3553

PERINET – MARQUET (H), *La responsabilité des constructeurs en droit communautaire : enjeux et débats*, RDI 1992, p. 457

PERINET – MARQUET (H), *De la réparation*, Extrait des Actes du colloque 20 ans de loi Spinetta, de l'Union des experts judiciaires des Alpes-Maritimes et du Sud-Est et Barreau de Nice -Barreau de Grasse, du 27 nov. 1998, p. 112-126

PERINET – MARQUET (H), *Assurance construction, généralités, règles communes aux assurances de responsabilité et de dommages obligatoires*, Juris-classeur constr- urb., fasc. 245-5

PERINET – MARQUET (H), *La responsabilité relative aux travaux sur existants*, RDI 2000, p. 483

PERINET – MARQUET (H), *Le droit français de la construction à la fin du XXème siècle existe-t-il ?* in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 669

PERINET – MARQUET (H), *Les aspects économiques du contrat de construction*, RDI janv.-fév.2002, p. 24-30

PERINET – MARQUET (H), *Un système en évolution*, Extrait des actes du colloque, la loi Spinetta 25 ans après, de la SMABTP du 14 oct. 2003, p. 5-11 (en ligne sur le site internet de la SMABTP)

PERINET – MARQUET (H), *Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance construction, en France depuis 1978*, Mélanges Gausch, Fribourg, 2004

PERINET – MARQUET (H), *Les constructeurs mieux responsabilisés*, Mon. TP 16 sept. 2005, p. 114-115

PERINET – MARQUET (H), *Tous les ouvrages sont concernés sauf...*, Mon. TP 23 sept. 2005, p. 94-95

PERINET – MARQUET (H), *Le droit de la construction en France et en Belgique : approche du droit comparé*, Extrait des actes du colloque, les opérations transfrontalières de construction, journées franco-belge, Larcier 2007, 288 p.

PERINET – MARQUET (H), *La responsabilité des fabricants de matériaux de construction*, RDI fév. 2007, p. 2-26

PENNEAU (A), *La notion de règle d'art dans le domaine de la construction*, RDI 1988, p. 407

PENNEAU (A), *Impact du droit communautaire sur les normes techniques*, Extrait des actes du colloque, les opérations transfrontalières de construction, journées franco-belge, Larcier 2007, 288p.

PERROT (R), *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gaz. Pal. 1977, I, Doctr., p. 91

PONCE (C), *Contribution à la définition du champ d'application de l'assurance construction : la notion de « travaux de construction »*, RGDA 2004, n° 4, p. 901 – 911

PREUD'HOMME (D), *La formation de l'expert judiciaire : impact des dispositions de la loi du 11 février 2004 et du décret du 23 décembre 2004*, Rev. Expert n° 66, mars 2005, p. 26-27

RAKOTOVAHINY (M.A), *A propos du désordre à brève échéance*, Bulletin d'actualité, Lamy droit immobilier, n° 104, juil. 2003, p. 1-3

REMERY (J.P), *Le rôle du technicien commis par le juge dans la réalisation de travaux ordonnés ou autorisés en justice*, D. 1986, chron. XLVII, p. 285-292

RIEG (A), Rapport français, travaux de l'association Henri Capitant, *l'interprétation par le juge des règles écrites*, journées Louisianaises, tome XXIX 1978, p. 71-85

RUELLAN (F), *L'office du juge dans le contrôle des expertises : l'expérience du tribunal d'Albertville*, Gaz. Pal. 12 juin 1997, Doctr., p. 850-855

ROMERO (J.M), *Les préjudices en matière de bâtiment et de construction inventaire-évaluation-vérification*, Mon. TP 7 janv. 2005, cahier détaché, n° 3, 23 p

ROUJOU de BOUBEE (G), *infractions pénales : cadres juridiques et opération de construction*, Juris-classeur construction et urbanisme, fasc.240

SIZAIRE (D), *Dommages intermédiaires, une responsabilité de moins en moins résiduelle*, Constr. et urb. août 1999

SIZAIRE (D), *Protection indifférenciée des acquéreurs*, JCP éd. E, 1999, p. 454 s.

STAGNARA (M), *L'expert d'assurance est-il indépendant?* Rev. Expert n° 66, mars 2005, p. 32-36

THIOYE (M), *Retour sur un thème rémanent du droit de la construction: la réparabilité des dommages futurs et évolutifs*, RDI mai-juin 2004, p. 229-238

VALDES (A), *Désordres évolutifs et désordres futurs au regard de la garantie décennale des constructeurs*, Rev. Administrer n° 387, avril 2006, p. 16-19

VALDES (A), *Les travaux réalisés sur des ouvrages existants, application des règles de la responsabilité décennale des constructeurs*, Rev. Administrer n° 389, juin 2006, p. 18-22

VALDES (A), *Le point de la jurisprudence sur les éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS) du fabricant de composants au sens de l'article 1792-4 du Code civil*, Rev. Administrer n° 394, déc. 2006, p. 51-55

VALLERY-RADOT (L), *L'immixtion du maître de l'ouvrage dans une opération de construction*, Gaz. Pal. 1982, 2, doctr. 572

VARESE, *Cas d'espèce et principes généraux en matière de subrogation d'assurance*, RGAT 1987, p. 67s

VILLIEN (P), *Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière*, RDI juil.-sept. 2000

VLAMUYNS (D), *La réparation des désordres futurs et évolutifs*, Mon. TP 14 oct. 2005, p. 102-103

VLAMUYNS (D), *L'assurance dommages ouvrage*, Mon. TP 4 fév. 2005, p.68-70

ZAVARO (M), *La responsabilité de l'expert*, Rev. Annales des loyers n° 3, mars 2002, p. 522-542

ZAVARO (M), *L'aggravation du dommage par le maître de l'ouvrage*, Bulletin d'actualité, Lamy droit immobilier, juin 2002, p. 1

ZAVARO (M), *La réforme des clauses types des polices d'assurance de dommages ouvrage*, Gaz. Pal. 18 oct. 1997, p. 1314 -1316.

ZAVARO (M), *L'assureur dommages ouvrage et la prise en charge de l'aléa technique des reprises*, Bulletin d'actualité, Lamy immobilier n° 132, fév. 2006, p. 6-8

ZAVARO (M), *L'objet de l'assurance dommages ouvrage*, RDI mars-avril 2006, p. 83-87

Rapports, actes de colloques, congrès et comptes-rendus

SPINETTA (A), Rapport sur la *proposition pour une réforme de l'assurance construction*, la documentation française, juil.1976

SPINETTA (A), *l'assurance construction*, rapport au Premier Ministre, collection des rapports officiels, la documentation française 26 oct.1981

Rapport sur les *éléments pour un droit européen consensuel dans le domaine de la construction*, rapport au Premier Ministre, comité pour l'application de la loi 7812 du 4 janvier 1978 (COPAL) présidé par Adrien Spinetta, La documentation française 1994, 110p.

Actes du colloque de l'association des juristes d'assurance et de réassurance (AJAR), *Les responsabilités de l'assureur*, Gaz. Pal. 23 avril 1996, p. 373

PERINET– MARQUET (H), **SAINT HALARY HOUIN (C)** et **KARILA (JP)**, Rapport sur le *champ d'application de l'assurance construction obligatoire*, RGDA 1998, p. 171-213; RDI 1998, p.1s

Compte rendu des entretiens de la citadelle, *20 ans de loi Spinetta*, Saint-Jean Cap Ferrat, Union des experts judiciaires des Alpes maritimes et du sud-est et Barreau de Nice - Barreau de Grasse 27 nov. 1998.

Note d'information du ministère de l'économie et des finances décembre 1978, *Economie générale de la loi du 4 janvier 1978*, éd. l'Argus 1999

Acte XVI du congrès national des experts judiciaires, *Au cœur des conflits : l'expert*, Toulouse 20,21et 22 oct. 2000

Actes du congrès de Lille, *de l'expertise à l'arbitrage*, Compagnie française des experts construction, juin 2002

Actes du colloque Paris V, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?* PA, hors série 20 nov. 2002

Actes du colloque organisé par la SMABTP, *L'assurance construction à l'épreuve du temps, 1978-2003 : La loi Spinetta 25 ans après...*, Société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics 14 oct. 2003, 71p

ARNAULT (S) et **KRIEF (P)**, *Le coût des expertises judiciaires civiles*, Infostat justice, Ministère de la Justice, juil. 2003, n° 66, 4p.

