



HAL
open science

Assurance construction : De quelques aspects d'un droit profondément original

Jean Roussel

► **To cite this version:**

Jean Roussel. Assurance construction : De quelques aspects d'un droit profondément original. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2020. Français. NNT : 2020UPSLD039 . tel-03517984

HAL Id: tel-03517984

<https://theses.hal.science/tel-03517984>

Submitted on 8 Jan 2022

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.



THÈSE DE DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ PSL
Préparée à l'Université Paris-Dauphine

L'assurance construction
De quelques aspects d'un droit profondément original

Soutenue par

Jean ROUSSEL

Le 23 novembre 2020

Ecole doctorale n° ED 543

Ecole doctorale SDOSE

Spécialité

Droit privé

Composition du jury :

M. Hugues PÉRINET-MARQUET
Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas
Président

M. Luc MAYAUX
Professeur, Université Lyon III Jean Moulin
Rapporteur

M. Jean BIGOT
Professeur émérite, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Examineur

Mme Sarah BROS
Professeure, Université Paris-Dauphine PSL
Examinatrice

M. Georges DECOCQ
Professeur, Université Paris-Dauphine PSL
Examineur

M. Jérôme KULLMANN
Professeur émérite, Université Paris-Dauphine PSL
Directeur de thèse

Sommaire

Titre premier. Les principes fondamentaux de l'assurance construction en France

A/ Le système à double détente

1. Un principe qui s'inscrit dans une conception globale cohérente (doc 1 et 2)
2. Un principe qui connaît peu d'exceptions (doc 3 à 9)

B/ Une conception atypique à l'échelle européenne : la spécificité française

1. L'éclairage donné par *Elios* sur la spécificité française (doc 10 et 11)
2. Une conséquence indirecte (et malheureuse) de la disparité des régimes : la défaillance des assureurs *low cost* (doc 12 à 17)

Titre second. Le régime juridique de l'assurance construction en France

A/ L'empreinte de l'ordre public

1. Le contenu des garanties obligatoires et les clauses contractuelles restrictives (doc 18 à 23)
2. L'obligation de contracter et ses conséquences (doc 24 à 26)

B/ La coexistence des assurances obligatoires et facultatives : une dualité de régimes

1. Une frontière difficile à tracer (doc 27 à 33)
2. Une frontière à laquelle s'attachent de lourdes conséquences (doc 34 à 39)

Conclusion : un droit autonome ? (doc 40 à 43)

Liste des documents présentés

Titre premier. Les principes fondamentaux de l'assurance construction en France

A/ Le système à double détente

Doc 1. « Risques et assurances construction », ouvrage écrit en collaboration avec le Professeur Becqué-Ickowicz de l'Université de Montpellier, directrice du Master 2 droit immobilier, éditions de l'Argus, novembre 2016.

Doc 2. « L'assurance construction 40 ans après la loi Spinetta » Tribune, RDI 2018, p. 365.

Doc 3. « La garantie de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle », note sous Civ. 3, 20 janvier 1993, n°91-11.905, Gaz. Pal. 20 avril 1994, p. 37.

Doc 4. « L'indépendance de la garantie de livraison », note sous Civ. 3, 4 octobre 1995, n°93-18.312, Gaz. Pal. 15 mai 1996, p. 8.

Doc 5. « L'obligation de faire à la charge du garant de livraison », note écrite en collaboration avec M° Patrick Meneghetti sous Civ. 3, 4 juin 1997, n°95-20416, RGDA 1997, p. 1051.

Doc 6. « Une querelle de préséance : l'assureur de dommages et le garant de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle », RDI 2000, p. 517.

Doc 7. « La sanction encourue par l'assureur dommages-ouvrage est limitée à l'objet assuré par les stipulations contractuelles », obs. sous Civ. 3, 30 juin 2016, n°14-25.150, RDI 2016, p. 486.

Doc 8. « Recours de l'assureur dommages-ouvrage en cas de dépassement de délai », obs. sous Civ. 3, 13 juillet 2016, n°15-22.961, RDI 2016 p. 609.

Doc 9. « Exception de subrogation et assurance dommages-ouvrage », obs. sous Civ. 3, 8 février 2018, n°17-10.001, RDI 2018, p. 286.

B/ Une conception atypique à l'échelle européenne : la spécificité française

Doc 10. « Assurance décennale et construction européenne », RDI 2010, p. 190.

Doc 11. « L'étude Elios et l'assurance construction en Europe », RGDA 2012, p. 576.

Doc 12. « Marchés publics d'assurance et liberté de prestation de services (LPS) », obs. sous Conseil d'État, n°375299, 21 mai 2014, RDI 2014, p. 468.

Doc 13. « Il faut sauver la mission défaillance du fonds de garantie ! », RGDA 2016, p. 296.

Doc 14. « Rôle du fonds de garantie en cas de défaillance d'une entreprise d'assurance (ordonnance n°2017-1609 du 27 novembre 2017) », RDI 2018, p. 256.

Doc 15. « La défaillance des assureurs *low cost* », Tribune, RDI 2019, p. 189.

Doc 16. « Les intermédiaires au regard de l'immunité des préposés », RGDA 2002, p. 659.

Doc 17. « Faut-il supprimer la responsabilité des assureurs du fait de leurs mandataires (article L. 511-1, III du code des assurances) ? », in Mélanges Jean Bigot, LGDJ 2010, p. 429.

Titre second. Le régime juridique de l'assurance construction en France

A/ L'empreinte de l'ordre public

Doc 18. « Les assurances obligatoires. Caractères communs. Textes et commentaires », rédigé en collaboration avec Catherine Renodon-Delubria, préface Georges Durry, éd. L'Argus, 1984.

Doc 19. « Remarques sur la notion d'exclusion en matière de contrat d'assurance : pour une définition restrictive », article publié à la Gazette du Palais 1984, doct. p. 50.

Doc 20. « Définition de la garantie et charge de la preuve », commentaire de l'arrêt Civ 1, 14 février 1990, Résidence Lavoisier, Gaz. Pal. 8 mars 1991, p. 23.

Doc 21. « L'activité de constructeur de maisons individuelles inclut celle d'entrepreneur », obs. sous Civ. 3, 21 janvier 2015, n°13-25.268, RDI 2015, p.188.

Doc 22. « Secteur d'activité garanti et construction d'une maison individuelle », observations sous Civ. 3, 16 novembre 2017, n°16-24528, RDI 2018, p. 171.

Doc 23. « Activité déclarée et procédé technique. Le dépeçage des garanties obligatoires », obs. sous 30 janvier 2019, n°17-31.121, RDI 2019, p. 222.

Doc 24. « Liberté de contracter de l'assureur et assurance obligatoire », commentaire de l'arrêt Dupuis, Civ. 1, 17 mai 1982, n°81-10335, Gaz. Pal. 1982, 2, 591.

Doc 25. « Non-respect de l'obligation d'assurance décennale et faute du dirigeant séparable de ses fonctions », note sous Civ. 3, 10 mars 2016, n°14-15.326, RDI 2016, p.415.

Doc 26. « Piscine et assurance décennale » observations sous Civ. 3, 19 janvier 2017, n°15-26770, RDI 2017, p. 157.

B/ La coexistence des assurances obligatoires et facultatives : une dualité de régimes

Doc 27. « Défauts d'isolation thermique et impropreté à la destination. Un signal d'alarme ? », obs. sous Civ. 3, 8 octobre 2013, n°12-25.570, RDI 2014, p. 115.

Doc 28. « Réception et assurance construction », Actes pratiques et ingénierie immobilière, LexisNexis, octobre/décembre 2017, p. 38.

Doc 29. « Éléments dissociables non destinés à fonctionner et assurance construction », RDI 2014, p.503.

Doc 30. « Éléments d'équipement dissociables installés sur existants et assurance construction », obs. sous Civ. 3, 15 juin 2017, n°16-19.640, RDI 2017, p. 413.

Doc 31. « Les existants, la Cour de cassation et le législateur », Tribune, RDI 2018, p. 573.

Doc 32. « Géotechnicien et qualité de constructeur », note sous CAA Lyon, 7 octobre 2010, n°07LYO1210, RGDA 2011, p. 786.

Doc 33. « BIM, maquette numérique et assurance construction », RDI 2017, p. 515.

Doc 34. « La qualité d'assuré dans un contrat TRC peut être réservé au seul maître d'ouvrage », obs. sous Civ. 3, 22 octobre 2014, n°13-24.834, RDI 2015, p. 82.

Doc 35. « Garantie effondrement avant réception : retour sur un sujet controversé », obs. sous Civ. 3, 21 novembre 2012, n° 11-23.116, RDI 2013, p. 277.

Doc 36. « Menace grave et imminente d'effondrement », obs. sous Civ. 3, 5 mai 2015, n°14-12.235, RDI 2015, p. 364.

Doc 37. « Exclusions d'un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle et annulation des garanties », obs. sous Civ. 3, 9 mai 2012, n°11-23.116, RDI 2012, p. 521.

Doc 38. « Exclusion de garantie en cas d'impropriété à la destination », obs. sous Civ. 3, 4 février 2016, n°14-29.790, RDI 2016, p. 234.

Doc 39. « Assurance du sous-traitant : la clause réduisant la durée de la garantie à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est réputée non écrite », obs. sous Civ. 3, 26 novembre 2015, n°14-25.761, RDI 2016, p. 42.

Conclusion

Doc 40. « L'assureur dommages-ouvrage doit préfinancer une réparation pérenne et efficace », obs. sous Civ. 3, 22 juin 2011, n°10-16.308, RDI 2011, p. 509.

Doc 41. « Désordres évolutifs vs réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage », obs. sous Civ. 3, 6 septembre 2018, n°17-22.370, RDI 2018, p. 605.

Doc 42. « Questions autour de l'assurance construction, un droit autonome ? » Actes pratiques et ingénierie immobilière, LexisNexis 2018, p. 22, en collaboration avec le Professeur David Noguéro.

Doc 43. « Quelques précisions sur l'assurance dommages-ouvrage en droit public », obs. sous Conseil d'État 26 mars 2018, 7^e et 2^e Ch. Réunies, n°405109, RDI 2018, p. 461.

Thèse sur travaux

L'assurance construction
De quelques aspects d'un droit profondément original

La présente thèse s'inscrit dans le cadre de l'article L 612-7 al.3 du code de l'éducation selon lequel le diplôme de doctorat peut être délivré après « présentation d'un ensemble de travaux scientifiques originaux ».

Conformément à l'usage, elle comporte deux parties : la première est constituée par un texte, rédigé de façon unifiée, dont l'objet est de présenter les travaux publiés en les situant par rapport à l'état des connaissances, la seconde est constituée par une copie des travaux eux-mêmes.

1. En lien avec mes activités professionnelles, mais aussi avec les enseignements assumés dans le cadre universitaire, j'ai eu l'opportunité de publier des études et des commentaires d'arrêts dans diverses revues juridiques depuis plus de 35 ans¹. J'ai également contribué à la rédaction de deux ouvrages, l'un fort ancien puisque conçu à partir d'un mémoire de fin d'études², l'autre beaucoup plus récent³.

Après quelques publications portant sur le droit général des assurances⁴, mes travaux ont été consacrés successivement, pour l'essentiel, à deux domaines de spécialité : le droit de l'intermédiation en assurance dans un premier temps, celui de l'assurance construction dans un second.

L'objectif d'une thèse sur travaux étant de présenter les documents choisis de manière unifiée, j'ai recherché un fil directeur dans la présentation susceptible d'être faite et il m'a semblé nécessaire de faire un choix entre ces deux matières : il existe certes entre elles des liens possibles, mais leurs sujets d'études m'ont semblé trop distincts pour permettre une présentation globale cohérente.

¹ Voir la liste des documents présentés dans la présente thèse. Le premier travail sélectionné a été publié en 1982 (document 24), le dernier en 2019 (document 23).

² Document 18, « Les assurances obligatoires. Caractères communs. Textes et commentaires », ouvrage écrit en collaboration avec Catherine Renodon-Delubria, préface Georges Durry, éd. L'Argus, 1984.

³ Document 1, « Risques et assurances construction », ouvrage écrit en collaboration avec le Professeur Becqué-Ickowicz de l'Université de Montpellier, directrice du Master 2 droit immobilier, éditions de l'Argus, novembre 2016.

⁴ Il s'agissait de travaux liés à l'étude des assurances obligatoires et des règles qui pouvaient leur être communes, documents 18, 19, 20 et 24.

2. Il m'est également apparu naturel de privilégier, par rapport au droit de l'intermédiation⁵, celui de l'assurance construction, discipline à laquelle se rattache la majorité des travaux que j'ai publiés et qui constitue le cœur de mon activité professionnelle.

J'ai toujours essayé d'apporter, dans mes publications, un éclairage qui tienne compte de mon expérience de praticien et de la réalité du marché tel que je la vivais. Or c'est dans le domaine de l'assurance construction que cette possibilité d'enrichir une approche purement conceptuelle ou théorique par mon expérience professionnelle s'est révélée, à mon sens, la plus fructueuse.

Le choix de l'assurance construction présentait un avantage supplémentaire, celui de pouvoir présenter le contexte du marché unique à travers les travaux assez nombreux que j'ai consacrés à l'Europe⁶ et d'enrichir ainsi l'analyse et l'appréciation critique de notre système national.

Ce fut, enfin, l'occasion de tenter de faire un lien entre des sujets relevant de la plus récente actualité jurisprudentielle et des idées que j'avais défendues, il y a fort longtemps, à l'occasion de mes premiers écrits sur les assurances obligatoires en général⁷.

3. Dès lors que le choix de l'assurance construction était fait, un fil directeur m'a semblé s'imposer, celui de la profonde originalité d'un droit marqué, comme au fer rouge, par l'adoption d'un texte audacieux, la loi Spinetta⁸.

Sans doute, d'ailleurs, comme nous allons le constater en évoquant d'autres systèmes européens, l'originalité de la matière n'est-elle pas uniquement due au dispositif législatif mis en place il y a plus de 40 ans et, pour l'essentiel, toujours en vigueur aujourd'hui.

Au-delà de cette raison évidente, presque aveuglante, il est possible de rechercher des particularités de la matière qui s'expliquent par des raisons intrinsèques à l'acte de construire, aux risques et aux besoins de garantie qu'il génère. Il faut, par ailleurs, souligner le rôle essentiel joué par la jurisprudence dans la construction du droit positif, ainsi que celui des pratiques professionnelles qui ont donné vie aux textes et parfois conduit à les adapter ou à les réformer, qu'il s'agisse en particulier des dispositions qui régissent le champ d'application des assurances obligatoires⁹ ou le plafonnement des garanties¹⁰.

⁵ Chemin faisant, seront néanmoins présentés deux articles relatifs à la responsabilité civile des intermédiaires d'assurance et à la portée de la disposition de l'article L. 511-1 du code des assurances qui instaure une responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires (documents 16 et 17). Il est en effet possible, et me semble-il logique, de mettre en rapport cette problématique et la crise récente de l'assurance construction provoquée par la défaillance des assureurs dits *low cost* (documents 12 à 15).

⁶ En raison de mon implication dans les deux projets pilotes Elios lancés par la Commission européenne, documents 10 à 15.

⁷ En particulier, la notion d'assurance « à contenu obligatoire » (document 18) et la définition restrictive des clauses d'exclusion (documents 19 et 20), que l'on retrouve par exemple au cœur de la jurisprudence sur le secteur d'activité en assurance de responsabilité décennale (documents 21, 22 et 23).

⁸ Loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

⁹ Ordonnance n°2005-658 du 8 juin 2005, article L. 243-1-1 du code des assurances. Sur les raisons qui ont conduit à l'adoption du texte, n°29 et 30.

¹⁰ L'actuel contrat collectif de responsabilité décennale (CCRD), avant de recevoir une consécration dans le code des assurances (articles R. 243-1 et A. 243-1 annexe 3), avait été inventé par la pratique professionnelle sous le nom de police complémentaire de groupe (PCG).

Il reste néanmoins que l'instauration d'un système dit à double détente, c'est à dire de deux assurances obligatoires dont l'une a pour seule vocation de permettre un préfinancement des dommages de nature décennale -et plus largement la conception générale et les grandes lignes du dispositif mis en place par la loi du 4 janvier 1978- sont à l'origine d'un droit profondément original qui n'a guère d'équivalent dans d'autres branches du droit français, ni dans d'autres législations nationales.

4. Cette spécificité m'a semblé un paradigme possible, en tout cas un excellent prétexte, pour rassembler des travaux portant sur des sujets *a priori* fort divers et pour tenter de présenter, de façon unifiée, 43 publications.

Mon espoir est de pouvoir ainsi donner une vision synthétique un peu différente, un peu nouvelle, sur une matière qui a fait l'objet de nombreuses études et analyses, souvent de grande qualité.

5. Originale, comme cela vient d'être souligné, par les principes fondamentaux qui la gouvernent (Titre premier), l'assurance construction en France l'est également par le régime juridique qui s'y applique, ce dernier étant, à plusieurs égards, façonné par l'empreinte de l'ordre public (Titre second).

Titre premier. Les principes fondamentaux de l'assurance construction en France

6. La mesure la plus caractéristique du droit français de l'assurance construction -celle qui a certainement constitué l'apport le plus original de la loi Spinetta- tient à mon sens au choix d'avoir imposé un système dit à double détente, avec la volonté, selon les termes mêmes du rapport à l'origine de la réforme, d'« assurer l'automatisme de la réparation » sans pour autant renoncer à « sanctionner les responsabilités »¹¹.

La même idée fut exprimée, en termes plus explicites, dans le rapport de M. Pillet, au nom de la commission des lois, lors de la discussion du texte au Sénat : le rôle de l'assurance dommage serait d'« assurer un véritable préfinancement de la réparation du dommage, préfinancement qui entrerait en jeu avant la recherche des responsabilités », celui de l'assurance de responsabilité étant de « supporter, en définitive, la charge des dommages qui auront été constatés »¹².

Ce principe fondateur, qui s'inscrit dans une conception globale cohérente, explique que notre droit national soit perçu, à l'échelle européenne, comme profondément atypique. La spécificité française en la matière, indiscutable à plusieurs égards, mérite néanmoins, comme nous le constaterons, d'être relativisée.

¹¹ « Proposition pour une réforme de l'assurance construction », Commission interministérielle présidée par M. A. Spinetta, La documentation française, 30 juin 1975, p. 51 : « d'un système unique à double détente ».

¹² JO, déb. Sénat, 4 nov. 1977, 3 nov. 1977, p. 2540.

7. Nous nous intéresserons donc aux fondements et principes généraux de l'assurance construction en analysant successivement le système à double détention (A), puis le caractère atypique de l'approche française à l'échelle européenne (B).

A/ Le système à double détention

8. Le principe de la double détention s'inscrit dans une architecture globale voulue par le législateur dont j'essaierai de souligner la cohérence (1). Simple dans sa conception, ce principe n'en soulève pas moins des questions délicates dans sa mise en œuvre, d'où l'intérêt d'explorer ses limites, c'est-à-dire de s'arrêter sur les quelques exceptions qu'il connaît en droit positif (2).

1. Un principe qui s'inscrit dans une conception globale cohérente

9. Pour souligner l'originalité du principe de la double détention qui régit le droit de l'assurance construction, esquissons une comparaison avec les régimes juridiques qui seraient susceptibles de lui ressembler.

Appelons notre jeune homme (il a déjà plus de 40 ans !) « système Spinetta » et définissons-le comme le mode de prise en charge, en France, des défauts affectant l'ouvrage immobilier après réception.

Comme chacun d'entre nous, il est issu et fait partie de deux familles. En l'occurrence, d'un côté, celle des assurances obligatoires instaurées par le droit français, de l'autre, celle des régimes de garantie et d'assurance des risques liés à la construction dans les différents États européens.

Nous aurons l'occasion de nous intéresser plus avant à chacune de ces familles¹³, mais retenons dès à présent que, dans les deux cas, le système Spinetta marque une personnalité qui lui est propre. Qu'on le compare à ses cousins européens, les régimes en vigueur ailleurs au sein de l'Union, ou à ses cousines françaises, les autres obligations d'assurance imposées par notre droit positif, un trait de caractère unique apparaît immédiatement : nulle part ailleurs n'a été mise en place une double obligation d'assurance.

Pourtant, de nombreuses autres assurances obligatoires tendent à un objectif similaire, permettre une indemnisation rapide de la victime tout en sanctionnant la responsabilité du ou des auteurs à l'origine du dommage. Nous verrons également que, à travers la diversité des régimes nationaux de garantie et d'assurance existant en Europe, se retrouve une forte similitude quant aux finalités des mécanismes en vigueur.