ARNAULT (S), *La durée des affaires civiles dans les tribunaux de grande instance en 2001*, Infostat justice, Ministère de la Justice déc. 2003, n° 71, 4p

Actes du colloque organisé le 19et 20 mars par la compagnie des experts près de la cour d'appel de Versailles, *Entre le magistrat et l'avocat : l'expert*, Compagnie des experts près de la cour d'appel de Versailles, mars 2004

PENNEAU (A) et **PERINET-MARQUET (H)**, Rapport sur *la certification de produits et services dans le domaine de la construction*, Ministère de l'équipement des transports et du logement, collection les rapports janv. 2004, 92p. (en ligne sur le site internet du GRIDAUH)

PENNEAU (A) et **PERINET-MARQUET (H)**, Rapport sur *l'impact du droit communautaire sur la réglementation et les normes techniques dans le droit de la construction*, Ministère de l'Equipement, collection les rapports 2005, 144p.

Mission **MAGENDIE**, Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice*, 15 juin 2004 (en ligne sur le site internet du Ministère de la justice)

Rapport au Président de la République relatif à *l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 portant modifications de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts*, JO 9 juin 2005, p. 10093; Rev. Administrer n° 379, juil. 2005, p. 61-62

Actes du congrès organisé par la Compagnie des ingénieurs experts près de la cour d'appel à Jersey du 21 au 24 avril 2005, *Réflexions sur les forces, les faiblesses, opportunités et menaces de l'expertise judiciaire*, Rev. Expert n° 70, mars 2006, 30p

MERCADAL (G), *Réflexions sur l'assurance construction, la prévention, la qualité et mesures proposées pour en améliorer le fonctionnement*, Mon.TP 3 fév. 2006, p.20 (en ligne sur le site internet de la Société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics, SMABTP)

Mission sur l'assurance construction, rapport particulier sur *les régimes d'assurance construction dans une vingtaine de pays étrangers*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et Ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer, oct. 2006, 69p (en ligne sur le site internet de la Documentation française, rubrique rapports officiels)

Rapport sur *l'assurance construction*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et Ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer, oct. 2006, 117p. (en ligne sur le site internet de la Documentation française, rubrique rapports officiels)

Actes du colloque *les opérations transfrontalières de construction* journée franco-belge, Larcier 2007, 288p.

Notes et observations

ARTZ (JF), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 18 juil. 2001, Rev. administrer 2002, p.32

BEAUCHARD (J), notes sous arrêts Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997, RGDA 1997, p. 1024; Cass. 3^e civ., 29 mars 2000 Dussoubs / Mutuelles de l'Indre;

BERLY (JM), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1986, Bull. civ. I, n° 46; Gaz. Pal. 31 janv. 1987, p. 52;

BIGOT (J), notes sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, RGAT 12989, p. 583 ; Cass. 3^e civ., 31 oct. 1989, RGAT 1990, p. 162; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1989, RGAT 90-160; Cass. 1^{re} civ., 9 avril 1991, RGAT 1991, p. 608 ; Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, RGAT 1992, p. 566; Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1992, RGAT 1992, p. 573; CA Aix en provence, 27 janv. 1988, RGAT 1989, p. 85 ; CA Montpellier, 27 juin 1990, RGAT 1991, p. 118 ; CA Rouen 9 oct. 1990, RGAT 1991, p. 599, CA Paris, 23è ch. B, 14 juin 1991, RGAT 1991, p. 879;

BOUBLI (B), notes sous arrêts Cass. 3^e civ., 21 mars 1979, RDI 1979, p. 344 ; Ass. Plén. 7 fév. 1986, RDI 1986 p. 367 ;CA Riom, 7 juil. 1988, RGAT 1989, p. 213

BOUT (R), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 22 juil. 1986, n° 85-10.255, RGAT 1986, p. 595

BOUYEURE (JR), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 20 mai 1998, Rev . Administrer, août-sept 1998, p. 49

BRUSCHI (), notes sous arrêts Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-14127, RGDA 2002, p. 77; Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2003, RGDA 2004, p. 47; Cass.1^{re} civ., 27 janv. 2004, RGDA 2004, p. 631 ; Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2004, RGDA 2004, p. 641

COURTIEU (G), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, Resp. civ.et assur. 2002, comm. 267

DESSUET (P), notes sous arrêts Cass. 3^e civ., 12 mai 1999, n° 770, pourvoi, n° 97-10.146 ; RDI janv.-fév. 2004; Cass. 1^{re} civ., 8 fév. 2003, RDI 2004, p. 60 ; Cass.3^e civ., 29 oct. 2003, RDI 2004, p. 57; Cass.3^e civ., 7 juil. 2004, RDI 2004, p. 419

D'HAUTEVILLE (A), notes sous arrêts Cass. 3^e civ., 1^{er} avril 1992, RGAT 1992, p. 577; Cass. 3^e civ., 24 fév. 1993, RGAT 1993, p. 618; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993 RGAT 1994, p. 161; Cass. 3^e civ., 5 janv. 1994, RGAT 1994, p. 554; Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1995, RGAT 1995, p. 923 ; Cass. 3^e civ., 12 juil. 1995, RGAT 1995, p. 927; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 1996, RGDA 1996, p.661; Cass. 3^e civ., 7 mai 1997, RGDA 1997, p. 777; Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1999, Allianz via c/ Guegniaud et autres, RGDA 1999, p. 1035; Cass. 1^{re} civ. ;, 4 déc 2001, RGDA 2002, p.121; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, RGDA 2003, p. 313; Cass. 1^{re} civ., 29 avril 2003, RGDA 2003, p. 510 ; Cass.3^e civ., 16 déc. 2003, RGDA 2004, p. 110; Cass.3^e civ., 17 déc. 2003, RGDA 2004, p. 130 ; CA Dijon, 19nov.1996, RGDA 1997, p. 781

DUBOIS (P), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 1992, Bull. civ. I, n° 63 ; D. 1992, p. 469;

DURRY (G), notes sous arrêts Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, RDI 2000, p.73; Cass. 3^e civ., 28 nov. 2001, RDI 2002, p. 33; Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2001, RDI 2002, p. 130 ; CA Paris, 19^e ch. sect. 13, 12 sept. 2002, RG n° 2002/02168, RDI nov.-déc. 2002, p. 509

FOSSEREAU (J), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 22 mars 1995, Bull. civ. III, n° 80 ; JCP éd.G 1995 II, 22416,

GUILLOT (), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 10 déc. 1985, Rev. Administrer, juin 1986, p. 49

GROUTEL (H), notes sous arrêts Cass. 3^e civ., 17 mars 1999, Resp. civ. et assur. juin 1999, p.18; Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, Resp civ et assur. 1999, n° 236; Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2001, Juris-data n° 2001 009211, Resp. civ. et assur., 2001, com. 240; Cass. 3^e civ., 31oct. 2001, Cie Winterthur assurances / Sté coopérative agricole, Agro Picardie, Juris-data n° 2001-011490 ; Resp. civ. et assur. janv. 2002, comm. 38; Cass.3^e civ., 16 mars 2005, Resp. civ. et assur. 2005, comm. 156

JOURDAIN (P), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, Bull. civ. III, n° 86, p.56; RTDC 1994, p.118 ;

JUNILLON (),note sous arrêt Cass.3^e civ., 5 mars 2003, JCP 2003, II, 10106

KARILA (JP), notes sous arrêts Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1993, RGAT 1994, p. 568; Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, RGAT 1997, p.199; Cass.3^e civ., 18 juin 1996, RGDA 1996, p. 657; Cass. 3^e civ., 11 fév. 1998, RDI 1998, p. 262 ; RGDA 1998, p. 287; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, RGDA 1998, p.277; Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1998, RGDA 1998, p. 740; Cass. 3^e civ., 21 juil. 1999, RGDA 1999, p. 28; Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 245 ; RGDA 2001, p. 976; Cass.3^e civ., 21 janv. 2004, RGDA 2004, p. 469; Cass.3^e civ., 18 fév. 2004, RGDA 2004, p. 471 ; Cass.3^e civ., 6 oct. 2004, RGDA 2004, p. 144 ; Cass.3^e civ., 17 nov. 2004, RGDA 2005, p. 173

KULLMANN (J), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, RGDA n° 4, p. 1108;

LEGUAY (G), notes sous arrêts Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1989, RDI Juil.- sept. 1989, p.377; Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1989, RDI 1989, p.485;Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989, RDI Oct.-déc. 1989, p. 482; Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991 RDI juil. Sept. 1991, p. 360 ; Cass. 3^e civ., 12 juil. 1995, Gaz. Pal. 1996, panor. P. 150 ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 1996, RDI juil.- sept. 1996, n° 392, p. 196; Cass. 3^e civ., 3 juil. 1996, RDI 1996, p. 591; Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1997, RDI 1997, p. 253; Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2001, Bull. civ. I, n° 175, RDI 2001, p. 346; Cass. 1^{re} civ., 4 fév. 2003, RDI 2003, p. 233; Cass.3^e civ., 8 juin 2004, RDI 2004, p. 424 ; Cass.3^e civ., 15 déc. 2004, RDI mars-avril 2005, p. 92 ; CA Aix en provence, 27 janv. 1988, RDI 1989, p. 376 ; CA Paris, 23^e ch. B, 14 juin 1991, RDI juil.-sept. 1991, p.364 ; CA Colmar, 1^e ch. civ., 11 oct. 1994, Mme Wagner, RDI 1995, p. 355 ; TGI Strasbourg, 12 oct. 1992 Wagner/Sprinks, RDI avril-juin 1993, p. 241 et 291

MALINVAUD (Ph), notes sous arrêt Ass. Plén. 7 fév. 1986, Bull. civ. ass. Plén. n° 2 ; RDI 1986 p. 367; Cass. 3^e civ., 21 mars 1979, RDI 1979, p. 344 ; Cass. 3^e civ., 8 déc. 1981, RDI 1982, p. 517; Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, RDI 1996, p.38; Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, RDI 1998, p.375; Cass. 3^e civ., 20 juin 2001, RDI 2001, p.520; Cass. 3^e civ., 12 juil. 2002, RDI 2002, p. 421; Cass.3^e civ., 10 déc. 2003, RDI 2004, p. 193 ; CA Riom, 7 juil. 1988, RGAT 1989, p. 213 ; TGI Nanterre, 21 juin 1986, RDI 1986, p. 575

MAYAUX (L), note sous arrêt Cass.3^e civ., 15 mai 2002, RGDA 2002, p. 747

PAGES DE VARENNE (ML), notes sous arrêts Ass. plén. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, Constr.et urb. Déc. 2006, p. 19; Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2002, Constr. et urb. Mars 2003, p. 15; Cass.3^e civ., 29 oct. 2003, Constr. et urb. 2004, n° 49; Cass.3^e civ., 7 avril 2004, Constr. et urb. p. 13; Cass.3^e civ., 6 oct. 2004, Constr. et urb. mars 2005, p. 14 ; Cass.3^e civ., 15 déc. 2004, Constr. et urb. fév. 2005 p. 14 ; Cass.3^e civ., 31 mars 2005, Constr. et urb ; mai 2005, p. 11

PERINET-MARQUET (H), notes sous arrêt Cass. 3^e civ., 31 mars 1993, RGAT 1993 p. 611 ; Cass. 3^e civ., 28 avril 1993, JCP 1993, 22103; Cass. 3^e civ., 24 avril 1994, RGAT 1994, p. 820; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, RGAT 1994, p. 1188; Cass. 1^{re} civ., 6 déc 1994, Bull. civ I, n° 359, p. 259; RGAT 1997, p. 769; Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1995, RGDA 1996, p. 343; Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1996, RGDA 1996, p. 373; Cass. 3^e civ., 13 mars 1996, RGDA 1996, p.663; Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, RGDA 1998, p. 94; Cass. 3^e civ., 9 déc 1997, RGDA 1998, p. 106; Cass. 3^e civ., 22 juil. 1998, RGDA 1998, p. 745; Cass. 3^e civ., 21 nov. 2001, RGDA 2002, p. 412; Cass.3^e civ., 29 janv. 2003, Defrenois 2003, p. 1275; Cass.3^e civ., 10 déc. 2003, Defrenois 2005, art ; 38079, n°3

PICARD (M), note sous arrêt Cass. civ., 13 déc 1938, DP 1939, 1, p. 3

RAFFI (R), notes sous arrêt Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, D. 1994, p. 413; Cass. civ.; 3è 30 mars 1994, Bull. civ. III, n° 70 D. 1994, IR, 114 ; D. 1995, p. 279 ; Cass. 3^e civ., 25 juin 1997, D 1998, p. 360;

SARGOS (P), note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 2 fév. 1994, D 1994, jurispr. 521

TERNEYRE (P), notes sous arrêts CE 3 juin 1987, D. 1987, somm. 439 ; CE 24 janv. 1990, Sa Delaboudinière, Rev. De droit public 1991, p. 312 ; RDI 1990, p. 209

TOMASIN (Y), note sous arrêt Cass. 3^e civ., 23 avril 1996, JCP 1988, éd. G II, 20812

JURISPRUDENCE

Cour de Cassation

Cass. civ., 14 juin 1926, DP 1927, I R 57
Cass.1^{re} civ., 15 juin 1954, D. 1954, p.662
Cass.1^{re} civ., 5 juil. 1956, Bull. civ. I, n° 283
Cass.com., 6 fév. 1968, RGAT 1968, p. 349
Cass.2^e civ., 16 déc. 1970, Bull. civ. II, n° 346, p.265
Cass.3^e civ., 16 fév. 1972, Bull.civ. III, n° 114, p. 84
Cass.3^e civ., 8 oct. 1974, Bull.civ. III, n° 337, p. 258
Cass.3^e civ., 18 juin 1975, Bull. civ. III, n° 206, p. 158
Cass.1^{re} civ., 2 juil. 1975, Bull. civ. I, n° 233, p. 278
Cass.1^{re} civ., 30 nov. 1976, Bull. civ. I, n° 371, p. 292
Cass.1^{re} civ., 11 juil. 1977, Bull. civ. I, n° 379, p. 253
Cass.3^e civ., 22 fév.1978, Bull. civ. III, n° 93, p. 73
Cass.3^e civ., 10 juil. 1978, Bull. civ. III, n° 285, p. 219
Cass.1^{re} civ., 8 janv. 1980, Bull. civ. I, n° 16, p. 13
Cass.3^e civ., 19 nov. 1980, Bull. civ. III, n° 180
Cass.3^e civ., 27 janv. 1981, Bull. civ. III, 1981, n° 20, p. 14
Cass.3^e civ., 11 juin 1981, Bull. civ. III, n° 120 ; JCP 1981 éd.. G, IV, 309
Cass.1^{re} civ., 16 juin 1982, pourvoi n° 81-13-080, Bull. civ. I, n° 227
Cass.3^e civ., 19 mars 1985, SARL SEFIC IMMOBILIER c/ GGTAP, Béraud, Blanpain et autres, arrêt non publié
Cass.3^e civ., 24 avril 1985, Bull. civ. III, n° 67, p. 52
Cass.1^{re} civ., 18 juin 1985, RGAT 1985, p. 378 ; Bull. civ. I, n° 187, p. 168
Cass.1^{re} civ., 9 juil.. 1985, JCP 1985, IV, 326
Cass.1^{re} civ., 11mars 1986, Bull. civ. I, n) 59, p.57
Cass.3^e civ., 23 avril 1986, Bull. civ. III, n° 46, p. 36
Cass.3^e civ., 10 déc. 1986, Bull; civ. III, n° 178, p. 140
Cass.3^e civ., 27 janv. 1987, Bull. civ. III, n° 25, p. 17
Cass.3^e civ., 4 fév. 1987, Bull. civ. III, n° 16, p. 11
Cass.3^e civ., 29 avril 1987, Bull. civ. III, n° 89, p. 53
Cass.3^e civ., 24 juin 1987, Bull. civ. III, n° 130, p. 76
Cass.3^e civ., 16 juil 1987, Bull. civ. III, n° 143, p. 84; D. 1987, p. 577
Cass.3^e civ., 24 nov.1987, Bull. civ. III, n° 188, p. 110
Cass.3^e civ., 12 oct.1988, Bull. civ. III, n° 137, p.75
Cass.3^e civ., 14 fév.1989, RGAT 1989, p. 584, 2^e espèce
Cass.1^{re} civ., 31 mai 1989, RGAT 1989, p.870
Cass.3^e civ., 31 mai 1989, Bull. civ. III, n° 122, p. 67
Cass.1^{re} civ., 7 juin 1989, D. 1989, IR-202
Cass.3^e civ., 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 176, p. 97
Cass.3^e civ., 14 fév. 1990, Bull. civ. III, n° 50, p. 26
Cass.3^e civ., 3 mai 1990, Bull. civ. III, n°5, p. 58
Cass.3^e civ., 24 oct.1990, Mon. TP 11 janv. 1991, p. 55
Cass.3^e civ., 13 fév.1991, Bull. civ. III, n° 52, p. 31
Cass.1^{re} civ., 26 fév.1991, Bull. civ. I, n° 75, p. 49
Cass.3^e civ., 13 mars 1991, Resp. civ. et assur. 1991, n° 250