¹³ Respectivement dans le B/ du présent titre, n°48 et s. et dans le A/ du second, n°93 et s.

Il reste néanmoins que seul le législateur de 1978 a fait le choix de mettre en place un préfinancement sous la forme d'une assurance de chose disposant d'un recours contre les responsables et leurs assureurs de responsabilité.

Rien d'étonnant à ce que le principe de la double détention irrigue toute la matière...

10. Pour préciser cette affirmation, je propose de présenter deux travaux, d'importance certes très inégale, puisque le premier constitue une étude générale sous la forme d'un ouvrage et le second un simple article de synthèse, mais qui ont en commun de chercher à donner une vision globale sur la matière.

Il s'agit, en premier lieu, du livre que nous avons co-écrit avec Madame Becqué-Ickowicz, Professeur à l'Université de Montpellier et directrice du Master 2 droit immobilier, à la demande des éditions de l'Argus (a) et, en second lieu, d'une tribune récente publiée à la Revue de droit immobilier rédigée à l'occasion des 40 ans de la loi Spinetta (b).

a) Étude générale

Doc 1. « Risques et assurances construction », ouvrage écrit en collaboration avec le Professeur Becqué-Ickowicz de l'Université de Montpellier, éditions de l'Argus, novembre 2016.

11. Il s'agit en réalité de la troisième édition d'un ouvrage dont les précédentes versions avaient été rédigées, pour la première, par le Professeur Jean Bigot et un professionnel spécialiste de l'assurance construction, M. Michel Périer (2007) et, pour la seconde, par le seul Michel Périer (2011).

Compte tenu des évolutions intervenues depuis lors et du plan adopté dans la deuxième édition, nous avons choisi d'articuler nos développements différemment et de repartir d'une nouvelle conception.

Fort classiquement, l'ouvrage comporte deux parties, Solange Becqué-Ickowicz ayant pris en charge la première relative aux risques et moi-même la seconde relative aux assurances.

12. Notre souhait, avec le Professeur Becqué-Ickowicz, a été de donner une vision globale et pédagogique d'une matière qui se trouve, à plusieurs égards, à la croisée des chemins.

Ceux des droits de la construction et de l'assurance, bien entendu, mais aussi ceux d'une législation et d'une jurisprudence complexes et d'une pratique professionnelle riche et évolutive. Sans négliger d'autres facettes du sujet, qu'il s'agisse de la conception initiale du « système Spinetta » et de son évolution historique, des règles actuarielles si particulières et si fondamentales qui régissent le provisionnement des sinistres, des aspects européens qui sont trop souvent ignorés ou encore de l'importance des assurances facultatives sur lesquelles nous avons apporté des précisions que l'on ne trouve guère ailleurs.

Le tout en essayant de rester aussi clair et pédagogique que possible.

Bref notre ouvrage, auquel le Professeur Jean Bigot nous a fait l'honneur de consacrer une très belle préface, constitue une refonte assez complète de la précédente édition. S'il est sans doute moins riche que d'autres ouvrages sur tel ou tel point litigieux ayant donné lieu à débat jurisprudentiel ou doctrinal, il présente à mon sens l'avantage de permettre au lecteur qui le souhaite de comprendre la matière, en quelque 250 pages, en profondeur et, surtout, dans toute sa diversité et sa richesse.

13. En ce qui concerne spécifiquement la seconde partie du livre, dont j'ai assumé la rédaction, le principe de la double détention est évidemment au cœur des développements relatifs à l'assurance construction.

Afin d'illustrer le propos et sans prétendre résumer l'ouvrage en quelques mots, je propose de revenir à une annexe qui m'est chère (annexe I, p. 331) et qui s'intitule « comprendre la matière en 8 minutes...à travers 8 lignes de force du droit en vigueur ». Il s'agit donc, sous un titre qui peut paraître un peu optimiste, de tenter de choisir huit lignes directrices permettant une meilleure compréhension de la matière, exercice qui ne manque pas d'intérêt.

Quand on reprend les huit affirmations qui m'ont semblé le mieux correspondre à cet objectif, on constate que les sept premières peuvent être rattachées, plus ou moins directement ou étroitement, au principe de la double détention.

C'est parce que le droit de l'assurance construction est fondamentalement tourné vers la protection du maître d'ouvrage (1^{ère} ligne directrice) et qu'il a pour objectif une indemnisation rapide et amiable (2^{ème}), permettant une réparation effective de l'ouvrage (4^{ème}), qu'a été créée et rendue obligatoire une assurance dont la raison d'être est de permettre un préfinancement, la dommages-ouvrage¹⁴.

Le recours dont dispose l'assureur dommages-ouvrage à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs de responsabilité décennale justifie que ces derniers soient tenus de délivrer des garanties pérennes, qu'ils soient engagés sur la même durée d'exposition au risque que l'assureur de dommages et les constructeurs eux-mêmes (5^{ème}). La gestion en capitalisation des garanties de responsabilité décennale, bien qu'elle n'ait été effectivement mise en place qu'à compter du 1^{er} janvier 1983¹⁵, peut à cet égard être vue comme un corollaire de la double détention.

La réforme du droit de la responsabilité des constructeurs, opérée concomitamment à l'instauration des deux obligations d'assurance, a été conçue pour permettre le bon fonctionnement du système assurantiel à double détention, ce qui justifie que responsabilité et assurance soient ici tellement imbriquées (6^{ème}).

Enfin, avec la consécration de deux obligations, l'assurance construction est évidemment marquée par un caractère impératif ou d'ordre public atypique (3^{ème}), qui se traduit par une

¹⁴ La jurisprudence en a d'ailleurs déduit, solution audacieuse que les textes ne prévoyaient pas expressément mais qui s'inscrit parfaitement dans la *ratio legis*, que les dispositions d'ordre public qui régissent l'assurance de dommages obligatoire « interdisent à l'assuré de saisir directement une juridiction aux fins de désignation d'un expert » : Civ. 1^{ère}, 28 octobre 1997, n°95-20.421, RGDA 1998, 95, note H. Périnet-Marquet.

¹⁵ Article 30 de la loi n°82-540 du 28 juin 1982.

dualité de régime opposant, d'un côté, les garanties obligatoires, soumises à des clauses-types contraignantes et, de l'autre, les diverses garanties souscrites sur une base facultative, dont l'importance ne doit pas être négligée et qui restent régies, en principe, par le seul droit commun de l'assurance (7^{ème}).

Reste à savoir si la 8^{ème} ligne directrice que j'avais souhaité souligner, à savoir le constat d'une certaine stabilité du système Spinetta depuis son adoption, se prolongera dans les années à venir¹⁶...

b) Article de synthèse

Doc 2. « L'assurance construction 40 ans après la loi Spinetta » Tribune, RDI 2018, p. 365.

14. Le Professeur Malinvaud m'a proposé de rédiger, pour la revue de droit immobilier, une tribune relative à l'assurance construction 40 ans après la loi Spinetta¹⁷.

Il s'agit évidemment d'un texte très court, contraintes éditoriales obligent¹⁸, mais que je me permets de présenter dans la mesure où, comme cela a été souligné à propos du document précédent et de son annexe 1 (« comprendre la matière en 8 minutes »), l'exercice qui consiste à synthétiser à l'extrême emporte un avantage considérable, celui d'obliger à décider ce que l'on juge vraiment essentiel, en l'occurrence quant à l'évolution du système depuis son origine.

15. On retrouve bien évidemment dans cette tribune une référence aux idées précédemment évoquées et je me contenterai de relever que :

- Sont mentionnées les conséquences qui se sont attachées, au fil des ans, au choix original d'une double obligation d'assurance, la série de crises qui a secoué l'assurance construction ou encore les débats sur une possible remise en cause du dispositif français par le droit de l'Union européenne.
- Sont également cités trois courants jurisprudentiels dont la continuité n'a peut-être pas été suffisamment soulignée jusqu'alors et sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir dans la conclusion : ceux relatifs respectivement à la question dite de « l'absence d'ouvrage »¹⁹, à l'affectation obligatoire de l'indemnité versée par l'assureur dommages-ouvrage à la réparation des désordres²⁰ et, enfin, au caractère pérenne et efficace que doit permettre la réparation préfinancée par ladite indemnité²¹.

¹⁶ A ce sujet, voir conclusion, n°196.

¹⁷ M. Ph. Malinvaud a traité de son côté « La responsabilité des constructeurs 40 ans après la loi Spinetta », RDI 2018, p. 417.

¹⁸ Le texte ne devait pas dépasser 5000 signes.

¹⁹ Civ. 1, 3 février 1993, n°90-13263, RDI 1993, 239, obs. G. Leguay.

²⁰ Civ. 1, 17 décembre 2003, n°02-19034, RGDA 2004, 100, note J.-P. Karila ; sur ce sujet, ci-après n°188 et 192, à propos des documents 42 et 43.

²¹ Civ 3, 22 juin 2011, n°10-16308, RDI 2011, 509, document 40 ; Civ. 3, 29 juin 2017, n°16-19634, RDI 2017, p.417, I. Bonardi.

2. Un principe qui connaît peu d'exceptions

16. Il n'est de règle, dit-on, sans exceptions. C'est en tout cas en examinant les situations dans lesquelles l'assureur dommages-ouvrage ne dispose d'aucun recours contre les assureurs de responsabilité décennale des constructeurs que l'on peut dessiner les limites du principe de la double détention, en tracer les contours.

À cet égard, un constat, quelque peu paradoxal, me semble s'imposer. Les statistiques officielles des assureurs font état de taux de recours étonnamment bas en dommages-ouvrage : pour s'en tenir aux données récentes les plus fiables, le taux moyen de recours en dommages-ouvrage, est, selon l'ACPR, autorité de tutelle du secteur, inférieur à 50%, exactement 46,4%, sur la période 2011/2015²². Pourtant les hypothèses dans lesquelles l'assureur se trouve privé d'action récursoire contre les constructeurs et leurs assureurs de responsabilité décennale sont, sur un plan strictement juridique, fort peu nombreuses.

Les raisons qui expliquent la faiblesse des taux de recours observés doivent à l'évidence être recherchées, au-delà du droit applicable, dans des considérations qui tiennent à des contraintes économiques et professionnelles. On pense, en premier lieu, au « ticket modérateur » prévu par la convention de règlement de l'assurance construction (CRAC)²³, mais aussi, sans doute pour une part importante, à des lourdeurs de gestion, voire à des négligences dans la constitution des dossiers d'instruction, qui entravent l'efficacité des actions récursoires dont disposent en théorie les assureurs de dommages²⁴.

17. En tout état de cause, en droit positif, les exceptions au principe de la double détention, que L. Karila et C. Charbonneau ont joliment nommées les « angles morts » de la dommages-ouvrage²⁵, sont d'une portée relativement réduite. Nous en retiendrons trois²⁶.

- La première et la principale a été introduite par le législateur lui-même et concerne la période d'application de la garantie : l'assurance dommages-ouvrage peut, sous

²² ACPR, Analyses et synthèses, quelques statistiques concernant le marché français de l'assurance construction, n°86, février 2018, acpr.banque-france.fr. Une étude plus récente publiée par la FFA et qui ne concerne donc que les sociétés adhérentes à la fédération donne les taux de recours encaissés par rapport aux prestations payées suivants : 2014 : 48, 2% ; 2015 : 44, 5% ; 2016 : 48, 6% ; 2017 : 48, 9% et 2018 : 50%.

²³ Cette convention est reproduite en annexe IX du livre publié aux éditions de l'Argus, document 1, p. 371. Le ticket modérateur est prévu à l'article 9-2.

²⁴ La multiplicité des petits sinistres et des déclarations sans suite aggrave évidemment la difficulté de l'exercice des recours. Selon l'étude précitée de la FFA, presque les ¾ des dossiers déclarés correspondent à des sinistres ne nécessitant pas un préfinancement supérieur à 1560 € et plus de 99% correspondent à un préfinancement inférieur à 50 000 €. La plateforme e-CRAC, mise en place pour les sinistres déclarés à compter du 1^{er} octobre 2019, a ainsi pour objet de faciliter les échanges entre compagnies signataires et de fluidifier la masse des recours.

²⁵ L. Karila et C. Charbonneau, « Droit de la construction : responsabilités et assurances », Lexisnexis, 3^{ème} éd., 2017, n° 1131 et s.

²⁶ Les auteurs précités mentionnent également l'existence de 3 exceptions, mais ce ne sont pas exactement les mêmes. Ils distinguent en effet les dommages déclarés avant réception et ceux qui font l'objet de réserves lors de la réception, alors qu'ils sont présentés ici comme relevant de la même exception, celle afférente aux dommages apparus avant réception. En revanche, ces mêmes auteurs ne retiennent pas l'hypothèse d'une acquisition de la garantie due à un dépassement de délai, hypothèse qui suppose un non-respect par l'assureur dommages-ouvrage des obligations lui incombant (en quelque sorte, un angle mort que l'assureur devrait pouvoir éviter).

certaines conditions, prendre en charge des sinistres apparus antérieurement à la réception, alors que tel n'est pas le cas de l'assurance de responsabilité décennale qui n'est mobilisable qu'au titre des dommages apparus postérieurement (a).

- La deuxième résulte en quelque sorte inéluctablement des clauses-types et plus précisément des sanctions qu'elles instaurent en cas de non-respect par l'assureur dommages-ouvrage des délais qui lui sont impartis. Ce dernier se trouve alors potentiellement conduit à prendre en charge des dommages ne présentant pas le caractère de gravité décennale (b).
- La troisième et dernière a été retenue par la jurisprudence et s'explique par l'articulation des prescriptions qui régissent respectivement la responsabilité des constructeurs et le droit commun de l'assurance. L'assuré dispose, pour déclarer à son assureur dommages-ouvrage un sinistre survenu dans la période décennale, d'un délai de deux ans à compter du jour où il a eu connaissance, ce qui peut conduire à une déclaration effectuée alors que la prescription décennale, qui court à compter de la réception, est déjà acquise (c).

a) Une exception légale, l'assurance dommages-ouvrage avant la réception des travaux. Le concours possible avec la garantie de livraison

18. Dès l'origine, c'est-à-dire dans la rédaction initiale de la loi du 4 janvier 1978, la police dommages-ouvrage a été conçue comme susceptible de jouer antérieurement à la réception des travaux.

Plus précisément, le rapport à l'origine du texte visait trois « sous-périodes » pour sa possible application, à savoir pendant l'exécution des travaux, pendant la période de garantie contractuelle et au-delà²⁷. L'idée a été consacrée en droit positif, puisque, si l'assurance dommages-ouvrage « prend effet après expiration du délai de garantie de parfait achèvement visé à l'article 1792-6 du code civil »²⁸, c'est-à-dire un an après la réception, cette règle est assortie de deux exceptions, 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, après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations »²⁹.

19. Avec le recul, on peut s'interroger sur les raisons qui ont ainsi conduit le législateur à créer un décalage entre les phases d'intervention des deux assurances obligatoires.

²⁷ « Proposition pour une réforme de l'assurance construction », Commission interministérielle présidée par M. A. Spinetta, La documentation française, 30 juin 1975, p. 55 et 57.

²⁸ Article L. 242-1 du code des assurances, alinéa 8.

²⁹ Article L. 242-1 du code des assurances, alinéas 9 et 10.

La lecture des travaux préparatoires n'apporte à cet égard que des éléments de réponse très partiels³⁰.

- En ce qui concerne l'année suivant la réception, le cumul possible entre garantie de parfait achèvement et assurance dommages-ouvrage, ainsi que le caractère subsidiaire de cette dernière, sont justifiés par « la finalité sociale de l'assurance, la réception marquant pour l'utilisateur le début d'une période d'usage de l'ouvrage, c'est à dire d'utilité sociale » et par « le caractère prioritaire de l'obligation contractuelle pendant cette période ».
- En revanche, rien de précis n'est dit sur la phase antérieure à la réception, le rapport de la commission interministérielle précitée se contentant d'affirmer (p. 57) : « Période d'exécution des travaux. En principe, la police ne joue pas. Elle ne peut intervenir qu'en cas de résiliation du marché, après mise en demeure à l'entrepreneur d'avoir à réparer ».

Il semble donc que le législateur, qui n'a guère précisé l'étendue de la protection qu'il souhaitait mettre en place, ait eu à l'esprit le risque de défaillance contractuelle de l'entrepreneur pendant les travaux, sans que la question de la symétrie entre les deux assurances obligatoires ait été soulevée.

Toujours est-il que, détachée de son rôle de préfinancement, l'assurance dommages-ouvrage doit alors intervenir sans disposer d'un recours contre les assureurs de responsabilité décennale des différents intervenants, la jurisprudence ayant d'ailleurs étendu la solution aux dommages qui font l'objet de réserves lors de la réception³¹.

Dans ce cas de figure, un conflit peut survenir entre l'assurance de dommages et une garantie financière, dont l'objet est précisément de couvrir les conséquences d'une défaillance du constructeur, telle que la garantie financière d'achèvement dans le cadre de la vente en état futur d'achèvement (article L. 261-10-1 du code de la construction et de l'habitation) ou la garantie de livraison à prix et délai convenus dans le contrat de construction d'une maison individuelle (article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation). C'est précisément à propos de cette dernière que la Cour de cassation a eu à trancher un délicat et passionnant débat.

20. Lorsque la garantie de livraison à prix et délai convenus a été imposée et généralisée dans le cadre du contrat de construction d'une maison individuelle³², s'est en effet posée la question des rôles respectifs de l'assureur de dommages et du garant de livraison et, plus précisément, des recours dont l'un et l'autre pouvaient disposer.

En raison d'une zone de superposition entre les garanties délivrées, se sont trouvés en confrontation deux débiteurs pouvant légitimement, *a priori*, soutenir qu'ils n'étaient tenus qu'au titre de l'obligation à la dette et en aucun cas au titre de la contribution définitive.

³⁰ Les travaux préparatoires sont repris et commentés dans A. Roussel et collaborateurs, « Responsabilités et assurances des constructeurs », éd. Technique et documentation, 1978, voir spéc. § C 18 et s.

³¹ Civ. 3, 23 avril 1986, n°84-15.559, JCP N 1987, n°20812, note D. Tomasin ; Civ. 1, 4 juin 1991, n°89-16.060, RGAT 1991, p. 591, obs. J. Bigot.

³² Loi n°90-1129 du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle.

C'est dire toute l'importance de la jurisprudence qui a été rendue au sujet du concours entre garantie de livraison et dommages-ouvrage pour mieux cerner le rôle qui est celui de l'assureur de dommages et la portée de l'exception à la double détention introduite par son intervention avant réception.

Privé de recours contre les assureurs de responsabilité décennale, l'assureur dommages-ouvrage peut-il pour autant être vu comme un contributeur définitif à la dette, lui-même susceptible de subir un recours de la part du garant de livraison ?

21. Nous nous intéresserons d'abord à la garantie de livraison en général, avec trois arrêts qui ont grandement contribué à mieux en définir la nature et le régime juridiques (a.1), avant d'approfondir plus spécifiquement, en présentant un article de doctrine, la question du concours possible entre garantie de livraison et assurance dommages-ouvrage (a.2).

a.1 Sur la garantie de livraison en général

22. Le législateur a pris soin d'apporter des précisions sur la garantie de livraison à prix et délai convenus, de lui fixer un cadre, au premier abord précis, avec l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation.

Signalons que l'actuelle garantie, rendue obligatoire par la loi du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle, est l'héritière de l'ancienne garantie extrinsèque³³, à laquelle elle emprunte de nombreux traits. La garantie extrinsèque constituait alors une option pour le constructeur de maisons individuelles, lui évitant de devoir appeler les fonds auprès du maître d'ouvrage selon une grille « écrasée »³⁴, par opposition donc à ce qui constituait une garantie intrinsèque au contrat de construction.

En vertu de l'article L. 231-6, la garantie de livraison est « constituée par une caution solidaire » et couvre le maître d'ouvrage « contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux ».

Pour ce faire, le garant doit prendre en charge :

« a) Le coût des dépassements du prix convenu dès lors qu'ils sont nécessaires à l'achèvement de la construction, la garantie apportée à ce titre pouvant être assortie d'une franchise n'excédant pas 5 % du prix convenu ;

b) Les conséquences du fait du constructeur ayant abouti à un paiement anticipé ou à un supplément de prix ;

c) Les pénalités forfaitaires prévues au contrat en cas de retard de livraison excédant trente jours, le montant et le seuil minimum de ces pénalités étant fixés par décret ».