Cass.3^e civ., 4 avril 1991, Bull. civ. n° 109, p. 63
 Cass.3^e civ., 17 avril 1991, Bull. civ. III, n° 118, p. 68
 Cass.1^{re} civ., 22 mai 1991, Bull. civ. I, n° 161, p. 107 Gaz. Pal. déc. 1991, 2, panor. Cass. p. 259, n° 339 ; 4 juin 1991, Gaz. Pal. 1991, panor. Cass. P. 243
 Cass.3^e civ., 9 oct. 1991, Bull. civ. III, n° 23, p. 236
 Cass.1^{re} civ., 26 nov. 1991, Juris-data, n° 1991-003112, Bull. civ. I, n° 329, p. 214
 Cass.3^e civ., 29 janv. 1992, JCP 1992, IV 925 ; RDI 1996, p. 574
 Cass.3^e civ., 11 mars 1992, Bull. civ. III, n° 8, p. 47
 Cass.1^{re} civ., 17 juin 1992, n° 1045, RGAT 92, p. 568
 Cass.1^{re} civ., 20 oct. 1992, RGAT 1993, p. 130
 Cass.3^e civ., 4 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 284, p. 175
 Cass.3^e civ., 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 297, p. 182
 Cass.3^e civ., 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 298, p. 184
 Cass.3^e civ., 20 janv. 1993, Bull. civ. III, n° 4, p. 2
 Cass.1^{re} civ., 3 fév. 1993, Bull. civ. I, n° 50, p. 33; RDI 1993, p. 238; 2 fév. 1994, D. 1994, p. 53
 Cass.1^{re} civ., 31 mars 1993, Bull. civ. I, n° 133, p. 88
 Cass.1^{re} civ., 12 mai 1993, Bull. civ. I, n° 161, p. 11
 Cass.3^e civ., 16 juin 1993, Bull. civ. III, n° 85, p. 55
 Cass.1^{re} civ., 7 juil. 1993, n° 1110, RGAT 1994, p. 173
 Cass.2^e civ., 20 juil. 1993, Bull. civ. II, n° 272, p. 149
 Cass.1^{re} civ., 15 déc. 1993, n° 1630, RGAT 1994, p. 566
 Cass.1^{re} civ., 20 déc. 1993, Bull. civ. I, n° 374, p. 260
 Cass.1^{re} civ., 2 fév. 1994, Bull. civ. I, n° 40, p. 31
 Cass.3^e civ., 16 fév. 1994, Bull. civ., III, n° 22, p. 14
 Cass.3^e civ., 16 mars 1994, Bull. civ. III, n° 50, p. 30
 Cass.3^e civ., 30 mars 1994, Bull. civ. III, n° 70, p. 42
 Cass.3^e civ., 11 mai 1994, pourvoi, n° 92-16.201, Bull. civ. III, n° 94, p. 60
 Cass.3^e civ., 22 juin 1994, Bull. civ. III, n° 126, p. 79
 Cass.1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 1022, RGAT 1994, p. 825
 Cass.3^e civ., 12 oct. 1994, Bull. civ. III, n° 172, p. 109; JCP éd. G. 1994, IV, 325, n° 2478
 Cass.3^e civ., 9 nov. 1994, Bull. civ. III, n° 184, p. 117
 Cass.1^{re} civ., 6 déc. 1994, Bull. civ. I, n° 359, p. 259
 Cass.3^e civ., 25 janv. 1995, Bull. civ. III, n° 27, p. 16
 Cass.3^e civ., 22 mars 1995, Bull. civ. III, n° 80, p. 54
 Cass.1^{re} civ., 3 mai 1995, Bull. civ. I, n° 185, p. 133; Resp. civ. et assur. 1995, comm. 284
 Cass.3^e civ., 12 juil. 1995, Mon. TP 6 oct. 1995
 Cass.1^{re} civ., 13 mars 1996, Bull. civ. I, n° 130, p. 92
 Cass.1^{re} civ., 26 mars 1996, Bull. civ. I, n° 149, p. 104
 Cass.3^e civ., 27 mars 1996, Bull. civ., III, n° 85, p. 55
 Cass.3^e civ., 10 avril 1996, RDI. Juil.- sept. 1996, p. 380
 Cass.1^{re} civ., 4 juin 1996, Bull. civ. I n° 240, p. 169
 Cass.3^e civ., 19 juin 1996, Bull. civ. III, n° 149, p. 96
 Cass.1^{re} civ., 7 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 1, p. 1
 Cass.3^e civ., 15 janv. 1997, Bull. civ. III, n° 12, p. 7
 Cass.3^e civ., 26 mars 1997, Bull. civ. III, n° 72, p. 47
 Cass.3^e civ., 23 avril 1997, Bull. civ. III, n° 85, p. 56; Resp. civ. et assur. 1997, comm. n° 210, 2^e espèce
 Cass.1^{re} civ., 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 131, p. 87
 Cass.3^e civ., 25 juin 1997, Bull. civ. III, n° 150, p. 198; JCP 1997, IV 1827

Cass.1^{re} civ., 28 oct. 1997, Bull. civ. I, n° 295, p. 198
 Cass.1^{re} civ., 13 nov. 1997, Resp. civ. et assur. 1998, p. 35
 Cass.3^e civ., 17 nov. 1997, arrêt n° 1559 D
 Cass.3^e civ., 25 fév. 1998, Bull. civ. III, n° 46, p. 31
 Cass.3^e civ., 17 juin 1998, Bull. civ. III, n°126, p. 85; RDI 1998, p.379
 Cass.1^{re} civ., 23 juin 1998, Bull.civ. I, n° 222, p. 153
 Cass.3^e civ., 30 juin 1998, Constr. et urb. nov. 1998, p. 372
 Cass.1^{re} civ., 16 juil. 1998, Resp. civ. et assur. hors série, déc. 1998, n° 160
 Cass.3^e civ., 22 juil. ; 1998, Bull. civ. III, n° 170, p. 112
 Cass.3^e civ., 6 oct. 1998, RDI janv.-mars 1999, p.106
 Cass.1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, Resp. civ. et assur. fév. 1999, p. 20
 Cass.3^e civ., 9 déc. 1998, constr. et urb. fév. 1999, n°43, p.9
 Cass.1^{re} civ., 15 déc. 1998, Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 49
 Cass.3^e civ., 31 mars 1999, Constr. et urb. Juil.-août 1999, p.6
 Cass.3^e civ., 26 janv. 2000, AJDI 2000, p. 346 ; RDI 2000, p. 348
 Cass.1^{re} civ., 29 fév. 2000, Eagle star/ amina Ajattai, Bull. civ. I n° 61, p. 41
 Cass.1^{re} civ., 29 fév. 2000, Bull. civ. I, n° 62, p. 42
 Cass.3^e civ., 29 mars 2000 Dussoubs / Mutuelles de l'Indre, Bull. civ. III, n° 67, p. 45
 Cass.3^e civ., 27 avril 2000, Bull. civ. III, n° 88, p. 59
 Cass.1^{re} civ., 4 juil. 2000, Bull. civ. I, n° 203, p. 133
 Cass. 3^e civ., 10 janv. 2001, Bull. civ. III, n° 2, p. 2
 Cass.3^e civ., 28 fév. 2001, RDI 2001, p. 173
 Cass.3^e civ., 16 mai 2001, Bull; civ. III, n° 62, p. 49
 Cass.3^e civ., 21 nov. 2001, Bull. civ. III, n° 132, p. 101
 Cass. Com. 27 nov. 2001, Resp. civ. et assur. 2002, comm. 81
 Cass.1^{re} civ., 4 déc. 2001, Bull. civ., I, n° 301, p. 191
 Cass.1^{re} civ., 15 janv. 2002, n° 98-20.945, Bull. civ.
 I, n° 9, p.7; Resp. civ. et assur. 2002, comm. n° 158
 Cass.3^e civ., 20 mars 2002, Bull. civ. III, n° 69, p. 59
 Cass.3^e civ., 20 mars 2002, Trib. Assur. juin 2002, cah. de jurisp. n° 121, p. IV
 Cass.3^e civ., 12 juin 2002, Bull. civ. III, n° 133, p. 115
 Cass.3^e civ., 16 oct. 2002, Bull. civ. III, n° 205 et 206, p. 174
 Cass.3^e civ., 23 oct. 2002, n° 01-00206, arrêt n° 1563 FS, Bull. civ. III, n° 207, p. 176; JCP
 éd.. G. 2002, IV, p. 2949
 Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 18, p. 16
 Cass.1^{re} civ., 4 fév. 2003, n° 99-15-717, Bull. civ. I, n° 30, p. 25
 Cass.1^{re} civ., 26 fév. 2003, Bull. civ. I, n° 48, p. 44
 Cass.3^e civ., 21 mai 2003, Bull. civ. III, n° 106, p. 97
 Cass.3^e civ., 8 oct. 2003, Bull. civ. III, n° 170, p. 150
 Cass.3^e civ., 21 oct. 2003, RGDA 2004, n° 1, p.47, obs. Bruschi
 Cass.3^e civ., 29 oct. 2003, n° 00-21.597, Bull. civ. III, n° 182, p. 161
 Cass.3^e civ., 26 nov. 2003, Chassagne/ Axa, Bull. civ. n° 207, p ; 184; RGDA 2004, n° 4, p.
 447
 Cass. 3^e civ., 3 déc. 2003, n° 01-12-461, Bull. civ. III, n° 214, p. 191
 Cass. 3^e civ., 10 déc. 2003, Bull civ. III, n° 224, p. 198
 Cass. 3^e civ., 10 déc 2003, Nejmi / Le continent, RGDA 2004, p. 112
 Cass. 3^e civ., 16 déc. 2003, RGDA 2004, note A. D'hauteville, p. 110
 Cass.3^e civ., 17 déc. 2003, pourvoi, n° 01-12-259 ; n° 01-12-291 ; n° 02.11.539, Resp. civ. et
 assur. mars 2004, p. 26
 Cass.3^e civ., 17 déc. 2003, RGDA 2004, n° 1, p. 130, note A. D'hauteville

Cass.3^e civ., 18 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 225, p. 200
 Cass.3^e civ., 21 janv. 2004, RGDA 2004, n° 2, p. 469, note J.P. Karila
 Cass.1^{re} civ., 27 janv. 2004, Resp. civ. et assur. 2004, comm. 121 ; Constr. et urb. n° 5, mai 2004
 Cass.3^e civ., 3 fév. 2004, arrêt inédit, pourvoi, n°01-178025
 Cass.1^{re} civ., 18 fév. 2004, Cne de Lyon c/ AGF, pourvoi, n° F 02-17.976, RDI mars-avril 2004, p. 151 note G. Leguay ; Trib. de l'assurance n° 80 juin 2004, note J.P. Karila
 Cass.3^e civ., 18 fév. 2004, Gan/ Epoux Anthony, RGDA 2004, n°2, p. 449
 Cass.3^e civ., 17 mars 2004, RGDA 2004, n° 2, p.456
 Cass.3^e civ., 17 mars 2004, Bull. civ. III, n° 55
 Cass.1^{re} civ., 8 juil. 2004, Mme X. c/ Axa, pourvoi 02-20199 cité par M. Durry in Risques sept. 2004
 Cass. 3^e civ., 15 déc. 2004, Bull. civ. III, n° 237, p. 212
 Cass. 3^e civ., 16 fév. 2005, n° 03-16-880, Juris-data n° 2005-026979, Constr. et urb. n° 4, avril 2005, p. 12
 Cass. 3^e civ., 16 mars 2005, Juris-data n° 2005-02 7585, Resp. civ. et assur. 2005, Comm.156, obs. Groutel
 Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, n° 03-15.807, Juris-data n° 2005-027807 ; Constr. et urb. Mai 2005, p. 11, note ML Pages de varenne
 Cass. 3^e civ., 7déc. 2005, n° 04-17.418, Constr. et urb. janv. 2006, p. 17, note ML Pagès de varenne
 Cass.3^e civ., 4 janv. 2006, Constr. et urb. fév. 2006, p. 22, note ML Pagès de varenne
 Cass.3^e civ., 18 janv. 2006, Bull. civ. III, n° 17, p. 14 ; RGDA 2006, p. 464, note JP Karila
 Cass.3^e civ., 15 fév. 2006, n° 04-19.864, Resp. civ. et assur., mai 2006, p. 21, note H.Groutel
 Cass.3^e civ., 1^{er} mars 2006, n° 04-20.399, Constr. et urb., mai 2006, p. 12, note ML Pagès de varenne ; Resp. civ. et assur., mars 2006, p. 28 note H.Groutel ; RGDA 2006, p. 126, note JP Karila ; RDI janv.-fév. 2006, p. 53 note P. Dessuet
 Cass.3^e civ., 23 mai 2006, n° H 05-10.859, RDI sept. –oct. 2006, p. 378, note Ph. Malinvaud
 Cass.3^e civ., 24 mai 2006, n° 05-12.398, RGDA 2006, p ; 687, note M. Périer
 Cass.3^e civ., 24 mai 2006, n° 05-11.708 et 05-12.398, Resp. civ. et assur. oct. 2006, p.27 note H.Groutel
 Cass.3^e civ., 21 juin 2006, n° 05-19.281, RGDA 2006, p. 682, note M. Périer
 Cass.3^e civ., 5 juil. 2006, n° 05-16.277, Bull. civ. III, n° 167, p. 139 ; Resp. civ. et assur., nov. 2006, p. 23, note H.Groutel ; RGDA 2006, p. 706, note JP Karila

Cours d'Appel

CA Versailles, 23 sept. 1987, Juris-data, n° 040892
 CA Riom, 27 sept. 1988, Gaz. Pal. 29-30 sept. 1988, p. 9
 CA Paris, 19^e Ch.. B, 25 oct. 1989, Soc. Condotte d'Acqua c/ S.C.I. Domaine du château de Chilly- Mazarin et autres
 CA Caen, 18 juin 1992, Berjot c/ Gazengel et autres, JCP 1993, IV, p. 129, n°1123
 CA Riom, 17 fév. 1994, cité par ML Pagès de Varenne Thèse 1999 précitée
 CA Nancy, 18 janv. 1995, Juris-data, n° 046407
 CA. Lyon, 1^{er} juin 1995, Juris-data, n° 04762
 CA Grenoble, 2^e ch. civ. 11 déc. 1995, SA Group français d'assurance/ denys, JCP éd. G. 1996, IV, 2224, p. 280 ;
 CA d'Aix en provence, 17^e ch., 30 janv. 1996, Kradi/ Cie Auxiliaire