³³ Articles R. 231-8 et suivants anciens du code de la construction et de l'habitation.

³⁴ En cumul, 3% à la délivrance du permis, 20% à l'achèvement des fondations, 45% à la mise hors d'eau et 75% à l'achèvement des travaux d'équipement, de menuiserie, de plomberie et de chauffage.

23. Néanmoins, sans doute en raison du caractère assez nouveau et atypique en France de ce type de garantie, dont on trouve des équivalents dans d'autres législations et qui peut être assimilée à ce que le droit anglo-saxon nomme une « performance bond », c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de trancher plusieurs questions importantes qui ont donné lieu à contentieux :

- Quant à l'étendue de l'obligation à la charge du garant, ce dernier peut-il être conduit à prendre en charge d'autres préjudices que ceux mentionnés dans la loi ? (a.1.1)
- Quant à la nature juridique de la garantie, quid du caractère accessoire attaché à la définition de cautionnement ? (a.1.2)
- Enfin, quant à la qualification de l'obligation à la charge du garant en cas de défaillance du constructeur, s'agit-il d'une obligation de faire ? (a.1.3)

a.1.1 Quant à l'étendue de l'obligation à la charge du garant

Doc 3. La garantie de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle, note sous Civ. 3, 20 janvier 1993, n°91-11.905, Gaz. Pal. 20 avril 1994, p. 37³⁵.

24. Même s'il a été rendu en application du droit antérieur, au sujet donc d'une garantie extrinsèque, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1993 apporte un premier éclairage intéressant sur l'obligation à la charge du garant.

Il censure, à deux égards, l'arrêt qui avait été rendu par la cour d'appel d'Amiens. On ne s'attardera pas sur le premier moyen, dans la mesure où il s'agissait d'une simple erreur d'interprétation de la part des juges du fond, ces derniers ayant omis de prendre en compte, pour calculer la somme à laquelle était tenu le garant, les paiements effectués par le maître d'ouvrage antérieurement à la défaillance.

La rectification s'imposait et, avec le recul, l'intérêt de l'arrêt à cet égard se limite à souligner combien, à l'époque, une garantie portant sur une obligation de construire était encore une idée novatrice et son contenu exact un sujet difficile à appréhender.

25. En revanche, sur le second moyen, l'apport de l'arrêt est important. La solution n'a pas été contredite depuis lors et vaut également pour l'actuelle garantie de livraison à prix et délai convenus, même si les exemples d'application jurisprudentiels sont restés peu nombreux³⁶.

Indépendamment des sommes auxquelles il est tenu en exécution de la garantie elle-même, le garant de livraison peut devoir réparation de préjudices qui résultent de l'inexécution prolongée de ses obligations. Autrement dit, il est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de son créancier, le maître d'ouvrage, à la triple condition que ce dernier puisse établir la preuve d'un préjudice distinct de celui que réparent les pénalités de

³⁵ Sur cet arrêt, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin, RDI 1993, p. 390 ; note J.-L. Aubert. Defrénois 1993, 1432.

³⁶ Civ. 3, 6 février 2002, n°00-16-841, Const. et Urb 2002, n°112, obs. M. Rousseau ; Civ. 3, 28 mars 2007, n°06-11.313, Const. et Urb. 2007, p. 115, note D. Sizaire ; RDI 2007, p. 439, obs. D. Tomasin.

retard, d'une faute dans l'exécution des obligations contractuelles à sa charge et d'un lien de causalité entre les deux.

J'avais, dans mon commentaire, approuvé cette solution, tout en supposant que les conditions d'ouverture d'une action en responsabilité à l'encontre du garant seraient interprétées assez limitativement par les tribunaux, ce qui, me semble-t-il, a été le cas.

a.1.2 Quant à la nature juridique de la garantie de livraison

Doc 4. L'indépendance de la garantie de livraison, note sous Civ. 3, 4 octobre 1995, n°93-18.313, Gaz. Pal. 15 mai 1996, p. 8³⁷.

26. Avec l'arrêt du 4 octobre 1995, la troisième chambre civile de la Cour de cassation franchit une étape d'une importance considérable dans la définition même de l'objet de la garantie. Elle affirme, en effet, que l'engagement du garant de livraison n'est pas « la simple fourniture d'une caution ordinaire » et que, en l'exécutant, le garant « paye sa propre dette et non celle d'autrui ».

Pour comprendre cet arrêt, à l'origine d'une jurisprudence qui s'est peu à peu « radicalisée », au point de refuser au garant tout recours contre le constructeur défaillant³⁸, ce qui a conduit à l'intervention du législateur³⁹, il faut revenir à l'argumentation qui avait été soutenue en l'occurrence par l'établissement ayant délivré la garantie de livraison.

Ce dernier avait prétendu que l'extinction de la créance pour défaut de déclaration dans le cadre de la liquidation judiciaire du constructeur était une exception inhérente à la dette et qu'il pouvait, par conséquent, en qualité de caution, l'opposer au créancier.

La logique formelle du raisonnement était donc simple et apparemment irréfutable : d'une part et en vertu de la loi, la garantie de livraison à prix et délai convenus est constituée par une caution solidaire et, d'autre part, l'extinction de la dette pour non déclaration à la liquidation, exception inhérente à la dette, était à l'époque susceptible d'être opposée par la caution de droit commun⁴⁰, comme l'avait décidé peu de temps auparavant la chambre

³⁷ Bull. Civ. III, n°213, p. 143; JCP 1996, II, 22545, obs. H. Périnet-Marquet; RDI 1996, 82, obs. C. Saint-Halary-Houin. Voir rapport de la Cour de cassation pour l'année 1995, p. 259.

³⁸ Tirant des conséquences, évidemment excessives, de l'affirmation selon laquelle le garant paye sa propre dette et non celle d'autrui, la Cour a d'abord décidé qu'il n'avait pas de recours contre la caution du constructeur garanti (Civ. 3, 1^{er} mars 2006, n°04-16.297, RDI 2006, p. 493, obs. J.-M. Berly ; Constr.-Urb. 2006, p. 81, obs. Sizaire), puis qu'il n'en avait pas davantage contre le constructeur lui-même (Civ. 3, 27 septembre 2006, n°05-17.774, RDI 2006, p. 493, obs. J.-M. Berly ; Defrénois 2008, p. 82, obs. H. Périnet-Marquet). Ci-après n°28.

³⁹ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, art 26, réformant le crédit à la consommation introduisant un article L. 313-22-1 dans le code monétaire et financier et un article L. 443-1 dans le code des assurances ; voir P. Simler « La loi rétablit le recours du garant contre le constructeur que la Cour de cassation avait cru devoir lui refuser », JCP G, 2011, 130 ; P. Malinvaud « La loi au secours de la jurisprudence », RDI 2011, p. 61. Ci-après, n°29 et 30.

⁴⁰ Article 2036 ancien du code civil, remplacé aujourd'hui par l'article 2313.

commerciale de la Cour de cassation⁴¹. Dès lors, il fallait en déduire que le garant était en mesure d'invoquer une absence de garantie en cas de non déclaration de la créance.

27. Le drame avec ce type de raisonnement mécanique, détaché de la finalité des textes et des contraintes concrètes de l'opération de construction, est qu'il peut aisément conduire à un résultat absurde.

J'ai tenté, dans mon commentaire, de mettre en évidence les raisons pour lesquelles, en pratique, les maîtres d'ouvrage ne déclaraient généralement pas leurs créances, et, par conséquent, les dangers d'une argumentation qui aurait conduit à vider la garantie de sa substance.

Pour autant, les motifs adoptés par l'arrêt pour éviter un tel résultat me paraissent assez insatisfaisants, voire potentiellement dangereux : si l'on peut facilement admettre que la garantie de livraison n'est pas un cautionnement ordinaire, en ce sens que les obligations de l'organisme qui se porte caution sont renforcées par des dispositions légales contraignantes, affirmer que le garant « paye sa propre dette et non celle d'autrui » semble aller à l'encontre de la définition même du cautionnement, sûreté accessoire.

En sortant du cadre du cautionnement, en quittant, en quelque sorte, les rails fixés par le législateur, la Cour de cassation s'engageait en terrain inconnu, et cela au risque de créer une véritable déstabilisation des rapports entre les parties, voire de rendre impossible la mise en application des textes.

28. Quelques 10 ans plus tard, dans le prolongement de l'affirmation selon laquelle le garant paye sa propre dette, la Cour a décidé que, par application de l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation, le garant ne s'était pas acquitté de la dette du constructeur, et que dès lors, il n'était pas fondé à solliciter le remboursement par le constructeur des sommes qu'il avait dû régler à la suite de la défaillance de ce dernier⁴².

Cette solution entraine en complète contradiction avec la raison d'être et l'intérêt d'une garantie de livraison dont l'objet est évidemment d'apporter une sécurité à l'acquéreur, en aucun cas de bénéficier au constructeur défaillant et de lui permettre de trouver un moyen d'échapper à ses obligations⁴³. Très clairement, les garants étaient en droit de s'interroger sur le risque que cette jurisprudence ne constitue une incitation, pour certains constructeurs, à ne pas remplir leurs obligations, du moins au titre des chantiers problématiques.

On notera par ailleurs, ironie de l'histoire, que l'arrêt du 4 octobre 1995 est généralement cité comme constituant la cause et l'origine de la jurisprudence très critiquée de 2006 sur

⁴¹ Comm. 17 juillet 1990, D. 494, note A. Honorat. Avec la modification de l'article L. 622-24 du code de commerce par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 dite « loi de sauvegarde des entreprises », la sanction de l'extinction de la créance n'existe plus (et le débat aurait donc pu être évité !)

⁴² Civ. 3, 27 septembre 2006, n°05-17.774, RDI 2006, p. 493, obs. J.-M. Berly ; Defrénois 2008, p. 82, obs. H. Périnet-Marquet, précité note 38.

⁴³ La doctrine a, assez unanimement, critiqué la solution : P. Simler « Recours du garant de livraison à prix et délai convenus contre le constructeur défaillant. Résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation », Const. et Urb. 2008, chr. 15 ; R. Chaine et B. de Belval « La garantie de livraison est-elle encore et toujours une caution ? », RDI 2008, p. 134 ; J.-M. Berly « La garantie de livraison de l'article L. 231-6 : de Charybde en Scylla », RDI 2009, p. 215.

l'absence de recours du garant⁴⁴, alors même que la question qu'il avait alors tranchée, celle de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration, ne se posait plus depuis le 1^{er} janvier 2006, avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁴⁵.

29. En prenant un peu de recul, un parallèle peut être tenté entre, d'une part, l'évolution du droit positif relatif au recours du garant de livraison et, d'autre part, plusieurs questions juridiques, *a priori* fort différentes, mais qui ont également donné lieu, à peu près à la même période, à une véritable fronde du monde professionnel à l'égard de positions audacieuses adoptées par la Cour de cassation. Autrement dit, à un divorce entre pratique et jurisprudence... sans qu'il soit aisé de déterminer, comme toujours dans ce genre de situations, leurs torts respectifs !

En tout état de cause, à chaque fois, il a paru nécessaire au législateur d'intervenir.

Il est particulièrement intéressant d'observer, avec quelque distance, les rôles respectifs qui ont été joués respectivement par la pratique, la jurisprudence et le législateur dans ces différentes situations, leurs contributions respectives à la construction d'un droit positif nouveau.

Le scénario de cette pièce à trois acteurs est à chaque fois identique. Confrontée, dans des cas d'espèce, à des positions contestables de la part d'acteurs du marché, assureurs ou garants, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence et fixe une nouvelle règle de droit plus protectrice des assurés et maîtres d'ouvrage.

Malheureusement, l'attendu de principe adopté a évidemment une portée générale, conformément à l'adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, et s'il permet d'apporter une réponse plus satisfaisante -en tout cas plus favorable aux intérêts de l'assuré ou de la victime- dans les circonstances d'espèce considérées, il soulève en revanche, de par sa généralité, de réelles difficultés, incitant le monde professionnel à refuser de pleinement l'appliquer.

30. Ce fut le cas avec trois courants jurisprudentiels qui ont donné lieu à des débats particulièrement vifs, à savoir la condamnation des clauses base réclamation en 1990⁴⁶, la définition extensive de la notion de bâtiment par référence aux techniques de travaux de bâtiment en 1991⁴⁷ et l'annulation des plafonds de garantie en assurance de responsabilité décennale obligatoire en 1992⁴⁸.

Les principes nouveaux résultant de ces trois revirements de jurisprudence se sont révélés quasiment impossibles à mettre en œuvre, tant leurs conséquences étaient lourdes : pendant plus de 10 ans, les contrats pratiqués sur le marché de l'assurance construction

⁴⁴ Préc., note 38.

⁴⁵ Loi n°2005-845, modification de l'article L. 622-24 du code de commerce, note 41.

⁴⁶ Civ. 1, 19 décembre 1990, n°88-12863 et al. (7 arrêts), RGAT 1991, p. 155, note J. Bigot.

⁴⁷ Civ. 1, 26 février 1991, n°89-11.563, RDI 1991, p. 361, obs. Ph. Dubois, RGAT 1991, p. 402, note J. Bigot.

⁴⁸ Civ. 1, 25 mai 1992, n°89-18923, RDI 1992, p. 349, obs. G. Leguay, RGAT 1992, p. 566, note J. Bigot.

- continuaient, au titre de la responsabilité professionnelle facultative, à limiter la garantie aux seules réclamations formulées avant résiliation,
- définissaient toujours les ouvrages de bâtiment à travers une liste limitative ne correspondant pas à la nouvelle référence jurisprudentielle aux techniques de travaux de bâtiment
- et, enfin, mentionnaient expressément des plafonds de garantie, pourtant jugés illégaux, au titre de l'assurance de responsabilité décennale obligatoire !

Sur ces trois sujets, le législateur est ensuite intervenu pour trancher le débat, y mettre un terme en fixant le droit positif.

Les orientations finalement adoptées s'inspirent, à des degrés divers selon les cas, de la jurisprudence antérieure.

Ainsi :

- En ce qui concerne le fonctionnement de la garantie dans le temps des assurances de responsabilité civile, la loi dite de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a permis aux contractants de prévoir un déclenchement de la garantie en fonction de la date de la réclamation, mais uniquement pour les risques professionnels et sous des conditions précises en termes de reprise du passé et de garantie subséquente⁴⁹.
- Quant au champ d'application des assurances obligatoires, la réforme opérée par l'ordonnance du 8 juin 2005 a largement contredit la jurisprudence antérieure relative aux techniques de travaux de bâtiment, en écartant du champ des assurances obligatoires les ouvrages désormais listés à l'article L. 243-1-1 du code des assurances⁵⁰.
- Enfin, avec la loi du 30 décembre 2006, les dispositions qui régissent le plafonnement de la garantie en assurance de responsabilité décennale obligatoire consacrent, mais pour les seuls ouvrages à usage d'habitation, la nullité des plafonds contractuels de garantie voulue par la Cour de cassation⁵¹.

31. Pour en revenir à la jurisprudence sur l'absence de recours du garant de livraison, qui avait été étendue à l'ensemble des garanties financières obligatoires délivrées dans le cadre de l'exercice d'une profession réglementée⁵², le scénario est très proche de celui qui vient d'être décrit et se termine, également, par l'intervention du législateur.

⁴⁹ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003, art 80-II, introduisant l'article L.124-5 du code des assurances. V. à ce sujet L. Mayaux « L'étendue de la garantie dans le temps : la volonté, le juge et la loi », Les grandes questions du droit des assurances, préface J. Bigot, LGDJ 2011, p. 129 et s.

⁵⁰ Ordonnance n°2005-658 du 8 juin 2005, art. 3-VII, article L. 243-1-1 du code des assurances. Cette réforme est inspirée des travaux de la commission présidée par le Professeur Périnet-Marquet dont le rapport a été déposé en décembre 1997 (Rapport sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire, H. Périnet-Marquet, C. Saint-Alary-Houin, J.-P. Karila, RDI 1998, p. 1 ; RGDA 1997, p. 71.

⁵¹ Loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006, art. 145, article L. 243-9 du code des assurances. Les mêmes dispositions s'appliquent à l'assurance dommages-ouvrage depuis la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008

⁵² P. Simler « Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires », Litec, 4^{ème} éd. 2008.

En l'occurrence, ce fut avec la volonté de contredire purement et simplement la jurisprudence sur l'absence de recours que la loi du 1^{er} juillet 2010 précitée⁵³ fut adoptée. Elle précise que les garants « disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 (à l'époque 3° de l'article 1251) du code civil ».

Contrairement à ce qu'elle a décidé au sujet du fonctionnement de la garantie dans le temps⁵⁴, la Cour de cassation a admis le caractère interprétatif de la loi nouvelle relative au recours du garant, et, partant, son application avec un effet rétroactif⁵⁵.

a.1.3 Quant à la qualification de l'obligation du garant

Doc 5. L'obligation de faire à la charge du garant de livraison, note écrite en collaboration avec M^o Patrick Meneghetti sous Civ. 3, 4 juin 1997, n°95-20.416, RGDA 1997, p. 1051⁵⁶.

32. L'apport de l'arrêt du 4 juin 1997 dans la définition de l'obligation à la charge du garant de livraison à prix et délai convenus, en cas de défaillance du constructeur, est lui aussi d'importance.

En l'espèce, la cour d'appel de Limoges avait condamné un garant au paiement d'une astreinte liquidée au titre du retard des travaux de reprise, et ce au motif qu'il s'agissait d'une somme distincte des pénalités contractuelles, ayant pour but d'assurer l'exécution des obligations propres du garant de livraison à prix et délai convenus.

Le raisonnement des juges du fond impliquait d'admettre qu'un garant, dès lors qu'il est confronté à la défaillance d'un constructeur garanti, est tenu d'une obligation de faire consistant en la réalisation effective des travaux. Les conséquences d'une telle affirmation auraient pu être lourdes, notamment quant à la qualité de constructeur soumis à responsabilité décennale qui s'y serait logiquement attachée.

La cassation est prononcée au motif que le garant avait désigné un repreneur dans les délais impartis par le juge des référés et qu'il n'était pas tenu de « s'assurer du respect du délai d'exécution des travaux par ce constructeur ».

33. Dans le commentaire que nous avons rédigé avec M^o Patrick Meneghetti, avocat avec lequel j'ai eu l'occasion de suivre de nombreux contentieux en matière de garantie de livraison à prix et délai convenus, nous avons approuvé sans réserve la solution ainsi consacrée par la Cour de cassation. Conforme à l'esprit des textes selon lesquels le garant « effectue ou fait effectuer » les travaux (article L. 231-6 III, 3^{ème} alinéa), cet arrêt a mis un terme aux

⁵³ Note 39. Pour un exemple récent d'application, dans le domaine de la garantie financière des courtiers d'assurance, Civ. 2, 13 décembre 2018, n°17-22.624, RGDA mars 2019, p. 55, note L. Mayaux.

⁵⁴ Civ. 2, 25 juin 2009, n°08-14.060 et 08-16.910, RGDA 2009, p. 1239, note J. Kullmann.

⁵⁵ Civ. 3, 12 septembre 2012, n°11-13.309, Const. et Urb. 2012, n°166, obs. D. Sizaire, RDI 2012, p. 627, obs. D. Tomasin.

⁵⁶ Bull. III, n°126, p. 85, RDI 1997, p. 459, obs. C. Saint-Alary-Houin; Const. et Urb. n°89, obs D. Sizaire.

interrogations auxquelles étaient confrontés la doctrine et les professionnels sur l'éventuelle « substitution » du garant au constructeur en cas de reprise des travaux.

Depuis lors, il est admis que, si le garant est bien soumis à une obligation de faire, elle est distincte de celle du constructeur, en ce sens qu'elle se limite à la désignation d'un repreneur. Dans la même logique, la Cour de cassation a retenu que le garant ne peut être assimilé à un constructeur et qu'il n'est donc pas soumis à responsabilité décennale⁵⁷.

34. Avec ces différentes orientations du droit positif, les contours de la protection apportée au maître d'ouvrage et le régime juridique de la garantie de livraison à prix et délai convenus se sont clarifiés.

Le garant de livraison n'a pas, à proprement parler, vocation à se substituer au constructeur défaillant et l'objet de son intervention consiste fondamentalement à prendre en charge, en cas de défaillance, les postes de préjudices visés par l'article L.231-6 du code de la construction et de l'habitation. Son obligation emporte néanmoins des obligations de faire, notamment celles de mettre en demeure le constructeur garanti en cas de retard et, le cas échéant, de désigner un repreneur. Il est par ailleurs susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle pour faute au titre d'un préjudice distinct de ceux qui font l'objet de sa garantie. Enfin, l'autonomie de l'obligation du garant et le caractère particulier du cautionnement qu'il délivre ne lui interdisent pas d'exercer un recours subrogatoire à l'encontre du constructeur défaillant.

Le décor est ainsi planté pour aborder le délicat débat qui a agité la doctrine et la jurisprudence à la même époque, celui du concours possible entre les garanties délivrées respectivement par le garant de livraison à prix et délai convenus dans le cadre de l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation et par l'assureur dommages-ouvrage en vertu de l'article L. 242-1 du code des assurances.

a.2 Sur le concours entre les deux garanties

Doc 6. « Une querelle de préséance : l'assureur de dommages et le garant de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle », RDI 2000, p. 517.

35. Aussi différentes que soient leurs finalités premières, préfinancer les travaux de réparation des dommages de nature décennale d'une part et protéger le maître d'ouvrage contre le risque de défaillance du constructeur d'autre part, ainsi que leurs natures juridiques respectives, assurance de chose pour l'une et cautionnement solidaire *sui generis* pour l'autre, la dommages-ouvrage et la garantie de livraison sont susceptibles d'être mobilisées cumulativement pour la prise en charge de certains dommages avant réception.

La zone de recouvrement entre les deux garanties, qui était apparemment passée inaperçue lors des travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 1990 généralisant l'obligation d'une garantie de livraison dans tout contrat de construction d'une maison individuelle, s'est révélée

⁵⁷ Civ. 3, 7 septembre 2011, n°10-21.331, RDI 2011, p. 572, obs. P. Malinvaud ; p. 626, obs. D. Tomasin ; Const. et Urb. 2011, comm 166, obs. C. Sizaire.

dans toute son ampleur dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi et a donné lieu à des contentieux et à un débat doctrinal complexe⁵⁸.

Elle est évidemment liée aux dispositions de l'article L. 242-1 du code des assurances précitées qui prévoient que l'assurance dommages-ouvrage peut être mobilisée antérieurement à la réception lorsque « le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par ce dernier, de ses obligations »⁵⁹.

36. Plus précisément, en mettant de côté le cas particulier peu fréquent dans lequel le maître d'ouvrage, non assisté d'un professionnel lors des opérations de réception, dénonce des défauts dans le délai de 8 jours qui lui est imparti par l'article L. 231-8 du code de la construction et de l'habitation, le cumul des deux garanties concerne :

- Principalement, les défauts de nature décennale constatés sur les constructions en cours lors de la défaillance du constructeur de maison individuelles.
- Plus accessoirement, les défauts faisant l'objet de réserves lors de la réception et présentant le caractère de gravité décennale, là encore en cas de défaillance du constructeur.

Loin d'être illusoire, les hypothèses dans lesquelles les deux garanties peuvent entrer en concours se sont avérées représenter un réel enjeu. A cela plusieurs raisons d'ordre économique et juridique :

- La fréquence des défaillances d'opérateurs dans le domaine de la maison individuelle, fléau qui avait précisément justifié l'intervention du législateur,
- Le constat, très généralement, d'une forte dégradation de la qualité des constructions dans les mois qui précèdent une éventuelle liquidation,
- La souplesse dont la Cour de cassation avait fait preuve pour interpréter les conditions d'intervention de l'assureur dommages-ouvrage avant réception.

Quant à l'intérêt théorique du débat, il n'est guère besoin de le souligner, puisque c'est la finalité même de l'assurance dommages-ouvrage, en quelque sorte sa raison d'être, à savoir la notion de préfinancement, qui était questionnée.

37. Après avoir analysé les conditions dans lesquelles assureur dommages-ouvrage et garant de livraison pouvaient être tenus ensemble au titre de l'obligation à la dette, j'ai soutenu, dans l'article publié à la Revue de droit immobilier en 2000, qu'il serait souhaitable, au titre de la contribution à la dette, que le garant dispose d'un recours contre l'assureur de dommages et non l'inverse.

Plusieurs raisons, liées à la finalité des textes et à la cohérence du droit positif, étaient avancées au soutien de cette opinion, mais je voudrais, dans le cadre de cette thèse, en

⁵⁸ H. Périnet-Marquet « Chorégraphie pour un ballet infernal » JCP 1995, I, 3892. Voir aussi G. Courtieu « Les rôles respectifs de l'assurance dommages et de la caution en cas d'inachèvement de la construction », RCA mai 1995 et, postérieurement à l'arrêt qui a tranché le débat le 3 juillet 2001 (note 60), G. Courtieu « Entre la caution et l'assurance, la Cour de cassation aurait-elle fait le mauvais choix ? », RCA 2001, chr. n°22.

⁵⁹ Supra n°18.

souligner particulièrement une : si l'assurance dommages-ouvrage peut être qualifiée d'assurance de préfinancement d'une manière générale, cette qualification tombe lorsque l'intervention de l'assureur se situe antérieurement à la réception des travaux.

Avec l'alinéa 9 de l'article L. 242-1 du code des assurances, *exit* le mécanisme à double détente.

Résultant inéluctablement, comme cela a été signalé, des dispositions mêmes de la loi Spinetta, puisqu'il a toujours été clair que l'assureur dommages-ouvrage ne peut disposer, avant réception, d'un recours subrogatoire au titre de la responsabilité décennale des constructeurs, ce constat fondamental me semblait justifier que l'on en tire toutes conséquences, y compris la possibilité pour l'assureur de subir le recours d'un tiers dont l'obligation restait bien, quant à elle, accessoire et subsidiaire, à savoir le garant de livraison.

D'autant plus, compte tenu de la chronologie des textes, que l'intervention du garant n'avait pas été généralisée en vue d'alléger la contribution à la dette de l'assureur de dommages.

38. Par un arrêt de principe en date du 3 juillet 2001⁶⁰, la Cour de cassation a décidé que « le garant au titre de l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation, qui prend en charge la réparation de désordres de nature décennale lorsque le contrat de construction est résilié pour inexécution par l'entrepreneur de ses obligations, bénéficie d'un recours contre cet assureur dommages-ouvrage ».

Cette position a été maintenue, des arrêts postérieurs précisant que « l'assureur dommages-ouvrage, pour les désordres de nature décennale, avait la charge de supporter le risque d'insolvabilité inhérent à cette défaillance »⁶¹ et que, lorsque sa garantie est mise en œuvre avant réception, « la loi contraint l'assureur à prendre définitivement en charge le coût de la réparation des dommages décennaux », la présence d'un garant ne modifiant pas l'obligation de l'assureur⁶².

b) Une exception résultant des clauses-types, l'assurance dommages-ouvrage sanctionnée pour non-respect des délais

39. La deuxième exception au principe de la double détente, à laquelle nous allons maintenant nous intéresser, ne soulève pas les mêmes interrogations théoriques et emporte des conséquences économiques beaucoup moins importantes que la première, puisqu'elle s'attache à un non-respect par l'assureur dommages-ouvrage des obligations qui lui sont imparties et peut donc être évitée par une gestion diligente. Elle mérite néanmoins attention dans la mesure où elle est fort révélatrice du rôle joué par l'assurance dommages-ouvrage dans la prise en charge des sinistres liés à l'acte de construire.

⁶⁰ Civ. 1, 3 juillet 2001, n° 98-12.570; Bull civ. I, n°200, RDI 2001, p. 78, obs. G. Leguay, RDI 2002, 78, obs. D. Tomasin, RCA 2001, comm. 334, note H. Groutel, Const. et Urb. 2001, p. 243, obs. D. Sizaïre.

⁶¹ Civ. 13 novembre 2003, n°02-14.500, Bull civ. III, n°195 ; RDI 2004, p. 189, obs. D. Tomasin ; Defrénois 2004, p. 459, chron. H. Périnet-Marquet.

⁶² Civ. 3, 26 novembre 2003, n°02-15.323 ; Bull civ. III, 2003, n°206, Defrénois 20094, p. 459, chron. H. Périnet-Marquet.

Rappelons que les textes imposent à l'assureur de dommages de notifier à l'assuré, dans un délai maximal de 60 jours courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre, sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat (article L. 242-1 al 3 du code des assurances) et que le non-respect de ce délai se traduit par l'acquisition automatique de la garantie du contrat au titre du sinistre déclaré (article A. 243-1 annexe II, Obligations réciproques des parties, B Obligations de l'assureur en cas de sinistre, 2°, c).

La jurisprudence donne d'assez nombreuses illustrations de cette sanction et admet, en particulier, que l'assureur ne peut plus contester le caractère de gravité décennal des dommages au-delà du délai de 60 jours⁶³. C'est dire qu'il est exposé à un risque de devoir prendre en charge des dommages pour lesquels il ne pourra disposer d'un recours sur le fondement de l'article 1792 du code civil.

On est donc en présence d'un nouvel « angle mort » de l'assurance dommages-ouvrage. Quelle en est exactement la portée ?

40. La Cour de cassation a eu l'occasion, à quelques mois d'intervalle, de préciser, en la limitant, l'étendue de la sanction encourue par l'assureur dommages-ouvrage (b.1), puis de confirmer que, potentiellement privé de recours subrogatoire sur le fondement de la responsabilité décennale, cet assureur conservait la possibilité d'agir sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile (b.2).

b.1 L'étendue de la sanction encourue par l'assureur dommages-ouvrage en cas de non-respect des délais

Doc 7. « La sanction encourue par l'assureur dommages-ouvrage est limitée à l'objet assuré par les stipulations contractuelles », obs. sous Civ. 3, 30 juin 2016, n°14-25.150, RDI 2016, p. 486⁶⁴

41. En l'espèce, l'assureur dommages-ouvrage avait négligé de notifier le rapport préliminaire de l'expert préalablement à sa prise de position sur la garantie.

Il est admis de longue date que la sanction consistant en l'acquisition automatique de la garantie s'applique non seulement lorsque l'assureur n'a pas répondu dans le délai de 60 jours suivant la réception de la déclaration, mais également lorsqu'il n'a pas motivé sa décision⁶⁵.

Avant la réforme des clauses-types opérée en 2009⁶⁶, la Cour de cassation exigeait de plus que l'envoi du rapport préliminaire soit effectué avant et non concomitamment à la prise de position sur le principe de la garantie⁶⁷. De son côté, le Conseil d'État a d'ailleurs adopté

⁶³ Civ. 1, 26 novembre 1991, n°86-13.604, RDI 1992, p. 92, obs. G. Leguay et P. Dubois ; RGAT 1992, p. 112, note J. Bigot.

⁶⁴ F.-X. Ajaccio, Gaz. Pal., n°41, p. 75 ; M.-L. Pagès de Varenne, Const. et Urb., n°9, p. 31.

⁶⁵ Civ. 1, 10 janvier 1995, n°93-13.226, Bull. civ. I, n°22.

⁶⁶ Arrêté du 19 novembre 2009 portant actualisation des clauses-types applicable aux contrats d'assurance dommages-ouvrage souscrits après sa date de publication au JO, à savoir le 27 novembre 2009.

⁶⁷ Civ. 1, 3 novembre 1993, n°91-18128, Civ. 3, 18 février 2004, n°02-17976, RDI 2004, p. 151, obs. G. Leguay, RGDA 2004, p. 439, note J.-P. Karila ; Civ. 3, 18 décembre 2007, n°07-12419, RDI 2008, p. 160, obs. P. Dessuet.

récemment la même solution dans un arrêt du que nous aurons l'occasion d'étudier ci-après (document 43).

Faute d'avoir envoyé préalablement le rapport, l'assureur s'était donc trouvé, en l'occurrence, condamné par la cour d'appel à réparer intégralement les désordres déclarés « sans qu'il y ait lieu d'apprécier l'application des clauses contractuelles ».

Le résultat obtenu était quelque peu choquant, sachant que les dommages, objet de la déclaration initiale, étaient constitués à la fois par des infiltrations affectant une pièce dont l'usage avait été modifié postérieurement à la réalisation des travaux assurés et par... des détériorations de vêtements et de chaussures.

42. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond par un bel attendu de principe selon lequel « la sanction de l'assureur dommages-ouvrage, qui l'oblige à garantir les désordres déclarés, est limitée à l'objet assuré par les stipulations contractuelles ».

J'approuve pleinement pour ma part cette solution qui s'inscrit dans une recherche d'équilibre entre les intérêts en présence, même si la notion d'objet assuré par les stipulations contractuelles peut s'avérer parfois difficile à définir au cas par cas, à l'image sans doute d'une autre notion clé du droit de l'assurance construction, celle de secteur d'activité en assurance de responsabilité décennale (ci-après documents 21 à 23).

b.2 Les conséquences d'une telle sanction en termes de recours

Doc 8. « Recours de l'assureur dommages-ouvrage en cas de dépassement de délai », obs. sous Civ. 3, 13 juillet 2016, n°15-22.961, RDI 2016, p. 609⁶⁸.

43. En supposant l'assureur dommages-ouvrage condamné à indemniser, à titre de sanction, des désordres ne présentant pas le caractère de gravité décennale, il se trouve naturellement privé de recours sur le fondement de l'article 1792 du code civil. L'assureur *solvens* ne peut disposer, par l'effet de la subrogation, de plus de droits à l'encontre des tiers que n'en avait son auteur, à savoir l'assuré.

L'assureur peut-il alors exercer un recours subrogatoire sur le terrain de la responsabilité civile de droit commun ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 2016 répond à cette question par l'affirmative. Il confirme sans ambiguïté qu'un assureur dommages-ouvrage condamné à garantir pour ne pas avoir notifié sa décision dans les délais reste néanmoins légalement subrogé dans les droits et actions de son assuré contre les tiers auteurs du dommage, qu'il est recevable à agir à leur encontre et qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet de limiter en pareille circonstance son recours subrogatoire à la seule responsabilité décennale des constructeurs.

L'arrêt retient aussi que l'assureur sanctionné n'est pas conduit à indemniser l'assuré en dehors du cadre du contrat d'assurance, mais, bien au contraire, que l'indemnité a dû être payée « en exécution de l'obligation de garantie née du contrat ».

⁶⁸ RGDA 2016, p. 482, obs. J.-P. Karila; Gaz. Pal. 2016, n°39, p. 58, obs. C. Cerveau-Colliard.

44. Cette intéressante décision fut l'occasion de tenter une synthèse et une clarification des fondements possibles du recours subrogatoire de l'assureur dommages-ouvrage, avec, à côté de la subrogation conventionnelle que les assureurs pratiquent très généralement par mesure de précaution (article 1346-1 du code civil, anciennement 1250 1°)⁶⁹, la distinction entre subrogation légale spéciale du droit des assurances (article L. 121-12 du code des assurances) et subrogation de droit commun du code civil, réformée par l'ordonnance du 10 février 2016 (ex. article 1251 3° du code civil, désormais article 1346).

Même sanctionné, l'assureur de dommages dispose donc encore de plusieurs voies de recours.

Comme on le constate, l'exception au principe de la double détention qui peut résulter d'un non-respect des délais par l'assureur dommages reste d'une portée réduite. Il en va de même avec la dernière situation que nous allons évoquer et qui concerne les dommages apparaissant en fin de période décennale.

c) Une exception due à la jurisprudence, l'assurance dommages-ouvrage mobilisée après l'expiration de la période décennale

45. Par un arrêt de principe en date du 4 mai 1999⁷⁰, la Cour de cassation a décidé qu'un assuré au titre d'une police dommages-ouvrage dispose, « pour réclamer l'exécution des garanties souscrites, d'un délai de 2 ans à compter de la connaissance qu'il a des désordres survenus dans les 10 ans qui ont suivi la réception des travaux », et ce en vertu de l'article L. 114-1 du code des assurances.

Cette solution, qui est restée constante et que la pratique professionnelle nomme généralement la jurisprudence « 10 + 2 », fait l'objet de critiques régulières de la part des assureurs dommages-ouvrage. Obligés de conserver leurs dossiers plus longtemps, les opérateurs du secteur soulignent également que les déclarations reçues plus de 10 ans après la réception leur interdisent, mécaniquement, d'exercer leurs recours.

Il est exact que les constructeurs et leurs assureurs de responsabilité décennale sont alors en droit d'opposer à l'assureur de dommages subrogé l'expiration du délai décennal. Il s'agit donc d'une troisième exception au principe de la double détention. Mais quelle est sa portée ? La question s'est posée de savoir si un assureur dommages-ouvrage, saisi tardivement, pouvait refuser sa garantie en invoquant une obligation de diligence à la charge de l'assuré.

Doc 9. « Exception de subrogation et assurance dommages-ouvrage », obs. sous Civ. 3, 8 février 2018, n°17-10.010, p. 286⁷¹.

⁶⁹ Sauf oubli de cette précaution élémentaire, y compris dans le cadre de sinistres importants. Voir J.Kullmann, Lamy Assurances 2019, n°1041 et s.

⁷⁰ Civ. 1, 4 mai 1999, n°97-13.198, Bull n°141, RDI 1999, p. 437, obs. G. Leguay ; ibid. 2000, obs. G. Durry ; Defrénois 1999, p. 1139, note H. Périnet-Marquet ; RGDA 1999, p. 1037, note J.-P. Karila.

⁷¹ RGDA 2018, p. 601, obs. J.-P. Karila ; H. Groutel, RCA 2018, comm. 152.

46. En vertu de l'article L. 121-12, alinéa 2 du code des assurances, « l'assureur peut être déchargé, en tout ou en 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 ».

Dans quelle mesure cette disposition, connue sous le nom d'exception de subrogation, peut-elle être invoquée par l'assureur dommages-ouvrage saisi plus de 10 ans après la réception des travaux ?

L'arrêt du 8 février 2018, publié au bulletin, consacre la possibilité pour l'assureur dommages-ouvrage d'opposer l'exception de subrogation à un assuré qui n'a pas respecté son obligation de diligence, et ce alors même que les circonstances ne semblaient pas des plus probantes.

Il retient que le fait que les maîtres d'ouvrage « pussent utilement déclarer un sinistre dans les deux ans de sa révélation ne les dispensait pas de respecter l'obligation de diligence que sanctionne l'article L. 121-12 du code des assurances » et rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel de Paris qui avait souverainement décidé que le maître d'ouvrage, par son retard dans la déclaration de sinistre, avait « interdit à l'assureur dommages-ouvrage d'exercer un recours à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs, toute action à leur encontre étant forclosée faute de dénonciation des désordres dans le délai décennal ».

La solution, même si elle n'est pas totalement nouvelle⁷², est ici affirmée avec force et apporte une restriction sensible au risque pour l'assureur dommages-ouvrage de recevoir une déclaration après expiration du délai décennal, et ce précisément en tenant compte du rôle qui lui est attribué par les textes.

Cette jurisprudence s'explique en effet, très certainement, par la volonté de laisser un rôle de préfinancement à l'assureur dommages-ouvrage, de permettre une bonne adéquation entre les risques qu'il porte et les recours dont il dispose, autrement dit de respecter l'économie générale du système à double détente instauré par le législateur de 1978.

47. En conclusion de cette première sous-partie, il ne semble pas caricatural d'affirmer que le principe de la double détente est au cœur de notre droit positif, qu'il s'inscrit heureusement dans son architecture globale et explique largement l'originalité de la matière.

Les exceptions à ce mécanisme, les figures dans lesquelles l'assurance de dommages sort de son rôle de préfinancement, restent, sur un plan juridique⁷³, très marginales. La seule qui soit susceptible d'avoir un réel impact financier est constituée par l'intervention de l'assureur dommages-ouvrage avant réception, disposition voulue dès l'origine par le législateur et qui peut conduire un assureur en principe de préfinancement à devenir un contributeur définitif à la dette.

C'est, dans ce cas, le risque de défaillance de l'entreprise en cours de réalisation des travaux qui est le réel facteur déclencheur de la garantie, alors que la responsabilité décennale a toujours été, au contraire, conçue comme portant sur des dommages apparaissant

⁷² Civ. 3, 31 mars 2004, n°01-16847, RDI 2004, obs. P. Dessuet.

⁷³ Alors même, répétons-le, que les statistiques officielles des assureurs font état de taux de recours étrangement faibles, voir n°16.

postérieurement à l'achèvement, autrement dit comme une garantie de vices cachés lors de la réception.