CA Dijon, ch. 1, sect. 2 , 22 fév. 1996, SA Clément de la Roche/ Rave, Juris-data, 040698
 CA Dijon ,1è ch., 2è sect., 22 fév. 1996, n° 279, SA Clément Delaroche/ Rave
 CA Paris, 19è ch. B, 17 avril 1996, Gan c/ SDI rue du Ranelagh
 CA Paris, 2è avril 1996, Juris-data, 020613, SAEP/ Masse
 CA Besançon, 30 avril 1996, ch. 1, Mutuelles Assurance Artisanale de France/ Lombardot, Juris-data, 041678
 CA Pau, 1è ch, 11 sept. 1996, n° 3452/96
 CA Dijon, 1è ch. 2è sect., 18 oct. 1996, n° 1361, AGF/ Rattier
 CA Dijon , 26 juin 1997, RDI 1998, p. 94
 CA Paris, 19è ch. Sect. A, 9 déc. 1997, Juris-data, 023773, Buch / Snc Ile de France
 CA Aix en Provence, 27 janv. 1988, RGAT 1989, p. 85
 CA Grenoble, 2è ch. 4 janv. 1999 Sa Sprinkx Assurance / Dupouy Lamyline
 CA Paris, 23 è ch., sect. A, 31 mars 1999, synd. Coprop. 21-21 bis, rue Molière à Paris 75001/ SA Bâti conseil rénovation
 CA Dijon, 1è ch. Sect. 1, 26 avril 2000, n° 95 / 03313, Epoux Borella / Pépin SA Bureau d'étude techniques Billot Lambert
 CA Versailles, ch. Réunies, 14 juin 2000, inédit
 CA paris, 23è ch. A, 17 janv .2001, RDI 2001, p. 253 ;
 CA Paris, 27 juin 2002, décision inédite
 CA Paris, 19è ch., sect. 13, 12 sept. 2002, RG n° 2002/02168, RDI nov.-déc. 2002 p. 509, obs. G. Durry

Tribunaux de Grande Instance

TGI Mans, 21 juin 1983, RDI 1984, p. 377
 TGI Paris, 1^{er} juil. 2002, décision inédite cité par Frank Lesage, Rev. Administrer n° 355, mai 2003, p.17

TABLE DES MATIERES

RESUME.....	1
SOMMAIRE.....	3
PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES.....	4
INTRODUCTION.....	6
<u>PREMIERE PARTIE</u> UNE APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DYNAMIQUE DU DISPOSITIF SPINETTA FAVORABLE A LA PROTECTION DU MAITRE DE L'OUVRAGE	24
<u>TITRE I</u> UNE APPLICATION EXTENSIVE FAVORABLE AUX INTERÊTS DU MAITRE DE L'OUVRAGE.....	27
CHAPITRE I L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS ET DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE	29
SECTION 1 <u>DE LA NOTION D'OUVRAGE A CELLE DE « TRAVAUX DE CONSTRUCTION », ELEMENT DETERMINANT DU DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS.....</u>	31
§1 Les critères de l'ouvrage dans son sens global	32
A - L'ouvrage en tant que toute construction.....	32
B - L'ouvrage en tant que construction immobilière.....	35
§2 Les critères de l'ouvrage dans son sens plus étroit en tant qu'élément d'équipement.....	37
A- La notion restrictive de l'ouvrage au sens de bâtiment.....	37
B- L'extension des éléments d'équipement soumis à la garantie décennale : les accessoires du bâtiment.....	41
§3 La clarification du champ d'application de la responsabilité des constructeurs....	42
A- Le maintien de la notion d'ouvrage.....	43
B- La clarification de la responsabilité des constructeurs et des fabricants pour les éléments d'équipement.....	44
1. Des éléments d'équipement du bâtiment aux éléments d'équipement de l'ouvrage.....	44
2. Exclusion des éléments d'équipement à vocation professionnelle du champ d'application de la responsabilité des constructeurs.....	47
a Les répercussions de l'article 1792-7 du Code civil sur les éléments d'équipement à vocation industrielle.....	48
b La répercussion de l'article 1792-7 sur la notion d'EPERS.....	51

SECTION 2 <u>L'EXTENSION JURISPRUDENTIELLE ET L'ENCADREMENT LEGAL DU</u> <u>CHAMP D'APPLICATION DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE</u>	52
§1 L'extension jurisprudentielle de la notion de « <i>travaux de bâtiment</i> ».....	53
A- Les tentatives de définition des travaux de bâtiment	54
1. La définition issue de l'arrêté du 17 novembre 1978.....	54
2. La définition du COPAL.....	55
B- Les applications jurisprudentielles extensives de la notion de « <i>travaux</i> <i>de bâtiment</i> »	55
1. L'extension de la notion des « <i>travaux de bâtiment</i> » à des travaux divers ne recoupant pas forcément l'idée d'abri	55
2. L'adoption du concept des « <i>techniques de travaux de bâtiment</i> »	57
§2 L'encadrement législatif du champ d'application de l'assurance obligatoire.....	59
A- La genèse de la réforme.....	60
B- La clarification du champ d'application de l'assurance.....	62
1. La consécration légale de la notion des « <i>travaux de construction</i> » substituant la notion de « <i>travaux de bâtiment</i> ».....	62
2. L'exclusion d'un certain nombre d'ouvrages et éléments d'équipement de l'assurance obligatoire.....	64
a. <i>Les ouvrages et les éléments d'équipement</i>	64
b. <i>Les existants</i>	66
CHAPITRE II <u>L'INTERPRETATION EXTENSIVE DE LA PERIODE DE GARANTIE</u>	70
SECTION 1 <u>L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE EXTENSIVE DES DISPOSITIONS</u> <u>RELATIVES A LA PERIODE DE RESPONSABILITE DECENNALE</u>	71
§1 L'interprétation extensive de la réception et l'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement.....	71
A- L'interprétation extensive de la réception par avancement du point de départ de la garantie.....	72
1. La consécration jurisprudentielle de la réception tacite.....	72
2. La réception tacite et la non exigence de l'achèvement préalable des travaux.....	75
B- L'empiètement de la garantie décennale sur la garantie de parfait achèvement : les désordres réservés à la réception et notifiés dans le délai de garantie de parfait achèvement.....	76

1. L'application de la garantie décennale aux désordres réservés à la réception mais s'aggravant par la suite.....	77
2. L'application possible de la garantie décennale aux désordres notifiés dans le délai de garantie de parfait achèvement.....	79
§2 L'allongement des délais de garantie.....	80
A- Le mécanisme des actes interruptifs du délai décennal.....	81
1. Les effets restrictifs des actes interruptifs du délai décennal	82
2. Un assouplissement des effets de l'interruption.....	84
<i>a L'application de l'interruption de la garantie à l'aggravation et à l'extension des désordres visés.....</i>	84
<i>b L'application de l'interruption de la garantie à la recevabilité de la qualité à agir.....</i>	85
B- Le mécanisme de l'action directe	87
1. La recevabilité de l'action directe : la mise en cause de l'assuré par la victime n'est pas nécessaire	88
2. La prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur et l'application de la prescription biennale	90
SECTION 2 <u>L'APPLICATION EXTENSIVE DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA PERIODE DE GARANTIE DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE DE DOMMAGE</u>	92
§1 L'interprétation littérale et extensive de l'exception quant à la prise d'effet de la garantie avant la réception.....	93
A- Une application littérale des textes.....	93
B- Une application extensive en cas de liquidation d'entreprise.....	95
§2 L'interprétation extensive de l'exception relative à la prise d'effet de la garantie après la réception	96
<u>TITRE II LES LIMITES A L'APPLICATION EXTENSIVE: QUELQUES DECISIONS FAVORABLES A L'ASSUREUR</u>	98
CHAPITRE I UNE APPLICATION PLUS STRICTE DU DISPOSITIF SPINETTA.....	100
SECTION 1 <u>EN MATIERE DE RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS</u>	101
§1 Evolution jurisprudentielle limitant le champ d'application de la responsabilité des constructeurs.....	101
A- Exclusion des éléments d'équipement industriels et des travaux de peintures décoratives de la garantie décennale.....	101

1. L'exclusion des éléments d'équipements industriels.....	101
2. L'exclusion des travaux de peintures décoratives ou esthétiques.....	103
B- La prise en compte du dommage futur dont l'aggravation se réalise à l'intérieur du délai décennal.....	104
1. La nécessité de caractériser que le dommage se réalisera à brève échéance dans un avenir prévisible.....	106
2. La nécessité de caractériser que les désordres présenteront les critères de gravité dans un délai décennal.....	107
§2 La prise en compte d'une cause exonératoire dont l'origine du dommage provient de l'existant.....	109
SECTION 2 <u>EN MATIERE D'ASSURANCE OBLIGATOIRE</u>	111
§1 Une exclusion formelle des dommages immatériels du champ d'application de l'assurance dommages ouvrage et de l'assurance de responsabilité décennale....	111
§2 Recadrage des règles de saisine de l'assureur de dommages conformément aux règles prévues par la clause type.....	113
A- Les raisons justifiant le recours à l'expertise judiciaire.....	114
B- La solution jurisprudentielle.....	115
CHAPITRE II <u>UNE JURISPRUDENCE RESPONSABILISANT LES ACTEURS DE LA CONSTRUCTION</u>	117
SECTION 1 <u>EN MATIERE DE RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS : SANCTION DE LA FAUTE DU MAITRE DE L'OUVRAGE</u>	117
§1 L'immixtion fautive	118
§2 L'acceptation délibérée des risques.....	119
§3 L'utilisation anormale de l'ouvrage.....	121
SECTION 2 <u>EN MATIERE D'ASSURANCE OBLIGATOIRE : SANCTION DU COMPORTEMENT FAUTIF OU LA NEGLIGENCE DES ASSURES</u>	121
§1 Sanction du comportement de l'assuré par les déclarations inexactes faites à l'assureur.....	122
A- La réduction proportionnelle de l'indemnité, sanction de la sous déclaration involontaire.....	123
B- Le refus de garantie.....	125
1. Dans le cadre de l'assurance dommages ouvrage.....	125
a Nullité du contrat sanction de la fausse déclaration volontaire.....	125

<i>b Non indemnisation des conséquences d'une faute intentionnelle</i>	126
2. Dans le cadre de l'assurance de responsabilité décennale.....	128
<i>a La non assurance en dehors du secteur d'activité déclarée à l'assureur...</i>	128
<i>b La non assurance en cas de non respect par l'assuré des termes de la police visant la déclaration réglementaire d'ouverture de chantier (DROC).....</i>	132
§2 La prescription biennale : sanction de la négligence de l'assuré.....	133
A- Motif de prescription existant avant la déclaration de sinistre.....	135
B- Motif de prescription inexistant lors de la déclaration de sinistre.....	136
CONCLUSION DE LA 1 ^{ère} PARTIE	138

DEUXIEME PARTIE UNE APPLICATION JURISPRUDENTIELLE FACTEUR DE DESEQUILIBRE DU SYSTEME D'ASSURANCE CONSTRUCTION ... 139

TITRE I UN DESEQUILIBRE RELATIF RESULTANT DE L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE EXTENSIVE DE LA REPARATION 142

CHAPITRE I LE PRINCIPE DE REPARATION INTEGRALE..... 144

SECTION 1 L'OBJET DE LA REPARATION..... 147

§1 Les dommages réparables à travers l'interprétation extensive de l'impropriété à destination..... 149

 A- Les dommages relevant de l'assurance de responsabilité des constructeurs. 150

 B- Les dommages relevant de l'assurance de dommages ouvrage..... 151

 1. Les dommages résultant des erreurs d'implantation et les non-conformités aux conditions de sécurité du bâtiment et d'habitabilité..... 152

a Les erreurs d'implantation..... 153

b Les dommages résultant de la non-conformité aux conditions de sécurité du bâtiment et d'habitabilité 154

i) Le non respect des règles et normes de sécurité..... 154

ii) Le non respect des conditions d'habitabilité..... 155

 2. La prise en compte des dommages résultant de l'absence d'ouvrage, d'équipement ou d'éléments nécessaires..... 157

 3. Les dommages résultant de la théorie dite du dommage évolutif et les dommages matériels causés par les travaux neufs aux existants..... 159

a La théorie dite du dommage évolutif..... 159

<i>b Les dommages matériels causés par les travaux neufs aux existants.....</i>	161
4. Les dommages nécessitant la reprise totale de l'ouvrage.....	163
5. La prise en charge des réparations inefficaces.....	165
§2 L'application de l'assurance construction aux dommages a priori exclus de la garantie décennale de l'article 1792 du Code civil.....	165
A- La théorie des dommages intermédiaires.....	166
1. Les critères de prise en compte des dommages intermédiaires.....	167
2. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement juridique applicable à la prescription en matière de dommage intermédiaire.....	170
B- La prise en compte des dommages non décennaux résultant de la sanction de l'article L 242-2 du Code des assurances.....	172
1. Evolution législative de la sanction.....	172
2. Application jurisprudentielle	174
SECTION 2 <u>L'ETENDUE DE LA REPARATION</u>	176
§1 Une réparation toute taxe comprise.....	176
A- L'application d'une réparation toute taxe comprise à une victime non assujettie à la TVA.....	177
B- L'application d'une réparation hors taxe à une victime assujettie à la TVA.....	178
§2 La non prise en compte de l'abattement pour vétusté et d'un abattement Pour plus-value.....	179
A- La non prise en compte de l'abattement pour vétusté.....	181
B- La non prise en compte de l'abattement pour plus value.....	182
CHAPITRE II LES RESTRICTIONS A LA REPARATION INTEGRALE.....	185
SECTION 1 <u>L'AFFECTATION DE L'INDEMNITE AUX TRAVAUX DE REPARATION</u>	185
§1 Le principe de la libre disposition des indemnités en droit commun.....	186
A- Le principe.....	186
B- Les exceptions.....	188
§2 L'obligation d'affecter les indemnités aux travaux de réparation en matière d'assurance de dommages ouvrage.....	189
A- Les dispositions applicables et les positions doctrinales.....	189

B- La solution jurisprudentielle	191
SECTION 2 <u>LA POSSIBILITE POUR L'ASSUREUR DE DOMMAGES D'OBTENIR LA</u>	
<u>REPETITION DE L'INDU</u>	195
§1 Analyse du mécanisme de l'action en répétition de l'indu.....	196
§2 Application jurisprudentielle de l'action en restitution de l'indu en matière	
d'assurance de dommages ouvrage.....	197
TITRE II UN DESEQUILIBRE RELATIF RESULTANT DES DIFFICULTES	
LIEES AU FONCTIONNEMENT DE L'ASSURANCE	
CONSTRUCTION	199
CHAPITRE I LES DIFFICULTES LIEES AU MECANISME DE LA SUBROGATION : D'UNE	
GARANTIE DE PREFINANCEMENT A UNE GARANTIE DE FINANCEMENT .	201
SECTION 1 <u>LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES LIMITANT LE RECOURS</u>	
<u>SUBROGATOIRE</u>	203
§1 Analyse du contenu des textes relatifs à la subrogation	203
§2 L'application extensive des exceptions découlant de l'article L 242-1 du Code	
des assurances : Les dommages survenus avant et après la réception des	
travaux.....	205
A- Les dommages survenus avant la réception : en cas de liquidation	
judiciaire, la mise en demeure n'est pas nécessaire.....	206
B- La réparation des dommages réservés à la réception.....	207
§3 Incidence des sanction découlant du non respect des délais de notification et	
de règlement sur la subrogation.....	208
A- Le formalisme imposé à l'assuré et à l'assureur de dommages par les	
clauses types en cas de sinistre.....	208
1. Les obligations de l'assuré.....	209
2. Les obligations de l'assureur.....	210
B- L'appréciation de l'inobservation du formalisme imposé à l'assureur de	
dommages.....	211
1. L'obligation de prendre position dans le délai de 60 ou 90 jours.....	211
2. L'appréciation des règles de décompte des délais de 60 et 90 jours.....	212
3. L'obligation de communiquer le rapport préliminaire à l'assuré.....	213

§4 La prise en charge des désordres découlant d'une cause étrangère exonératoire de responsabilité.....	216
SECTION 2 <u>LES MENACES PESANT SUR LE RECOURS SUBROGATOIRE DE</u>	
<u>L'ASSUREUR DOMMAGES OUVRAGE</u>	218
§1 Les déclarations de sinistre faites en fin de période décennale.....	218
§2 Les déclarations de sinistre faites après le délai de garantie décennale et le jeu de la prescription biennale.....	221
CHAPITRE II LA SAUVEGARDE DU RECOURS SUBROGATOIRE DE L'ASSUREUR DE	
DOMMAGES : LA SUBROGATION ANTICIPEE.....	224
SECTION 1 <u>RAPPEL DU PRINCIPE DE LA SUBROGATION</u>	224
SECTION 2 <u>LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE</u>	225
§1 La subrogation anticipée et les assignations au fond.....	225
§2 La subrogation anticipée et les assignations en référé.....	227
CONCLUSION DE LA 2^{ème} PARTIE	228
CONCLUSION GENERALE	229
BIBLIOGRAPHIE	243
INDEX	280