L'approche comparative que nous allons entreprendre permettra, d'ailleurs, de souligner que d'autres systèmes juridiques ont intégré la préoccupation relative au risque de défaillance du constructeur avant achèvement des travaux dans le même dispositif de garanties que la prise en charge des défauts apparaissant postérieurement.

B/ Une conception atypique à l'échelle européenne : la spécificité française

48. Les écrits présentés dans cette seconde sous-partie n'ont évidemment pas la prétention de constituer des travaux de droit comparé, ni des études de droit de l'Union européenne.

Leur seul objectif est d'apporter une vision différente, un éclairage plus large, sur le système juridique d'assurance construction français, et ceci en prenant en compte son environnement lié au marché unique, ce que l'on pourrait appeler son écosystème européen.

Ces travaux se justifient pour l'essentiel par mon implication au sein des deux projets pilotes lancés par le Parlement et la Commission européennes et connus sous le nom de Elios (pour *European Liability and Insurance Organisation Schemes*) 1 et 2.

Toutes précisions sur ces deux projets pilotes sont disponibles sur le site aujourd'hui actif : www.elios-ec.eu

On y trouve en particulier le rapport définitif complet en anglais de Elios 2, sa version résumée en français à laquelle je me référerai par la suite⁷⁴, ainsi qu'une cartographie, également en anglais, des régimes de responsabilité et d'assurance en vigueur en Europe.

49. Pour résumer en quelques mots la démarche, précisons que la Commission européenne a lancé un appel d'offres en 2008 pour que soit réalisé un audit sur le thème :

« Régimes de responsabilité et d'assurance dans le secteur de la construction : schémas d'assurance et orientations pour stimuler l'innovation et le développement durable ».

Cette mission a été confiée en novembre 2008 à une équipe constituée par le Centre d'Études d'Assurances (CEA), société que je dirige, et par le Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (CSTB). Ses deux principaux sous-traitants étaient le King's College de Londres, et un cabinet d'avocats internationaux basé en Pologne, Beithen Burkhard.

A la suite du dépôt du rapport en 2010, le Parlement européen a décidé d'adopter un nouveau projet pilote pour donner une suite à la première étude.

Cette initiative du Parlement européen a été relayée par la Commission qui a désigné un consortium constitué non seulement des partenaires du premier projet pilote (CEA et CSTB),

⁷⁴ Le Professeur Benoit Kohl, des universités de Liège et de Paris II, a bien voulu en rédiger la préface.

mais également de nouveaux acteurs, avec notamment la participation d'un grand réassureur (Hannover Re), du principal opérateur du marché britannique (NHBC), d'une société de consulting néerlandaise (ARCADIS) et de l'université de Aalborg au Danemark (SBI). Cet élargissement a donc permis une plus large représentation des différentes cultures européennes. Le rapport définitif de Elios 2 a été déposé en février 2015.

50. Les deux projets pilotes Elios ont tout d'abord relevé et analysé la diversité des systèmes en vigueur en Europe. Ils ont également tenté de mettre en évidence, au-delà de ce premier constat, une similarité en termes de tendances et d'objectifs.

Actant l'impossibilité, au moins à court terme, d'une harmonisation, ils ont plaidé pour la mise en place d'instruments européens permettant de mieux gérer la diversité existante.

Globalement, le travail réalisé à l'occasion des deux projets pilotes apporte un éclairage nouveau sur notre droit national et sur le marché de l'assurance construction en France. On notera en particulier que, dans le rapport Elios 2, étaient soulignés les dangers que représentait l'absence de coordination entre les autorités de tutelle au regard de l'exercice de la liberté de prestation de services par les assureurs construction (LPS).

51. Dans cette perspective, après avoir tenté de mieux caractériser et apprécier la spécificité française (1), nous nous intéresserons à ce qui constitue, à mon sens, une conséquence malheureuse d'une absence de coordination au niveau européen, avec la défaillance des assureurs *low cost* (2).

1. L'éclairage donné par Elios sur la spécificité française

52. Les deux écrits présentés, publiés l'un en 2010 à la Revue de droit immobilier et l'autre en 2012 à la Revue générale de droit des assurances, permettront d'évoquer plusieurs des idées essentielles dégagées par les deux projets pilotes Elios, notamment quant à la réelle originalité du système français dans l'approche juridique (a) et quant à la possibilité de mettre en évidence des similitudes à l'échelle européenne en termes de tendances et d'objectifs (b). Ils permettront également de s'interroger sur les apports des deux projets pilotes, de tenter d'en dresser un bilan sommaire (c).

Doc 10. « Assurance décennale et construction européenne », RDI 2010, p. 190.

Doc 11. « L'étude Elios et l'assurance construction en Europe », RGDA 2012, p. 576.

a) La réelle originalité du système français

a. 1 Un constat historique

53. L'idée que le régime français se différencie de ceux de ses voisins européens est ancienne. Elle prend sans doute racine dans la tentative d'harmonisation qui avait été menée, à la fin

des années 1980, dans le cadre de la mission confiée par la Commission européenne à M. Mathurin⁷⁵.

À l'époque, la France était le seul parmi les 12 pays membres de la Communauté européenne à s'être doté d'un système légal de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la construction. La démarche communautaire avait, alors, clairement pour objet de tenter une harmonisation sur le modèle de la loi Spinetta du 4 janvier 1978.

Dans cette optique, des travaux furent entrepris au sein d'un groupe de travail composé d'experts désignés par les associations de professionnels de la construction et de l'assurance, le GAIPEC. La conclusion en fut, au début des années 1990, que l'harmonisation était impossible⁷⁶.

Cette réflexion a conduit à souligner plus particulièrement l'originalité des orientations adoptées par le droit français. Plusieurs de nos voisins, notamment en Allemagne et au Royaume-Uni, sont d'ailleurs restés méfiants à l'égard du système français et de toute tentative de le transposer⁷⁷.

54. Lorsque des années plus tard, en 2008, la mission Elios a été lancée, la perspective d'une harmonisation n'était plus guère à l'ordre du jour, mais en revanche le débat sur l'euro-compatibilité de la loi Spinetta battait son plein⁷⁸. Nombre d'observateurs craignaient que le droit de l'Union européenne ne conduise inéluctablement, à plus ou moins long terme, à la remise en cause du système français.

Le projet pilote s'inscrivait dans le cadre de difficultés rencontrées par certains constructeurs, notamment des artisans et des petites entreprises, pour exercer leurs activités, en particulier dans le domaine des écotecnologies. La mission définie par la Commission européenne comprenait, plus largement, l'identification de bonnes pratiques, l'analyse de l'impact des différents régimes en vigueur et l'évaluation de la mesure dans laquelle il serait souhaitable de favoriser l'élaboration et la promotion de certains d'entre eux. Elle supposait que soit réalisée une description des systèmes nationaux en vigueur au sein de l'Union et une évaluation de leurs impacts respectifs. En quelque sorte un état des lieux.

Ce travail, effectué dans le cadre du premier projet pilote, ne pouvait que traduire l'extrême diversité des régimes existants, étant d'ailleurs précisé qu'aucun modèle commun ne semblait s'imposer.

⁷⁵ C. Mathurin, *Étude des responsabilités des garanties et des assurances en vue d'une harmonisation au niveau communautaire*, DG Marché intérieur et affaires industrielles, 1989.

⁷⁶ GAIPEC, groupe d'associations interprofessionnelles européennes de la construction, *Liability and insurance regimes in the construction sector*, 1992 ; voir H. Périnet-Marquet, « Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la CEE...et les perspectives d'harmonisation », RD imm. 1990, p. 39 ; H. Périnet-Marquet, « La responsabilité des constructeurs en droit communautaire : enjeux et débat », RD imm. 1992, p. 457.

⁷⁷ Inspection Générale des Finances / Conseil Général des Ponts et Chaussées, « Mission sur l'assurance construction : rapport particulier sur les régimes d'assurance construction dans une vingtaine de pays étrangers », octobre 2006, p. 38 § 3.

⁷⁸ Voir ci-après n°66.

a.2 Des règles juridiques particulières

55. Les dispositions de la loi Spinetta n'ont guère d'équivalent en Europe, que ce soit sur le terrain de l'obligation d'assurance (a.2.1) ou sur celui de la responsabilité des constructeurs (a.2.2).

a.2.1 L'obligation d'assurance

56. À l'époque où fut adoptée la loi Spinetta, comme cela a été signalé, aucun autre État européen n'avait mis en place d'obligation d'assurance légale pour les vices affectant l'ouvrage après réception.

La cartographie dressée au cours des projets pilotes a permis de mettre en évidence que cinq autres États avaient, par la suite, adopté une législation en la matière, à savoir la Suède (1993), la Finlande (1994), l'Espagne (1999), l'Italie (2005) et le Danemark (2008)⁷⁹.

On notera à ce sujet que, dans chacun de ces pays, ce sont les ouvrages d'habitation qui sont l'objet de l'obligation d'assurance.

Ce constat, qui renvoie aux difficultés rencontrées en droit français pour définir les ouvrages de bâtiment, devenus les ouvrages soumis à obligations d'assurance⁸⁰, interpelle et soulève inévitablement une question : dans quelle mesure le choix fait par notre droit national d'embrasser un domaine d'application plus large que celui de l'habitation était-il, et reste-t-il, pertinent ?

Le droit positif en France, d'ailleurs, accepte, dans deux cas, de réserver un sort particulier aux ouvrages à usage d'habitation, illustrant l'idée que lesdits ouvrages constituent en quelque sorte le cœur du dispositif, ceux pour lesquels la protection du maître d'ouvrage mérite la plus grande attention de la part du législateur :

- avec l'article L. 242-1, al. 2 du code des assurances qui fixe les exonérations dont peuvent bénéficier les personnes morales publiques autres que l'État, les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un partenariat public privé (PPP) et les personnes morales de droit privé qualifiées de grands risques puisque l'obligation d'assurance de dommages ne s'applique pas lorsque ces personnes font réaliser pour leur compte des travaux de construction « pour un usage autre que l'habitation »
- et avec l'article L 243-9 du code des assurances qui autorise sous certaines conditions le plafonnement des garanties obligatoires, mais pour les seuls travaux de construction « destinés à un usage autre que l'habitation ».

57. En tout état de cause, à l'échelle européenne, seule une petite minorité de législations ont rendu obligatoire l'assurance des risques post-réception liés à l'acte de construire, que ce soit à travers une assurance de dommages (exemple de l'Espagne) ou dans le cadre d'une

⁷⁹ Depuis lors, la Suède a abrogé l'obligation légale d'assurance instaurée en 1993. En revanche, la Belgique a adopté une obligation d'assurance décennale avec la loi du 31 mai 2017, voir ci-après n°69.

⁸⁰ Ordonnance du 8 janvier 2005, article L.243-1-1 du code des assurances, supra, n°30.

obligation d'assurance de responsabilité mise à la charge des constructeurs (cas de la Belgique) ; et, surtout, aucun autre membre de l'Union n'a fait le choix d'imposer une double obligation d'assurance.

En corollaire, la gestion en capitalisation de l'assurance de responsabilité des constructeurs et sa généralisation, affirmée par l'article L. 241-1, al. 3 du code des assurances, n'ont pas davantage d'équivalent. Dans presque toutes les législations européennes⁸¹, la responsabilité encourue par les constructeurs peut être garantie, au même titre que les autres risques relevant de la branche responsabilité civile professionnelle, dans des contrats base réclamation, c'est à dire en répartition.

a.2.2 La responsabilité des constructeurs

58. Il est bien sûr impossible d'effectuer une comparaison des assurances mises en place à l'occasion de l'acte de bâtir sans tenir compte des règles qui régissent la responsabilité des constructeurs, elles-mêmes très différentes d'un État à l'autre.

Deux remarques à ce sujet

- La notion française d'impropriété à la destination visée à l'article 1792 du code civil, qui est au cœur de notre régime de responsabilité décennale et dont on sait qu'elle a été interprétée de manière extensive par la jurisprudence, ne semble pas avoir d'équivalent dans d'autres régimes de responsabilité des constructeurs. Plusieurs droits nationaux ont certes intégré des notions similaires (*habitabilité, fitness for purpose*), mais de manière beaucoup plus prudente ou limitée : aucun n'est allé jusqu'à édicter une responsabilité de plein droit pour tout dommage rendant l'ouvrage impropre à sa destination durant la période décennale.
- Une des particularités du régime français tient à la structure et à l'organisation des règles applicables. Elles sont presque totalement fixées par le législateur et le pouvoir réglementaire, sous réserve naturellement de l'interprétation des textes donnée par la jurisprudence. Dans nombre d'autres pays membres de l'Union, il n'existe que peu -ou pas- de dispositions impératives régissant la responsabilité des constructeurs. La prise en charge des défauts affectant l'ouvrage relève très largement des pratiques contractuelles et des usages. Cela ne signifie pas que des règles assez précises, voire standardisées, ne se dégagent pas des pratiques du secteur professionnel de la construction, mais l'approche est alors fondamentalement différente et l'identification du droit applicable plus délicate.

En d'autres mots, les instruments du droit diffèrent d'un État à l'autre, leur diversité complexifie toute approche comparative et cela vaut aussi bien pour les responsabilités que pour les assurances des constructeurs.

Confrontée à ce constat, l'équipe Elios a néanmoins souhaité aller au-delà et a recherché d'éventuels points de convergence. Cette démarche a permis de faire ressortir une réelle

⁸¹ A l'exception de la loi belge précitée du 31 mai 2017, n°69.

similitude des systèmes nationaux en vigueur à travers des tendances et objectifs communs, en particulier la volonté de mettre en place des garanties pérennes pour l'accédant et de renforcer la sécurité dont il aurait bénéficié sur le seul terrain du droit commun.

b) La mise en évidence de similitudes en termes de tendances et d'objectifs

b. 1 L'approche comparative fonctionnelle

59. En s'inspirant des travaux de Benoit Kohl⁸², l'équipe Elios a décidé de procéder à une comparaison des systèmes européens de responsabilité et d'assurance en adoptant le principe de fonctionnalité⁸³.

Très schématiquement, si l'on suit les tenants de ce principe, il faut distinguer, en droit comparé :

- la méthode traditionnelle, dogmatique ou structuraliste, qui s'intéresse fondamentalement aux concepts et aux règles juridiques et tente d'appréhender les différents droits comparés d'un point de vue en quelque sorte « morphologique »
- et une vision qui s'est imposée plus récemment, dite fonctionnelle, qui focalise son attention sur les résultats atteints au regard d'une situation factuelle précise, en faisant abstraction des instruments ou moyens à l'œuvre dans le système juridique considéré.

Ainsi, l'approche fonctionnelle conduit-elle à s'interroger, par exemple et très concrètement, sur le sort d'un accédant confronté à un sinistre, indépendamment de l'origine des droits qu'il détient : de quelles garanties bénéficiera-t-il en pratique, dans quelles conditions et pour quelle durée ?

La mise en application du principe de fonctionnalité s'est révélée particulièrement fructueuse dans le domaine d'étude qui était le nôtre, comme nous allons le constater à travers deux exemples.

b.2 Illustrations

b.2.1 Le cas du NHBC

60. Au Royaume Uni, le NHBC (National House Building Council) est une association privée à but non lucratif qui regroupe entrepreneurs et promoteurs avec pour objectif d'apporter une protection renforcée aux acquéreurs de biens immobiliers. NHBC fixe des règles et un label de

⁸² Voir en particulier « Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ? » LGDJ 2008, préface H. Périnet-Marquet. Le professeur B. Kohl a accepté de rédiger la préface du rapport final de Elios 2.

⁸³ Ibid., n°4, p. 9 et les références citées.

qualité que les constructeurs adhérents s'engagent à appliquer et organise des inspections pour en vérifier le respect⁸⁴.

NHBC a également la qualité d'assureur et propose une garantie à l'acquéreur qui comprend trois volets.

- À compter de la signature du contrat et pendant le chantier, la garantie a pour objet, en cas d'insolvabilité du constructeur ou du promoteur, de prendre en charge l'achèvement des travaux ou le remboursement des sommes versées. Ce premier volet s'apparente donc clairement à une garantie financière de type cautionnement, que l'on peut mettre en parallèle avec la garantie de livraison en matière de construction de maisons individuelles ou avec la garantie financière d'achèvement dans le cadre de la vente en état futur d'achèvement⁸⁵.
- Durant les deux premières années suivant l'achèvement, tout défaut, même mineur, doit être réparé par l'entrepreneur ou le promoteur et la couverture délivrée par NHBC intervient à défaut. Il s'agit donc d'une sorte de garantie de parfait achèvement de deux ans, avec intervention de l'assureur en cas de défaillance du constructeur. Cette disposition évoque naturellement la couverture délivrée par l'assureur dommages-ouvrage pendant l'année de parfait achèvement
- Enfin, pendant les huit années suivantes, c'est-à-dire avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de l'achèvement des travaux, l'assurance couvre la plupart des dommages matériels affectant le clos et le couvert de l'ouvrage dès lors qu'ils sont dus à un non-respect des règles et exigences de qualité fixées par NHBC.

Bien qu'il n'existe aucune disposition similaire à notre article 1792 du code civil en droit anglais et même si les garanties contractuelles délivrées par NHBC diffèrent naturellement de celles qui résultent des dispositions légales du droit français, le parallèle est évident entre cette triple protection et celle dont bénéficie, en pratique, l'accédant à la propriété immobilière en France dans le cadre d'une vente en état futur d'achèvement ou d'un contrat de construction d'une maison individuelle.

Contrairement au droit français, ladite protection ne présente aucun caractère légalement obligatoire au Royaume uni. Mais, là encore, en observant la réalité du marché, on note que la délivrance d'une garantie d'un organisme tel que NHBC présente un caractère quasiment obligatoire dans la mesure où elle conditionne l'octroi d'un financement sous forme de crédit hypothécaire à l'acquéreur.

b.2.2 La problématique de l'*in solidum*

⁸⁴ Toutes informations sur le rôle de NHBC et le contenu des garanties délivrées sont disponibles, en anglais, sur le site de cet organisme : www.nhbc.co.uk

⁸⁵ Respectivement articles L. 231-6 et L. 261-10-1 du code de la construction et de l'habitation, voir documents 3 à 6 sur la garantie de livraison à prix et délai convenus. NHBC se définit d'ailleurs comme un fournisseur d'assurances et de garanties financières (*home warranty and insurance provider*).

61. L'acte de construire étant un travail très généralement collaboratif, rares sont les dommages qui ne sont pas imputables à plusieurs auteurs, chacun d'entre eux se voyant attribuer une part de responsabilité dans la réalisation du sinistre.

Comment gérer cette pluralité de débiteurs ?

Il est frappant de noter que, dans de nombreux pays européens, des mécanismes d'engagement solidaire permettent au maître d'ouvrage de demander la totalité de l'indemnité à l'un des constructeurs impliqués, au-delà donc de la part de responsabilité théorique qui lui a été attribuée ⁸⁶.

Qu'ils soient dus à des décisions de justice (condamnations *in solidum*), à des textes impératifs (solidarité légale) ou à des pratiques contractuelles plus ou moins imposées (clauses *joint and several liabilities*), ces mécanismes tendent au même résultat, offrir une sécurité supplémentaire au maître d'ouvrage en cas d'insolvabilité de l'un des constructeurs responsables.

Malgré la disparité des fondements juridiques, la logique à l'œuvre est toujours, en effet, de distinguer l'obligation à la dette et la contribution à la dette, permettant ainsi de faire peser sur l'ensemble des débiteurs les conséquences de la défaillance de l'un d'entre eux.

62. À cette première observation, qui est déjà en soi très significative, s'en ajoute une seconde.

Dans de nombreux régimes, les architectes, ainsi parfois que les autres concepteurs et/ou acteurs de la maîtrise d'œuvre, sont soumis à une obligation d'assurance qui leur est propre, que ce soit en vertu de la loi, des règles déontologiques qui régissent la profession concernée ou des pratiques contractuelles.

Lorsque l'un des intervenants à l'acte de construire se voit ainsi imposer la souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle, alors que la même contrainte ne pèse pas sur les autres, en particulier sur les entreprises de réalisation, la situation peut apparaître quelque peu inéquitable, voire discriminatoire. Il s'agit là d'un puissant levier en faveur de l'instauration d'une assurance obligatoire généralisée.

Pour illustrer ce constat transversal, qui concerne plusieurs systèmes de responsabilité et d'assurance européens, il est par exemple possible de faire un parallèle, à plus de 30 années d'écart, entre :

- D'une part, un extrait du rapport de la Commission Spinetta déposé en juin 1975⁸⁷ selon lequel « rien ne justifie plus que l'obligation légale d'assurance soit appliquée aux seuls architectes. Elle ne doit jouer pour personne ou s'appliquer à tous ». En effet,

⁸⁶ Voir cartographie des systèmes d'assurance construction, elios-ec.eu (point I, 3 de chaque fiche de présentation).

⁸⁷ Proposition pour une réforme de l'assurance construction, commission interministérielle sur l'assurance construction, 30 juin 1975, La documentation française, p. 62 et 75.

ajoute le rapport, « en cas de disparition d'un des intervenants », une condamnation *in solidum* « fait supporter la totalité de la charge du sinistre » aux autres.

- D'autre part, l'arrêt de la Cour Constitutionnelle belge du 12 juillet 2007⁸⁸ qui, à la suite d'une requête formulée par l'Ordre des architectes, constate que ces derniers constituent effectivement le seul groupe professionnel soumis par le droit belge à obligation d'assurance, note que « leur responsabilité risque, en cas de condamnation *in solidum*, d'être, plus que celle des autres groupes professionnels, mise en œuvre, sans qu'il existe pour ce faire une justification objective et raisonnable » et renvoie au législateur le soin de remédier à cette discrimination. Cet arrêt est à l'origine de la loi du 30 mai 2017 qui a instauré une assurance de responsabilité décennale généralisée en Belgique (voir ci-après, n°68 et s.).

c) Les apports des projets pilotes, bilan sommaire

63. À plusieurs égards, le bilan des deux projets pilotes n'est pas tout à fait celui que nous avons espéré. Si la décision de donner une suite à Elios 1 constitue en soi une reconnaissance des orientations qui avaient été définies dans le premier projet pilote, nous souhaitons avec le second aboutir à des résultats plus concrets, mettre en place des instruments opérationnels pour contribuer à mieux gérer la diversité des régimes nationaux en vigueur.

Ainsi, l'observatoire sur la pathologie de la construction et le mécanisme d'échange d'informations au niveau européen que nous avons souhaités⁸⁹ ou l'instance dont nous avons préconisé la mise en place pour faciliter les activités transfrontalières⁹⁰ n'ont pas vu le jour.

De même, le cri d'alerte que nous avons lancé au sujet d'un usage potentiellement frauduleux de la liberté de prestation de services par certains assureurs et de la nécessité d'une meilleure collaboration entre les autorités nationales chargées du contrôle⁹¹ n'a clairement pas été entendu⁹².

Notre idée était pourtant simple : à défaut d'harmonisation, impossible à nos yeux faute d'une vraie volonté politique, mais aussi et surtout parce que les régimes d'assurance construction nationaux ne peuvent se concevoir indépendamment de leur histoire et de leur environnement, notre souhait était de rechercher des moyens permettant une meilleure coordination au sein du marché unique et une gestion plus intelligente des différences existantes.

⁸⁸ Arrêt 100/2007 du 12 juillet 2007, Moniteur belge du 19 juillet, 3826 ; B. Kohl, « L'assurance obligatoire de la responsabilité des architectes et le principe constitutionnel d'égalité », *Revue générale de droit civil belge*, 2008, 394.

⁸⁹ Rapport final Elios 2 résumé en français, p.15, elios-ec.eu

⁹⁰ Ibid. p.20.

⁹¹ Ibid. p.17, voir ci-après n°71, note 107.

⁹² C'est aujourd'hui une préoccupation qui donne lieu à plusieurs initiatives sous l'égide de l'EIOPA, l'organisme qui regroupe les autorités de tutelle européennes.

64. Néanmoins, il reste que ces deux projets pilotes ont constitué une belle aventure intellectuelle.

Ils ont permis de réfléchir à l'assurance construction dans un contexte européen et d'échanger, de manière apaisée, sur les mérites des différentes conceptions possibles en la matière. Cette réflexion sur l'assurance construction à l'échelle européenne et dans le cadre du marché unique, qui n'avait guère été menée jusqu'alors⁹³, a permis de dégager des idées nouvelles⁹⁴.

Quant à la cartographie des régimes d'assurance construction, elle reste aujourd'hui une référence d'une grande utilité pratique et un des rares outils permettant d'avoir une vision des différents systèmes en vigueur.

65. Fondamentalement, je crois que Elios a permis de mettre en évidence des orientations générales et essaimé des idées qui ont été, dans l'ensemble, assez bien reçues⁹⁵. Parmi les avancées qu'il est possible d'attacher à ce constat, je voudrais citer deux exemples, le premier concernant la France, le second la Belgique.

c.1 Le débat sur l'euro-compatibilité de la loi Spinetta

66. Pendant plusieurs années⁹⁶, la question dite de l'euro-compatibilité de la loi Spinetta a agité le monde de l'assurance construction en France. Notre modèle étant perçu comme profondément différent de celui de nos voisins européens, dans quelle mesure était-il compatible avec le droit de l'Union européenne ? Ce dernier ne pouvait-il constituer une menace pour le régime français d'assurance construction ?

⁹³ A la notable exception du rapport IGF/CGPC dont il a été question précédemment, n°53, mais dont l'approche était très différente de la nôtre. Son objet était fondamentalement de trouver dans les droits de pays étrangers, européens ou non, des éléments de réflexion permettant de réformer le droit français. Quant à la tentative d'harmonisation de la mission Mathurin et aux travaux du GAIPEC (n°53), déjà fort anciens, ils n'ont guère permis de dégager de consensus.

⁹⁴ En dehors de celles mentionnées dans la présente sous-partie, il sera fait allusion dans la présente thèse notamment au rôle régulateur de l'assurance pour le secteur de la construction (n°122) ou encore à l'assurance construction conçue comme un élément de la culture nationale dans une perspective systémique (n°197).

⁹⁵ De nombreuses conférences ont été organisées avec la participation de représentants de l'équipe Elios. Compte tenu de la diversité des pays d'origine des membres de l'équipe (France, Pays-Bas, Danemark, Allemagne, Belgique, Royaume-Uni, République Tchèque notamment), cela a permis une assez large diffusion des orientations retenues. Pour ma part, j'ai participé à de nombreuses manifestations, dont certaines à caractère international, notamment le Congrès mondial de l'AIDA organisé à Paris en mai 2010, la conférence de l'IHWWC au Cap en Afrique du Sud sur le thème « *Liability and insurance regimes in the construction sector: national schemes and guidelines to stimulate innovation and sustainability* » en septembre 2011 et celle du AFDC/ESCL intitulée *Builder's liability and insurance in Europe* » également à Paris en octobre 2013. Grâce au Professeur Diana Cerini, j'ai également pu publier un article reprenant les idées clés du rapport Elios dans une revue juridique italienne : « *Diritto ed economia dell'assicurazione* », 2011, 4, p. 1491.

⁹⁶ Essentiellement entre 2005 et 2010.

Plus précisément, deux débats juridiques complexes ont été soulevés à peu près à la même période, en raison, pour le premier, de la transposition en droit français de la Directive dite services⁹⁷ et, pour le second, de l'entrée en vigueur du Règlement Rome I⁹⁸.

Avec un recul de plus de 10 ans, malgré les incertitudes qui demeurent sur le plan juridique⁹⁹, il est possible d'affirmer que ce débat est, à tout le moins pour le moment, clos. En tout cas, la menace semble s'être éloignée et, en pratique, toutes les constructions réalisées sur le sol français sont soumises aux dispositions de la loi Spinetta sans qu'il soit soutenu qu'il pourrait s'agir là d'une entrave.

Parmi les raisons susceptibles d'expliquer cette évolution, qui sont évidemment nombreuses et variées et au premier rang desquelles il faut certainement citer un assouplissement du marché en termes de conditions de souscription, j'ai le sentiment que les idées et réflexions générales développées au sein des deux projets pilotes Elios ont joué un rôle apaisant, même s'il fut sans doute modeste.

Les constats dressés par Elios ont en effet modifié quelque peu la perception du système Spinetta que beaucoup d'observateurs pouvaient avoir depuis d'autres États membres de l'Union, relativisé le prétendu caractère atypique, voire exorbitant, du droit français. Au cours des très nombreuses réunions qui ont eu lieu à Bruxelles entre 2008 et 2014, que ce soit à la Commission européenne ou au Parlement, j'ai ressenti que les attaques et critiques à l'égard du système français s'estompaient progressivement.

Peut-être, jusqu'alors, des incompréhensions étaient-elles nées d'un manque d'information et de dialogue. A la fin d'une conférence internationale au cours de laquelle différents orateurs étaient venus présenter leur système national d'assurance construction¹⁰⁰, le Professeur Périnet-Marquet a formulé, dans ses propos conclusifs, une remarque qui m'a frappé : il en va de nos régimes d'assurance construction comme de nos enfants, chacun de nous a l'impression d'avoir le plus beau, mais il est le seul !

67. En réalité et avec un certain recul, il me semble que le système de garantie mis en place par le législateur français en 1978 répond fondamentalement à des préoccupations largement partagées à l'échelle européenne et, en particulier, à la volonté de permettre une réparation rapide des dommages liés à l'acte de construire dans le cadre de garanties solides qui s'inscrivent dans la durée.

⁹⁷ Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ; voir J. Sénéchal « Directive services et avenir de l'assurance construction française », RDI 2010, p.431.

⁹⁸ Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; voir J. Sénéchal, « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français, RDI 2005 », p. 75 ; Louis Perreau-Saussine « Le règlement Rome 1 et la protection de l'accession au logement : l'impérativité désactivée de la loi française ? » RDI 2009, p. 512. Sur l'ensemble de la question : intervention de H. Périnet-Marquet lors de la journée « Les trente ans de la loi Spinetta », Lamy Immobilier, juin 2008, p.19 ; G. Leguay « Système français d'assurance construction et droit européen » RDImm 2009, p.412.

⁹⁹ Voir l'ouvrage « Risques et assurances construction », écrit en collaboration avec S. Becqué-Ickowicz, document 1, p.40.

¹⁰⁰ Conférence AFDC/ESCL du 4 octobre 2013 précitée.

Malgré ses défauts, il présente de nombreux avantages et une vraie cohérence. Certes, les assurances obligatoires sont contraignantes, leur champ d'application étendu, ce qui implique indiscutablement des lourdeurs, mais c'est un prix à payer pour permettre une protection large et efficace des maîtres d'ouvrage.

Aucun système n'est exempt de défauts. En quoi le modèle britannique permet-il de faire jouer une véritable concurrence entre les organismes en charge d'offrir des garanties, les *insurance schemes* tels que NHBC ? Comment, en Allemagne, les sinistres sont-ils pris en charge lorsque l'entreprise réalisatrice, qui offre très souvent cette garantie sur ses fonds propres, est défaillante ?

Nous avons l'habitude, au sein de l'équipe Elios, de formuler cette remarque, qui était devenue une boutade : il ne faut pas confondre sinistralité et pathologie, car, en l'absence d'assurance, il n'y a pas de sinistralité.

c.2 La réflexion sur l'instauration d'une assurance obligatoire généralisée en Belgique

68. Dans les deux articles présentés, et en particulier dans le premier publié à la RDI¹⁰¹, j'ai tenté de défendre l'idée, qui a été mise en évidence à l'occasion des travaux effectués dans le cadre du premier projet pilote, selon laquelle l'instauration d'une assurance obligatoire des vices de construction pour une période décennale, loin d'être une exception française, pouvait au contraire constituer un éventuel modèle de convergence européen, du moins en ce qui concerne les ouvrages à usage d'habitation.

À la même époque, une réflexion avait été engagée en Belgique sur l'instauration d'une assurance décennale généralisée, et ce à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2007 cité précédemment (n°62). Tout au long de la phase d'élaboration du projet de loi, le contexte européen a donc naturellement donné lieu à de nombreux et fructueux échanges, aussi bien avec le gouvernement belge qu'avec les principaux acteurs du secteur.

69. Avec la loi du 31 mai 2017¹⁰², dite loi Peeters-Borsus, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018, le droit belge a mis en place une obligation d'assurance de responsabilité décennale à la charge des architectes, entrepreneurs et autres prestataires du secteur de la construction qui interviennent sur des habitations, définies comme bâtiments destinés au logement (article 2 de la loi).

L'exposé des motifs officiel du projet de loi consacre une page entière (p. 5) aux orientations mises en évidence par Elios et note : « Si le présent projet de loi n'aligne pas le droit belge sur tel ou tel régime appliqué ailleurs, il tire de l'étude Elios 2 et des tendances observées au sein de l'Union des enseignements particulièrement intéressants qui ont nourri la réflexion ».

¹⁰¹ Le document 11, publié à la RGDA, avait surtout pour objet d'introduire une publication du rapport Elios 1 lui-même et d'annoncer la suite que les instances européennes avaient décidé de lui donner.

¹⁰² Loi n° 2017030353 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile décennale des entrepreneurs, architectes et autres prestataires du secteur de la construction de travaux immobiliers et portant modification de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, publiée le 9 juin 2017.

Il reste néanmoins que la loi belge du 31 mai 2017, qui a fait l'objet d'âpres négociations, n'impose pas d'assurance de préfinancement, ne concerne finalement qu'une partie de la responsabilité décennale encourue par les constructeurs (article 3)¹⁰³, et permet à l'assureur de responsabilité de plafonner la garantie à hauteur de 500 000 € (article 6)¹⁰⁴. Autant dire que le parallèle avec le droit français reste fort limité !

Sur un plan plus général, nous sommes aujourd'hui très loin de toute approche commune au niveau européen et les profondes disparités existantes ne sont d'ailleurs pas sans soulever des difficultés.

2. Une conséquence indirecte (et malheureuse) de la disparité entre droits nationaux, la défaillance des assureurs *low cost*

70. La défaillance d'une série d'opérateurs opérant dans le cadre de la liberté de prestation de services (LPS) peut être vue, à mon sens, comme un dommage collatéral de la diversité des régimes d'assurance construction au sein du marché unique, ou plus exactement, comme une conséquence de l'absence de coordination pour gérer et réguler cette diversité.

C'est une opinion que j'ai défendue dans plusieurs écrits relatifs à la problématique des assureurs *low cost*¹⁰⁵ (a). Par ailleurs, les défaillances constatées aujourd'hui soulèvent inévitablement la question de la responsabilité des intermédiaires qui ont joué un rôle essentiel dans les montages mis en place, intermédiaires ayant agi bien souvent en qualité de mandataires de l'assureur (b).

a) La problématique

71. Les vives inquiétudes provoquées par certaines pratiques d'assureurs opérant dans le cadre de la liberté de prestation de services (LPS) et de leurs mandataires sont connues de longue date¹⁰⁶. Le rapport Elios 2 en avait d'ailleurs témoigné¹⁰⁷.

¹⁰³ L'assurance obligatoire concerne la responsabilité décennale « limitée à la solidité, la stabilité et l'étanchéité du gros œuvre fermé de l'habitation lorsque cette dernière met en péril la solidité ou la stabilité de l'habitation »

¹⁰⁴ La garantie peut être limitée à la valeur de reconstruction si celle-ci est inférieure à 500 000 €.

¹⁰⁵ L'appellation d'assureurs *low cost* me semble la plus adaptée pour viser les assureurs concernés, car ce n'est pas la LPS en général qui est ici en cause, mais bien uniquement une utilisation de cette liberté, en l'occurrence malhonnête, pour réduire artificiellement les coûts.

¹⁰⁶ P. Dessuet et F. Schmit, « Prudence face à l'ouverture du marché de l'assurance construction » *Le Moniteur* 25 juin 2010, p. 98 ; S. d'Auzon « Assurance construction, prudence sur le recours aux assureurs étrangers opérant en LPS », *le Moniteur* ; F. Schmit ; « Les dispositions sur la LPS : Opportunité ou péril imminent pour le système Spinetta ? » atelier lors des rencontres 2014 de l'AMRAE.

¹⁰⁷ Rapport final, elios-eu.ec, p.17 : « il est nécessaire d'examiner les moyens d'améliorer l'échange d'informations entre les autorités nationales chargées de ce contrôle. Selon les informations que nous avons recueillies, ces mesures semblent nécessaires et urgentes, étant donné que certains assureurs et intermédiaires pourraient abuser de la situation actuelle en sous-estimant l'étendue des engagements pris dans le cadre de la législation du pays d'accueil : le risque de voir apparaître des difficultés financières, voire des défaillances, avec de lourdes conséquences pour les consommateurs et les assurés, ne peut être négligé ».

Un arrêt du Conseil d'État du 21 mai 2014, rendu dans des circonstances assez surréalistes, fut l'occasion de faire un point à ce sujet et de tenter d'expliquer les raisons pour lesquelles la situation était aussi préoccupante, le risque de défaillance de plusieurs assureurs ayant été, à l'époque, clairement identifié (a.1). La mission dite défaillance du fonds de garantie des assurances obligatoires (FGAO), qui vient d'être réformée, n'apporte malheureusement quasiment aucune réponse adaptée (a.2), d'où une situation aujourd'hui très préoccupante (a.3).

a.1 Chronique d'une catastrophe annoncée

Doc 12. « Marchés publics d'assurance et liberté de prestation de services (LPS) », obs. sous Conseil d'État 21 mai 2014, n°375299, RDI 2014, p. 468.

72. En l'espèce, une collectivité locale avait passé un marché public d'assurance à l'occasion de la construction d'une piscine intercommunale. Confrontée à deux sinistres peu de temps après la réception, le maître d'ouvrage saisit le juge des référés pour obtenir l'allocation d'une provision.

Fort curieusement, la difficulté tenait au fait que l'assuré était incapable...de dire qui était son assureur ! Le marché avait, en effet, été signé par le seul intermédiaire porteur de l'offre, en l'occurrence une société de courtage¹⁰⁸.

Assigné, ce dernier se défendait en soutenant que la demande formulée à son encontre dans le cadre d'une procédure de référé était sérieusement contestable, puisqu'il n'avait pas la qualité d'assureur, mais agissait en tant que simple intermédiaire. C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'État en retenant que « le marché de services d'assurance fondement de la demande de provision, avait été conclu par la seule société P. sans aucune mention du nom d'un assureur et qu'une telle circonstance suffisait à rendre sérieusement contestable la créance invoquée par la communauté d'agglomération ».

Qu'un marché public d'assurance puisse être signé par le seul intermédiaire d'assurance sans que le nom d'un assureur ne figure dans le marché lui-même, ni dans ses annexes, sans donc que la personne publique assurée ne soit en mesure de déterminer l'identité de son assureur, en dit long sur les pratiques de certains professionnels !

Mais au-delà du caractère scandaleux de la situation, s'agissant d'un marché passé dans le cadre de la liberté de prestation de services (LPS), l'arrêt fut l'occasion d'affirmer et d'expliquer la légitime inquiétude que soulevait le risque d'insolvabilité de certains assureurs développant rapidement leurs souscriptions en France, spécialement en assurance construction.

73. Pour donner une vision schématique de la question, il suffit de se reporter au mode de provisionnement technique adapté à la gestion des primes en capitalisation, c'est à dire pour

¹⁰⁸ Le cabinet de courtage P. , impliqué dans ce dossier, était très proche et a collaboré avec la société SFS, aujourd'hui en liquidation. Se trouvait également attraité dans la procédure la société EISL, qui a fait partie du même groupe que SFS, en tant que filiale de CBL, également aujourd'hui en liquidation.

une durée ferme, aussi bien en dommages-ouvrage qu'en assurance de responsabilité décennale.

Les règles comptables fixées par le droit français prévoient un mode d'évaluation des sinistres à venir (sinistres non encore manifestés ou SNEM) qui se traduit par un étalement de la prime dans le temps sur une période de 14 ans (année 0 à 13)¹⁰⁹.

Or, dans le cadre de la liberté de prestation de services des assureurs, l'autorité de tutelle compétente pour exercer le contrôle de l'entreprise d'assurance est celle de l'État d'origine, c'est à dire celle de l'État dans lequel l'assureur a son siège social (système du « *home country control* »), même si le contrat d'assurance est lui-même soumis au droit de l'État dans lequel le risque est situé, dit État d'accueil, en l'occurrence la France (« *host country* »).

Par conséquent, lorsqu'une garantie dommages-ouvrage ou de responsabilité décennale obligatoire est délivrée en France par un assureur exerçant en LPS, le livre troisième du code des assurances français et les règles comptables qui s'y attachent ne s'appliquent pas de plein droit, même si le contenu contractuel, donc l'engagement de l'assureur, reste bien défini par l'une des obligations d'assurances fixée par le livre deuxième du même code (articles L. 241-1 et L. 242-1).