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Absence d'ouvrage 158

Action directe 80-87-88-90

Acceptation délibérée des risques 117-119-120

Accessoire du bâtiment (ouvrage) 40-46-43-65-66

Affectation indemnité 186-187-190-192-193

Association française de normalisation (AFNOR) 19

Assurance construction

- Responsabilité des constructeurs 6-9-11-13-21-29-30-41- 42-43-44-47-52-53-57-69-70-103-110-111-125-151-180-236
- dommages ouvrage 11-12-13-52-53-70-92-96-111-123-124-125-147-151-185-193

B

Bâtiment (travaux) 20-26-29-31-52-53-55-58-60-62-37-44-53-55-56-62

Bureau central de tarification (BCT) 11

Biennale (prescription) 90-92-133-134-135-136-137

C

Cause étrangère 108-109-217

Capitalisation 12

Citation en justice 81-82-83-87-97

Clauses types 13-97-112-113-114-189-194-203- 204-208-210-225-229

Coût 14-112-115-124-141-162-183-184

Comité pour l'application de la loi (COPAL) 31-37-54-55

Commission technique de l'assurance construction (CTAC) 60

Contrat de louage d'ouvrage 9

D

Défaut de conformité (non-conformité) 79-152-154

Déclaration de sinistre (risque) 105-122-123-134-135-136-218-221

Délais

- allongement 80
- mécanisme des actes interruptifs 80-81-82-84-85

Devoir de loyauté 131

Double détente 6

Dommages

- avant et après la réception 92-93-95-96-205-206
- réservés 76-96

- intermédiaires 165-166-167-168-169-170-171
- futurs 104-105-106-159
- évolutifs 159-160
- immatériels 111-112-113
- matériels 159-161-163

DROC 128-131-132

E

Edifice 9-31-32-54

Effet exonératoire 109-110-216-217

Eléments d'équipement (industriels) 19- 20-31-36-37-39-41-44-47-48-51-52-64-100-102-103

Empiètement (garantie décennale- garantie de parfait achèvement) 71-76-80

Enrichissement sans cause 176-195-196-197-198

Etanchéité 34-38-39-57-104-107-129-156-164

Erreur d'implantation 153-154

EPERS 37-38-47-50-51

Expertise

- amiable 111-114
- judiciaire 114-115

F

Faute intentionnelle 121-126

Force majeure 108-109- 117-216-217

Franchise 12-145-147

G

Garanties

- parfait achèvement 21-69-70-71-73-76-77-79-80-92-93-156-232
- biennale (bon fonctionnement) 21-46-61-70-73-77-80
- décennale 1-9-21-25-32-33-35-39-41-48-7-71-73-77-76-79-80-105-149-157-165

Gros ouvrages 9-20-31-167-168

H

Habilitation du syndic à agir 84-85-86

Harmonisation 1-234-242

I

Immixtion fautive 117-118-119
Impropriété à destination 143-149-151-156-157-235
Incorporation au sol 35
Isolation phonique 156-157

L

Levée des réserves (réserves -sans réserves) 9-72-77-78-97
Lien de causalité

M

Menus ouvrages 9-11
Mise en demeure infructueuse 1-92-93-95-97-137-206
Malfaçons 90-150

N

Nullité 125
Non respect des délais légaux 172-208

O

Ouvrages (travaux) de génie civil 32-45-61-65
Ordonnance 12-13-41-42-43-44-46-47-48-50-52-53-59-61-62-68-65-69
Obligation (assureur-assuré) 210-211
Ouverture de chantier 131-132

P

Période de garantie 69-70-71
Plafond de garantie 147
Prime 69-99-123-126
Prise de risque 117-119
Prise de possession des lieux 72-74
Prise d'effet de la garantie 70-92-96
Prescription biennale 92-133-134-135-137
Préfinancement 14-19-113-134-192-193-194-201
Plus-value 179-180-182

R

Ravalement 34
Réception 9-20-46-47-68-70-71-74-76-77-78-90-92-96-232-235
- expresse 72-78
- tacite 25-72-74-75-167
- judiciaire 72
Rapport préliminaire 211-214-215-217
Recours judiciaire 114
Réduction proportionnelle 122-123-124-158
Redressement judiciaire (liquidation judiciaire) 93-95-206-207
Refus de garantie 125
Règle de l'art 14-34-119-161
Règlement de sécurité 153-156
Répartition 8-12
Réparation du dommage 21-52-56-58-68-104-142-147-163
Réparation inefficace 165
Responsabilité décennale 1-7-8-52-68
Responsabilisation 117-127
Règlement indemnité 174
Répétition indu 176-184-185-195-196-197
Réparation intégrale 19-140-144-145-163-173-176-179-185-189-195
Réparation en nature 147-148
Réparation par équivalent 147-148

S

Sanction 121-122-123-133
Secteur d'activité (déclaration) 124- 128-130
Subrogation 199-200-201-202-203-205-224-225-227

T

Technique de travaux de bâtiment 55-56-57-58-59-60-61-62-63-102-162
TVA 177-178-179
Travaux sur existant (Existants) 33-66-67-68 -110-159-161
Travaux de bâtiment 20-25-26-29-52-53-55-56-58-61-62
Travaux de construction 31-33-34-36-43-53-61-62-63-102
Troubles annexes 150

V

Vétusté 179-180-181-182

Vice 52

- caché 77
- sol 7-151
- construction 21-32-151

L'université de Droit et Santé de Lille 2 n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L'ŒUVRE CREATRICE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE ET D'ASSURANCE DES CONSTRUCTEURS

Thèse soutenue le 26 juin 2007 dans le cadre du Centre René Demogue (Lille 2, René Demogue, EA n° 3613, dir. Pierre-Yves Verkindt) sous la direction d'Anne Penneau

RESUME

La loi Spinetta du 4 janvier 1978, est la loi fondamentale en matière de construction immobilière. Elle régit à la fois la responsabilité des constructeurs ainsi que les assurances obligatoires (responsabilité et assurance dommages ouvrage). En raison de ses lacunes et ses imperfections, elle offre au juge judiciaire une marge d'interprétation prépondérante, le conduisant ainsi à faire une oeuvre jurisprudentielle très créatrice, dérogeant parfois au Code civil et au Code des assurances.

Dans le souci de parvenir à la protection efficace des maîtres d'ouvrage, commandée par la philosophie de cette loi, le juge s'appuie sur les capacités financières des assureurs pour atteindre cet objectif, au point, finalement, d'élargir l'objet de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance construction.

Cette action dynamique du juge a ainsi pour résultat de perturber l'équilibre du système d'assurance construction, notamment en ce qui concerne le mécanisme de préfinancement des dommages et le mécanisme de la subrogation. L'assureur dommages ouvrage ne parvient pas toujours à récupérer les fonds qu'il a avancés.

En dépit de ces dysfonctionnements, ce système d'assurance reste selon les professionnels de la construction globalement satisfaisant et de loin le plus protecteur au niveau européen. Reste à savoir si ce système pourra servir de modèle, s'il est un jour question d'harmonisation.

SUMMARY

The Spinetta law of 4th January 1978 is the fundamental law governing real estate construction. It governs both the liability of constructors as well as compulsory insurances (liability and insurance for destruction of buildings). Due to it loopholes and imperfections, the judge have a preponderant margin of interpretation. He freely interpretes and innovates the law. The judge sometimes derogates from principles of the civil code and code of insurance.

The judge relies on the financial abilities of insurers to efficiently protect project the owners as required by the philosophy of this law. Thus, the judge extends the scope of the liability of constructors and construction insurance.

The dynamic judge's action has a negative impact on construction insurance, especially the mechanism of prefinancing damages and the subrogation mechanism. Insurers who prefinance damages do not often recover the funds advanced.

In spite of these disfunctionings, this system of insurance remains according to construction professionals, globally satisfactory and by far the most protective at the european level. Stay to know if this system in the future will be a model in case of harmonisation.