Sachant que les règles comptables françaises précitées n'ont guère d'équivalent dans d'autres États membres de l'Union, on voit aisément le risque de fraude, sous la forme d'un montage pyramidal, qui en découle.

Compte tenu de cette situation, tous les regards se sont naturellement tournés vers le Fonds de garantie des assurances obligatoires (FGAO) : quelle garantie était-il susceptible d'apporter en cas de défaillance d'assureur opérant depuis un autre État de l'Union ?

a.2 La mission défaillance du Fonds de garantie

74. Le texte de l'article L. 421-9 du Code des assurances, dans sa rédaction alors applicable¹¹⁰, disposait que le Fonds de garantie était chargé d'apporter une protection aux assurés et bénéficiaires de contrats d'assurance « dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire ». Il précisait également que la mission du Fonds concernait la défaillance d'une entreprise « agréée en France et soumise au contrôle de l'État ».

Interrogé sur le sens de cette dernière disposition au regard des règles du marché unique, le FGAO a répondu que la rédaction du texte excluait, *a contrario*, l'hypothèse d'une défaillance d'une entreprise d'assurance exerçant en France depuis un autre pays de l'Espace

¹⁰⁹ Article 143-14 du Règlement ANC n°2015-11 du 26 novembre 2015 relatif aux comptes annuels des entreprises d'assurance. Auparavant, article A. 331-21 du code des assurances.

¹¹⁰ Mission défaillance du fonds de garantie, introduite par la loi dite de sécurité financière du 1^{er} août 2003, article 81-A-VI, texte décidément remarquable que nous avons croisé en évoquant le fonctionnement de la garantie dans le temps, n°30 et que nous retrouverons avec la présentation du document 39, n°179.

économique européen, que ce soit dans le cadre de la liberté d'établissement (LE) ou dans celui de la liberté de prestation de services (LPS)¹¹¹.

Ironie de l'histoire, c'est la société SFS, précédemment citée (n°72, note 107), à l'époque courtier d'assurances dans le domaine de la construction et mandataire de compagnies opérant principalement dans le cadre de la LPS, qui déposa, en avril 2013, une plainte contre l'État français auprès de la Commission européenne¹¹². Cette dernière estima effectivement que l'étendue de la mission défaillance du Fonds était contraire aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'il s'agisse de la liberté d'établissement (article 49) ou de la liberté de prestation de services (article 56).

La Commission européenne somma donc la France de « conformer son assurance construction au droit de l'Union » et de modifier une disposition jugée « discriminatoire pour les assureurs des autres pays de l'UE »¹¹³. A défaut, elle se réservait la possibilité de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

Doc 13. « Il faut sauver la mission défaillance du fonds de garantie ! », RGDA 2016, p. 296.

75. Confronté à cette injonction, l'État français décida de modifier l'article L. 421-9 du code des assurances : ce fut l'objet d'une disposition du projet de loi dit Sapin 2¹¹⁴ consacrée au « recentrage du champ d'application de la mission défaillance du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) » (article 50).

Recentrage, quel beau langage de technocrate ! Il aurait été plus juste de parler de réduction de la protection des assurés et des victimes, voire de suppression de la mission défaillance pour les assurances obligatoires en général, puisque, dans la version initiale du texte, le seul domaine d'intervention du fonds en cas de défaillance d'un assureur était celui de l'assurance automobile, domaine d'intervention historique du Fonds¹¹⁵ !

Toutes les autres assurances dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire, y compris les assurances obligatoires en vertu de la loi Spinetta, se trouvaient ainsi écartées du dispositif de protection des assurés et des victimes.

L'objet de l'article publié à la RGDA en 2016 était donc de tirer un signal d'alarme et d'informer les lecteurs sur une question, apparemment technique, mais dont les enjeux sont en réalité

¹¹¹ Lettre du FGAO à la CSCA (Chambre Syndicale des Courtiers d'Assurances) en date du 15 octobre 2012, Le Moniteur.fr du 8 novembre 2012, « Attention avant de choisir un assureur sur le marché européen », S. d'Auzon.

¹¹² Cette plainte n'a pas été rendue publique mais a en revanche fait l'objet d'une large couverture médiatique dans les revues professionnelles. SFS a réussi à présenter sa démarche comme constitutive d'une « plainte citoyenne » !

¹¹³ Lettre de mise en demeure de juillet 2014, puis avis motivé du 18 juin 2015.

¹¹⁴ Ce projet deviendra la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

¹¹⁵ La mission défaillance à proprement parler (article L. 421-9 du code des assurances), mise en place par l'article 81 de la loi n°203-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, constituait une extension des missions confiées à l'ancien Fonds de garantie automobile.

considérables : protéger les consommateurs et rendre le marché français plus sûr et plus fiable. Cet article était un plaidoyer pour une modification du projet de loi.

À cet égard, une très partielle amélioration a pu être obtenue, puisque, lors des débats parlementaires, un amendement réintroduisant la dommages-ouvrage dans la mission défaillance du fonds a été adopté ¹¹⁶.

Doc 14. « Rôle du fonds de garantie en cas de défaillance d'une entreprise d'assurance (ordonnance 2017-1609 du 27 novembre 2017 », RDI 2018, p. 256.

76. L'ordonnance du 27 novembre 2017, qui s'inscrit dans le cadre de l'autorisation donnée au Gouvernement par l'article 149 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a réformé la mission défaillance du FGAO et l'article L. 421-9 du code des assurances.

Une première remarque d'importance. Elle ne s'applique qu'aux « contrats d'assurances conclus ou renouvelés à compter de sa date d'entrée en vigueur », c'est-à-dire le 1^{er} juillet 2018¹¹⁷.

C'est dire que les conséquences de la série de défaillances que vient de connaître le marché français de l'assurance construction (ci-après, document 15) ne seront pas prises en charge par le fonds. Les assureurs concernés, Elite, Alpha et CBL principalement, se sont en effet vu interdire de souscrire avant le début de l'année 2018 ...

Pour les seuls contrats conclus ou renouvelés postérieurement au 1^{er} juillet 2018, le recentrage de la mission défaillance du FGAO se traduit, fondamentalement, par un double mouvement (article 7 de l'ordonnance) :

- La mission est limitée, en dehors de l'assurance des véhicules terrestres à moteur (article L. 211-1 du code des assurances), à la seule dommages-ouvrage (article L. 242-1)¹¹⁸.
- En revanche, contrairement au droit positif antérieur, elle est étendue à tous les assureurs couvrant un risque sur le territoire de la République française, y compris par conséquent ceux qui opèrent dans le cadre des libertés d'établissement et de prestation de services.

77. Globalement, le texte de la réforme, dont j'ai essayé de faire une présentation détaillée, reste très décevant.

¹¹⁶ Amendement n°727 déposé le 2 juin 2016 à l'Assemblée Nationale par M. Colas à l'initiative de la CSCA (Chambre Syndicale des Courtiers d'Assurance).

¹¹⁷ Article 15 de l'ordonnance n° 2017-1609 du 27 novembre 2017 ; arrêté d'application du 30 juin 2018 « relatif à la prise en charge des dommages en cas de retrait d'agrément d'une entreprise d'assurance », article 3.

¹¹⁸ Parallèlement, mais ce n'est pas le FGAO qui en est chargé, le Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral se voit confier une nouvelle mission par l'article 14 de l'ordonnance.

À travers plusieurs dispositions notamment celles relatives à la date de survenance du sinistre (avec l'étonnante mention d'une durée de 5 ans, article 7¹¹⁹) ou à l'exigence d'une condamnation de l'assureur (dans le cadre d'une police de préfinancement, article 11 !), on sent que des freins ont été mis en place, avec la préoccupation d'éviter tout dérapage financier. Mais ceci au détriment, ou plutôt en sacrifiant, l'objectif initial de protection des assurés et victimes !

Disons-le franchement, on sent, dans cette réforme, l'influence et les traces de l'action de lobbying qui a été menée par les assureurs.

a.3 La situation aujourd'hui

Doc 15. « La défaillance des assureurs *low cost* », Tribune RDI 2019, p.189.

78. Dans cette courte tribune, qu'avait souhaitée le Professeur Malinvaud, j'ai tenté de résumer à la fois les faits, leurs causes et leurs conséquences possibles.

Il faut dire que beaucoup de choses ont été écrites au sujet de la défaillance des assureurs *low cost*, sujet qui impacte désormais non seulement les professionnels des secteurs de la construction et de l'assurance, mais également le grand public. Et comme toujours dans ce type de situations, les opinions les plus divergentes ont été exprimées.

L'objectif de de cette tribune était donc simplement, en restant aussi objectif que possible, de clarifier l'analyse sur un plan juridique et de mettre en particulier l'accent sur les règles de provisionnement imposées par le droit français et la possibilité pour des opérateurs peu scrupuleux de les contourner en jouant sur les dispositions qui régissent la liberté de prestation de services.

Autrement dit, à mon sens, ce sont, d'abord et avant tout, les failles de la coordination entre autorités de tutelle nationales au sein du marché unique qui ont permis de laisser se créer un véritable schéma pyramidal...

Bien entendu, une telle série de défaillances ne manquera de soulever de délicates questions en termes de responsabilités.

b) Corollaire, la question de la responsabilité des intermédiaires

79. La vraisemblable absence de prise en charge de nombreux sinistres dans les années à venir conduira inéluctablement à une recherche de la responsabilité civile des intermédiaires qui ont participé à la mise en place et/ou à la distribution des contrats d'assurance concernés.

¹¹⁹ Alors que dans l'ancienne version du décret d'application, il était précisé que « le fonds a la possibilité (sic) de prendre en charge les indemnisations dues au titre de la garantie décennale jusqu'à l'expiration de la garantie » (article R. 421-24-1 dernier alinéa du code des assurances).

Il ne s'agit pas ici d'envisager les orientations qui pourront être prises par la jurisprudence et les conditions dans lesquelles la faute des intermédiaires, qu'ils soient mandataires du client ou de l'assureur, sera retenue¹²⁰, mais de revenir sur un débat juridique qui est apparu au début des années 2000 autour du rôle et de la portée de la responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires (article L. 511-1, III du code des assurances).

La défaillance des assureurs *low cost* me semble, en effet, un excellent prétexte pour rappeler ce qui a constitué une véritable incertitude en droit français, à savoir l'éventuelle immunité dont auraient pu bénéficier les intermédiaires d'assurance agissant en qualité de mandataire d'un assureur, dans la mesure où les différents assureurs qui opéraient dans le cadre de la LPS et qui sont désormais défaillants faisaient systématiquement appel à des mandataires pour la souscription et la gestion des contrats qu'ils délivraient.

Certes l'existence d'une responsabilité civile propre de l'intermédiaire mandataire ne fait plus débat aujourd'hui, mais la récente série de défaillances que nous avons observée permet de donner une illustration et un éclairage *a posteriori* sur les inconvénients majeurs qu'aurait emportés la consécration d'une immunité.

80. Les deux travaux que je souhaite présenter à ce sujet ont trait, pour le premier, à l'interprétation et à la portée de la disposition légale instaurant une responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires (article L. 511-1 du code des assurances) (b.1), et pour le second, dès lors que la Cour de cassation avait confirmé clairement l'absence d'immunité des mandataires¹²¹, à l'analyse critique de l'intérêt que pouvait encore présenter une telle responsabilité spécifique du fait d'autrui (b.2).

b.1 La responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires ne crée pas d'immunité au profit de ces derniers

Doc 16. « Les intermédiaires au regard de l'immunité des préposés », RGDA 2002, p. 659.

81. L'article L. 511-1, IV du code des assurances instaure une responsabilité spécifique du fait d'autrui à la charge des assureurs en procédant à une assimilation de la situation de ces derniers du fait de leurs mandataires avec celle des employeurs du fait de leurs préposés :

« Pour l'activité de distribution d'assurances, l'employeur ou mandant est civilement responsable, conformément aux dispositions de l'article 1242 du code civil, du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité, lesquels sont considérés, pour l'application du présent article, comme des préposés, nonobstant toute convention contraire ».

¹²⁰ C.-E. Delamare-Deboutteville et R. Ghuelldre, *Lamy assurances 2019*, sous la direction scientifique de J. Kullmann, n°4806 et s. ; J. Bigot et D. Langé, *traité de droit des assurances* sous la direction de J. Bigot, tome 2, n°1059 et s.

¹²¹ Cass. civ. 1^{re}, 10 déc. 2002, n°99-15.180, RGDA 2003, p. 123, note D Langé, RCA 2003, p. 52, chron. H. Groutel, « La règle *Costedoat* à vau-l'eau » ; D. 2003, p. 510, concl. J. Sainte-Rose.

Au prix d'un simple changement de numérotation¹²², ce texte est resté quasiment inchangé au fil des ans, malgré les réformes fondamentales qui ont affecté la matière, à deux remarques près :

- la référence à l'article 1242 s'est substituée à celle qui était faite à l'ancien article 1384 du code civil¹²³
- et le champ d'application de la disposition, qui était défini comme la « présentation¹²⁴ » d'une opération d'assurance a été remplacé par l'« intermédiation »¹²⁵ en assurance avant de devenir la « distribution »¹²⁶ d'assurances.

82. L'affirmation d'une responsabilité des assureurs du fait de leurs mandataires est une disposition originale, dont il a pu être dit qu'elle avait connu un « véritable vedettariat » et une « irrésistible ascension », tant elle a donné lieu à une jurisprudence abondante¹²⁷.

Elle a soulevé dans son application quelques incertitudes et ambiguïtés¹²⁸, mais c'est principalement avec l'arrêt *Costedoat*¹²⁹, qui a instauré une immunité au profit du préposé agissant sans excéder les limites de sa mission, que la question de l'exacte portée de l'article L. 511-1 du code des assurances s'est posée¹³⁰.

Était-il souhaitable de transposer la jurisprudence *Costedoat* aux mandataires de l'assureur ? Fallait-il déduire de l'assimilation entre préposés et mandataires que ces derniers devaient également bénéficier d'une immunité dès lors qu'ils avaient agi sans excéder les limites de la mission qui leur était confiée ?

L'article publié à la RGDA en 2002 se voulait un plaidoyer pour éviter une telle assimilation qui ne me semblait ni nécessaire, ni justifiée, ni opportune.

¹²² Article L. 511 al. 2 du code des assurances initial, puis article L. 511-1, III avec la directive sur l'intermédiation d'assurance (DIA) et la loi du 15 décembre 2015 et aujourd'hui article L. 511-1, IV avec la directive sur la distribution de l'assurance (DDA) et l'ordonnance du 16 mai 2018.

¹²³ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

¹²⁴ Code des assurances initial reprenant l'article 31 bis du décret-loi du 14 juin 1938.

¹²⁵ Loi n°2005-1564 du 15 décembre 2015.

¹²⁶ Ordonnance n°2018-361 du 16 mai 2018.

¹²⁷ C.-J. Berr et H. Groutel, D.1985, IR, 187.

¹²⁸ Curieusement, la responsabilité de l'assureur ne peut être engagée du fait des agissements d'un sous-agent en l'absence de faute de l'agent général lui-même : Cass. civ. 1^{re}, 10 décembre 1996, *RGDA* 1997, p. 600, note D. Langé. L'assureur peut écarter sa responsabilité en prouvant un abus de fonctions du mandataire : Civ. 1, 28 octobre 1997, *RGDA*1997, p. 1119, note D. Langé ; C.-E. Delamare-Deboutville et R. Ghueudre, *Lamy assurances* 2019, sous la direction de J. Kullmann, n°4831. Sur le recours de l'assureur contre l'intermédiaire, Civ. 1, 4 janvier 2006, n°04-15.480, *RGDA* 2006, p. 201, note J. Roussel ; H. Groutel « L'étendue du recours de l'assureur condamné sur le fondement de l'article L. 511-1 du code des assurances contre son mandataire » *RCA* 2006, chron. 5 ; Crim 11 décembre 2013, n°86.624, *RGDA* 2014, p. 239, note D. Langé.

¹²⁹ Ass. plén., 25 févr. 2000, D. 2000, p. 673, note Ph. Brun ; *RTDC* 2000, 583, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note M. Billau : « N'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son employeur »

¹³⁰ H. Groutel : « La nouvelle jurisprudence relative à la responsabilité des préposés peut-elle influencer sur celle de l'agent général ? », *RCA* 2000, chron. 18 ; C. Radé : « Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt *Costedoat*) », *RCA* 2000, n°22.

83. Comme cela a été signalé, la Cour de cassation a décidé, le 10 décembre 2002, dans une procédure où le demandeur soutenait qu'un agent général d'assurance ne pouvait être déclaré responsable que s'il avait agi en dehors du cadre de la mission qui lui a été confiée ou s'il en a outrepassé les limites, que « le renvoi fait par l'article L. 511-1 du Code des assurances à l'article 1384 du Code civil a pour seul objet de faire bénéficier le client de l'agent général, pris en qualité de mandataire de l'assureur, de la garantie de ce dernier »¹³¹.

b.2 La responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires présente-t-elle encore un intérêt ?

Doc 17. « Faut-il supprimer la responsabilité des assureurs du fait de leurs mandataires (article L. 511-1, III du code des assurances) ? », in Mélanges Jean Bigot, LGDJ 2010, p. 429.

84. Lorsque Jérôme Kullmann m'a fait l'honneur de me proposer de contribuer aux mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot, il m'a semblé assez naturel de prolonger la réflexion que j'avais initiée au titre de la responsabilité du fait d'autrui des assureurs et de tenter une analyse approfondie de l'intérêt que présentait le texte de l'article L. 511-1 du code des assurances en l'état du droit positif.

Dès lors que la Cour de cassation avait accepté de ne pas consacrer une immunité au bénéfice des mandataires, donc de ne pas procéder à une assimilation pure et simple, la responsabilité des assureurs du fait de leurs mandataires en vertu de l'article L. 511-1 du code des assurances prenait, en quelque sorte, une autonomie au regard de celle des commettants du fait des préposés selon l'article 1242 (ex 1384) du code civil.

Cela justifiait pleinement que l'on s'interroge sur ce nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui, en particulier son champ d'application et son régime juridique.

85. En résumé, la chronique publiée dans les mélanges en l'honneur de Jean Bigot soutenait que l'article L. 511-1, qui renvoie à une disposition du code civil régissant la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui, n'avait pas vocation -ou ne devrait pas avoir vocation- à s'appliquer en présence d'un litige contractuel dans lequel le pouvoir de représentation attaché au mandat suffit à engager l'assureur.

Si, par cet effet de représentation, une obligation contractuelle de prendre en charge le sinistre naît à la charge de l'assureur, il est à la fois plus satisfaisant intellectuellement et plus simple en pratique de mettre à l'écart les dispositions de l'article L. 511-1 et les règles de la responsabilité délictuelle.

La Cour de cassation ayant eu précédemment l'occasion d'affirmer le caractère non subsidiaire de l'article L. 511-1¹³², j'ai donc exploré les conséquences qui seraient, au contraire, attachées à une subsidiarité, c'est à dire à une mise en jeu du mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui uniquement à défaut d'effet de représentation attaché au

¹³¹ Cass. civ. 1^{re}, 10 déc. 2002, n°99-15.180, précité note 121.

¹³² Civ. 1, 10 décembre 1996, RGDA 1997, p. 600, note D. Langé préc. note 128.

mandat, et défendu le résultat qui pourrait en découler, notamment dans la clarification des règles régissant le recours de l'assureur contre son mandataire¹³³.

La question quelque peu provocatrice choisie dans le titre de l'article -faut-il supprimer l'article L. 511-1 du code des assurances ?- était donc un prétexte pour distinguer deux hypothèses, selon que le litige reste ou non dans le cadre du contrat d'assurance, et pour proposer que la responsabilité du fait d'autrui soit limitée aux litiges dans lesquels l'attitude du mandataire n'engage pas contractuellement l'assureur en raison du pouvoir de représentation attaché au mandat, qu'il soit réel ou apparent.

En revanche, lorsque la faute du mandataire ne peut être vue comme générant un engagement de l'assureur dans le cadre de l'application du contrat d'assurance, l'article L. 511-1 reste un instrument efficace de protection des victimes.

86. La discussion sur la responsabilité des assureurs du fait de leur mandataires nous a certes quelque peu éloignés du domaine spécifique de l'assurance construction. Mais ce dernier n'en constitue pas moins un beau terrain d'observation des conséquences attachées aux mécanismes de responsabilité susceptibles d'être mis en jeu en cas de faute de l'intermédiaire.

La série de défaillances récentes a permis de constater combien une immunité des courtiers agissant en qualité de mandataires de l'assureur aurait abouti à des résultats insatisfaisants. Elle donne l'occasion de noter que l'hypothèse tacite qui sous-tend les débats sur l'article L. 511-1 du code des assurances, à savoir que, pour des raisons de solvabilité, la possibilité d'une mise en cause de l'assureur par la victime lui permet de bénéficier d'une meilleure sécurité, n'est pas toujours vérifiée !

De plus, pour appréhender la responsabilité engagée par les intermédiaires impliqués dans la mise en place, la gestion et/ou la distribution des solutions *low cost*, il faut tenir compte des particularités du droit de l'assurance construction en France, en particulier du principe de la capitalisation, dont j'ai soutenu qu'il constitue un corollaire de celui de la double détente (n°13). En raison de la gestion en capitalisation des garanties dommages-ouvrage et de responsabilité décennale, les mises en cause de la responsabilité des intermédiaires ont vocation à s'étaler sur une période de temps fort longue. Ces mises en cause seront d'autant plus fréquentes que les contrats d'assurance concernés avaient pour objet d'offrir une garantie pérenne aux assurés et aux victimes et il sera donc particulièrement intéressant d'observer la jurisprudence dans les années à venir¹³⁴.

¹³³ Pour un exemple de recours de l'assureur contre son agent, en l'occurrence limité à l'encaissement d'une surcroît de prime : Civ. 2, 4 janvier 2006, n°04-15.280, Bull. Civ., n°2 ; LPA 28 juin 2006, p. 15, note D. Noguéro ; H. Groutel, RCA2006, étude n°5 ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, droit des assurances, LGDJ, 3^{ème} éd., n°122.

¹³⁴ A ce jour, je n'ai connaissance que d'un modeste jugement du TGI de Vesoul, néanmoins fort bien motivé, selon lequel le demandeur ne démontrait pas, en l'occurrence, un défaut d'information ou de conseil de la part du courtier, après avoir relevé qu'au moment de la souscription du contrat, aucun élément ne permettait de douter de la solvabilité de la société Elite : « le seul fait que la société d'assurance disposait d'un siège social à Gibraltar est insuffisant pour rapporter la preuve d'un manquement de la part du courtier », TGI de Vesoul, 26 février 2019, n° RG 17/01676, SNC Parfumeries des faubourgs c/ L. Collin.

87. Ce constat en illustre un autre, plus général, celui de la nécessaire prise en considération des fondements de l'assurance construction et de la conception générale adoptée par le législateur pour appréhender les nombreuses questions que soulève l'application du « modèle Spinetta » au quotidien.

Autrement dit, la profonde originalité du système français, que nous avons tenté de souligner jusqu'ici à travers les principes fondamentaux de la matière, ne manque pas de se répercuter dans le droit applicable, dans le régime juridique des garanties délivrées.

Titre second. Le régime juridique de l'assurance construction en France

88. J'ai essayé de mettre en évidence, dans le titre premier, combien l'imposition d'une double obligation d'assurance constitue un élément essentiel, structurant, du droit de l'assurance construction en France.

Encore faut-il ajouter que, contrairement à de nombreuses autres assurances dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition légale ou réglementaire, les textes relatifs à l'assurance construction définissent précisément, à travers des clauses-types, les garanties qui doivent être délivrées et instaurent, avec le recours possible à un bureau central de tarification, une obligation d'assurer à la charge des assureurs.

Le régime juridique des assurances liées à l'acte de construire est donc marqué par une forte empreinte de l'ordre public¹³⁵. Nous nous y intéresserons dans une première sous-partie qui sera l'occasion d'évoquer les assurances obligatoires en général, en quelque sorte la famille dans laquelle l'assurance construction prend sa place (A).

Mais l'étendue des garanties délivrées dans le cadre des deux obligations d'assurance imposées par la loi Spinetta ne doit pas conduire -bien au contraire- à négliger l'importance des assurances facultatives en matière de construction. D'une manière qui pourrait, au premier abord, paraître paradoxale, ces dernières sont en effet généralisées, pour ne pas dire systématiques, et jouent un rôle considérable dans la prise en charge des risques liés à l'acte de construire, d'où une dualité de régimes qui fera l'objet d'une seconde sous-partie (B).

¹³⁵ Sur l'intervention croissante du pouvoir exécutif sur les activités contractuelles, J. Kullmann, « L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé », thèse Paris I, 1987.

A/ L'empreinte de l'ordre public

89. L'un des aspects les plus intéressants du droit de l'assurance construction -et du droit des assurances obligatoires en général- m'a toujours semblé être la définition précise du cadre dans lequel la liberté contractuelle est susceptible de s'exercer.

L'imposition d'une obligation d'assurance, même assortie de clauses-types et complétée par une obligation d'assurer à la charge de l'assureur, n'interdit et n'écarte pas toute forme de liberté contractuelle, ni sur le principe même des engagements de l'assuré et de l'assureur qui ne peuvent naître, comme dans tout contrat consensuel, qu'après expression d'une volonté réciproque, ni quant au contenu et à l'étendue des obligations, puisque les parties restent libres de négocier certaines limites et/ou conditions de garantie. On pense, parmi bien d'autres exemples, à la définition des activités objet du contrat en assurance de responsabilité décennale ou aux obligations qui pèsent sur le souscripteur en assurance dommages-ouvrage et conditionnent l'entrée en vigueur de la garantie.

Néanmoins la liberté laissée aux contractants trouve en matière d'assurance obligatoire une limitation forte et ne peut s'exprimer que sous réserve du respect d'un cadre rigide, d'une forme de moule légal, ce qu'exprime clairement, dans le cas de l'assurance construction, l'article L. 243-8 du code des assurances :

« Tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance en vertu du présent titre est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types prévues par l'article L. 310-7 du présent code ».

Les clauses-types elles-mêmes viennent préciser cette limitation de la liberté contractuelle en affirmant que doit être réputée non écrite toute clause ayant pour effet « d'altérer d'une quelconque manière le contenu ou la portée » des garanties prévues réglementairement¹³⁶.

90. Le caractère impératif des textes interroge donc, tout d'abord, sur le contenu des garanties délivrées dans la cadre de l'obligation d'assurance et sur la définition ou la qualification des clauses contractuelles restrictives, susceptibles d'altérer la garantie fixée par les textes. Comment, en particulier, appréhender la notion de clause d'exclusion ? Dans quelle mesure la garantie délivrée par l'assureur peut-elle être limitée à un secteur d'activité déclaré par l'assuré ? (1)

C'est également, en second lieu, l'empreinte de l'ordre public qui est à l'œuvre lorsque l'on s'intéresse aux conséquences attachées au principe même de l'obligation de contracter, qu'il s'agisse des contraintes susceptibles de peser sur l'assureur quant à l'acceptation d'un risque ou des sanctions encourues par l'assujetti en cas de non-respect de l'obligation d'assurance (2).

¹³⁶ Article A. 243-1, alinéa 4 du code des assurances.

1. Le contenu des garanties obligatoires et les clauses contractuelles restrictives

91. Mon expérience des pratiques du marché de l'assurance, pratiques diversifiées, pour ne pas dire souvent désordonnées, m'a conduit de longue date à m'interroger très concrètement, en présence d'une obligation d'assurance, sur la distinction entre stipulations contractuelles délimitant l'objet assuré et clauses altérant la garantie, autrement dit entre liberté contractuelle et ordre public. Il s'avère que le partage est souvent délicat à effectuer au cas par cas.

C'est donc d'abord dans le cadre des assurances obligatoires en général que j'ai eu l'occasion de m'intéresser au contenu des garanties imposées avec, en particulier, la difficulté de cerner la notion de clause d'exclusion (a). Puis, beaucoup plus tard, la même idée a trouvé à s'illustrer, dans le domaine particulier de l'assurance construction, à propos de la limitation de la garantie au secteur d'activité déclaré (b).

a) Dans les assurances obligatoires en général

92. Mon premier travail de recherche et de synthèse a été constitué par la rédaction d'un livre relatif aux assurances obligatoires, une contribution à ce qui a constitué la première typologie des assurances obligatoires en droit français (a.1).

Ce travail m'a donné l'occasion de soutenir l'idée que le régime juridique des clauses d'exclusion leur était spécifique et qu'il était donc nécessaire de définir un critère de qualification permettant de les distinguer des autres clauses contribuant à la délimitation de la garantie¹³⁷ (a.2).

a.1 Une typologie des assurances obligatoires¹³⁸

Doc 18. « Les assurances obligatoires. Caractères communs. Textes et commentaires », rédigé en collaboration avec Catherine Renodon-Delubria, préface Georges Durry, avant-propos de S. Barthélémy, éd. L'Argus, 1984.

¹³⁷ Cette idée s'impose tout particulièrement dans les assurances obligatoires dont le contenu est fixé impérativement par des clauses-types ou des garanties minimales, puisqu'alors les seules exclusions autorisées sont celles prévues par les textes. Voir ci-après, la notion d'assurances « à contenu obligatoire », n°96 et s. Par exemple, en ce qui concerne l'assurance automobile, Civ. 1, 19 novembre 1980, Bull. Civ. I, n°360 : « En matière d'assurance obligatoire des véhicules, les exclusions sont limitativement énumérées par les articles R. 211-10 et R. 211-11 du code des assurances » ; Civ. 1, 14 novembre 2001, Bull. I, n°274, RCA 2002, comm. 76, note H. Groutel. En matière d'assurance construction, « aucune clause ne peut avoir pour effet d'altérer d'une quelconque manière » ou « d'amoindrir le contenu » des garanties obligatoires, Civ.3, 17 juin 1992, n°89-19.716, RGAT 1992, p. 568, note H. Périnet-Marquet ; Civ. 1, 7 juin 1998, n°96-18.608, RGDA 1998, p. 738, note A. d'Hauteville.

¹³⁸ Sur les assurances obligatoires, voir le numéro spécial de la revue « Risques », 1992, n°12 ; A. Favre Rochex et G. Courtieu, préface G. Durry, « Le droit des assurances obligatoires », LGDJ, 2000 ; A.-T. Le Masson « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », RGDA 2011, p.423 ; J. Kullmann, Traité de droit des assurances sous la direction de J. Bigot, t. 3 « Le contrat d'assurance », 2^{ème} éd., 2014, n°194 et s.

93. L'ouvrage paru aux Éditions de l'Argus en 1984 s'inscrit dans le prolongement du mémoire de fin de DESS en droit des assurances que nous avons rédigé avec Catherine Renodon-Delubria et dont le sujet était « Typologie des assurances obligatoires ».

L'initiative de ce travail -et le choix même de son intitulé- correspondaient à un souhait exprimé par la Direction des assurances du Ministère de l'Économie et des Finances, autorité à l'époque en charge du contrôle du secteur de l'assurance. La Direction des assurances s'était rapprochée du Professeur Georges Durry, Directeur du DESS de droit des assurances de Paris II, pour lui demander si deux de ses étudiants pouvaient réaliser un travail sur les assurances obligatoires.

L'objectif était double :

- d'une part, recenser les textes, mettre de l'ordre dans un ensemble de dispositions législatives et réglementaires éparses qui n'avaient, jusqu'alors, fait l'objet d'aucune étude systématique. Ce fut la première ébauche de la liste des assurances obligatoires publiée aujourd'hui sous forme d'annexe au Code des assurances,
- d'autre part, tenter de dégager des problématiques communes et des orientations générales, envisager les grandes lignes de ce qui pourrait devenir une certaine harmonisation du régime juridique des assurances obligatoires.

94. Si le premier aspect s'est surtout traduit par un travail matériel d'inventaire et de compilation, encore qu'il nous ait naturellement conduit à rechercher des regroupements possibles, donc à tenter de construire une première classification des assurances obligatoires, le second souleva des questions théoriques d'importance et se révéla tout à fait passionnant : à des interrogations identiques, le législateur et/ou le pouvoir réglementaire avait, au fil des ans, répondu de façon totalement désordonnée, en tout cas, bien souvent sans aucune approche cohérente. Les pistes d'amélioration et de réflexion étaient donc nombreuses.

Avec l'accord du Professeur Durry, qui a bien voulu le préfacer, ainsi que de M. Barthélemy, à l'époque Directeur des assurances au ministère de l'Économie, des Finances et du Budget, qui en a rédigé l'avant-propos, nous nous sommes donc lancés dans la rédaction d'un livre dont l'objet était de prolonger le travail que nous avons réalisé à l'occasion de notre mémoire.

Ce fut l'occasion d'essayer d'approfondir davantage les nombreuses questions que nous avons précédemment tenté d'aborder.

95. Comment, avec le recul qu'impose l'écoulement d'une si longue période de temps, résumer les aspects principaux de cet ouvrage relatif aux assurances obligatoires ?

Je propose de retenir deux thèmes de réflexion, deux orientations défendues à l'époque, sur lesquelles il peut être intéressant de revenir aujourd'hui : en premier lieu, bien entendu, la notion de contenu obligatoire des garanties délivrées, puisqu'il s'agit du fil directeur des développements de la présente partie. Nous avons tenté de mettre en exergue, au sein des assurances obligatoires, une sous-famille, celle des assurances à contenu obligatoire (a.1.1).

En second lieu, se posait la question, d'ordre général, tenant à la possibilité et à l'intérêt de prévoir des dispositions légales ou réglementaires communes aux différentes assurances obligatoires. Jusqu'alors, aucune disposition de ce type n'avait été adoptée et notre livre plaidait pour l'instauration d'un droit des assurances obligatoires (a.1.2).

Nous retrouverons un peu plus loin, dans la partie consacrée à l'obligation de contracter, un troisième thème qui a constitué un des aspects importants de ce travail, avec la question de l'étendue de l'obligation d'assurer à la charge de l'assureur (n°120 et s.).

a.1.1 Sur la notion d'assurances « à contenu obligatoire »

96. L'ouvrage sur les assurances obligatoires fut l'occasion de souligner que certaines d'entre elles -et certaines seulement – justifient le qualificatif d'assurances « à contenu obligatoire ».

L'idée est ici de mettre en évidence l'originalité attachée aux dispositions légales qui prévoient l'instauration de clauses-types ou de garanties minimales et précisent qu'elles prévaudront sur toute clause contractuelle contraire¹³⁹.

Sont concernées, en dehors de l'assurance construction (art. L. 243-8 du code des assurances précité), les obligations relatives aux assurances automobile (art L. 211-5 du code des assurances), chasse (art. L. 423-17 du code de l'environnement), engins de remontées mécaniques (art L. 220-7 du code des assurances) et exploitants agricoles (article L. 752-7 du code rural)¹⁴⁰. Une disposition similaire s'applique au titre de l'extension de garantie obligatoire au titre des catastrophes naturelles (article L. 125-3 du code des assurances).

97. Les conséquences attachées à l'imposition de garanties minimales ou de clauses-types, à ce que nous avons appelé « l'indivisibilité des garanties », sont d'une importance théorique et pratique considérable.

Au-delà des enjeux en termes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat, puisque les droits et obligations des parties se définissent pour l'essentiel par une simple référence à un corpus de dispositions résultant de textes légaux et réglementaires, l'indivisibilité des garanties impose au juge un travail de qualification tout à fait original. Une distinction doit être effectuée entre les clauses qui viennent restreindre illégalement l'objet

¹³⁹ La portée de cette dernière précision peut d'ailleurs être discutée. Contrairement à une position prise à l'époque par la Direction des assurances et que nous avons citée dans notre ouvrage (p. 62, n° 90), selon laquelle « en l'absence de disposition législative particulière substituant les garanties minimales aux dispositions contraires des contrats, les engagements de l'assureur sont, en tout état de cause, déterminés exclusivement par le contrat », la doctrine admet aujourd'hui que « le procédé de substitution de la clause-type ou de la condition minimale à la clause non conforme doit être mis en œuvre même si la loi ou le règlement ne le prévoit pas formellement », J. Kullmann, Lamy assurances, 2019, n°80. Si l'on admet cela, le cercle des assurances à contenu obligatoire s'agrandit sensiblement.

¹⁴⁰ Était également concernée, en 1984, l'assurance des exploitants d'établissements d'éducation physique et sportive (à l'époque, loi n°67-965 du 2 novembre 1967, JO du 3 novembre, modifiant la loi n°63-807 du 6 août 1963, JO du 8 août). Mais, si l'obligation d'assurance demeure en droit positif (article L. 321-7 du code du sport), les garanties minimales fixées par les textes semblent avoir disparu. Tout au contraire, l'article L. 321-7 s'inscrit dans un chapitre du code relatif aux obligations d'assurance liées aux activités sportives et selon le texte d'application (article D 321-1 du code du sport), si les contrats ne peuvent pas déroger aux quelques « dispositions définies par la présente section » (absence de franchise notamment), « ils fixent librement l'étendue des garanties » (sic).

des garanties et celles qui ne font que rappeler les limites du contrat et/ou mettre en œuvre les dispositions du droit commun des assurances demeurant applicables. C'est le point de départ de la réflexion sur la notion de clause d'exclusion qui sera évoquée avec la présentation des documents 19 et 20.

Nous retrouverons d'ailleurs cette notion d'assurance « à contenu obligatoire » à plusieurs reprises dans la présente thèse, qu'il s'agisse de la validité d'une clause écartant les conséquences d'une simple impropriété à la destination (doc 38, n°177), de la délimitation du secteur d'activité en assurance de responsabilité décennale (doc 21 à 23, n°109) ou encore de l'application monolithique, par le juge administratif, de l'ensemble des dispositions légales et réglementaires régissant l'assurance obligatoire, dans le cas d'un maître d'ouvrage public qui bénéficie d'une exonération et choisit néanmoins de souscrire une assurance dommages-ouvrage sur une base volontaire (doc 43, n°193).

a.1.2 Sur l'instauration d'un droit des assurances obligatoires

98. Bien que présentant une grande diversité à la fois quant à leurs objets et quant à leurs finalités respectives, les assurances obligatoires répondent toutes à une même motivation fondamentale, celle exprimée par les pouvoirs publics d'imposer la mise en place de la garantie pour des raisons d'intérêt général, de placer la nécessité d'une indemnisation garantie par un contrat d'assurance au-dessus du simple libre arbitre des contractants.

Faut-il en tirer des conséquences quant aux règles juridiques qui régissent les rapports entre les parties et quant aux droits dont peuvent se prévaloir les tiers, notamment les victimes dans le cas des assurances de responsabilité ?

À ce dernier égard, en effet, on peut noter que, lorsqu'une assurance de responsabilité est rendue obligatoire, l'intention des pouvoirs publics est très généralement de l'imposer dans l'intérêt des tiers, d'apporter une protection aux potentielles victimes qui disposeront d'une action directe contre un débiteur solvable (ou supposé tel)¹⁴¹. Dans la catégorie des assurances de responsabilité qui se définissent traditionnellement comme des assurances de dettes, nous proposons donc de délimiter un type particulier de garanties, les assurances de responsabilité obligatoires, qui s'apparentent davantage à des assurances de créances (n°117, p.81) et pour lequel il aurait été logique de mettre en place un plus large principe d'inopposabilité des exceptions (n°115 et s., p.79)¹⁴².

De la même façon, nous avons signalé « l'interdépendance » entre obligation d'assurance et intervention du Fonds de garantie, dans la mesure où dans les deux cas, la logique de protection des victimes à l'œuvre est la même : nous regrettons qu'en l'état des textes

¹⁴¹ La récente crise provoquée par la défaillance de plusieurs assureurs opérant dans le cadre de la liberté de prestation de services et la réforme insatisfaisante du FGAO (documents 12 à 15) relativisent évidemment le propos.

¹⁴² Le principe d'une inopposabilité généralisée des exceptions n'a jamais été adopté en droit positif et la Cour de cassation décide, logiquement en l'état des textes, que, même dans le cadre d'une assurance obligatoire, dès lors qu'aucune disposition ne prévoit le contraire, la réduction proportionnelle d'indemnité prévue par l'article L. 113-9 du code des assurances reste opposable aux tiers lésés, Civ. 1, 6 décembre 1994, RGAT 1994, p. 1105, note J. Bigot.

l'époque, le fonds n'intervînt que pour les obligations d'assurances relatives à l'automobile et à la chasse (n°123, p. 84).

D'une manière générale, notre livre se voulait un plaidoyer pour l'instauration d'un droit des assurances obligatoires. Ce droit aurait d'ailleurs pu être à géométrie variable, dans la mesure où selon les sujets, le périmètre des obligations d'assurance concernées aurait été susceptible de varier, mais il aurait permis à tout le moins de tenir compte des objectifs communs aux différents textes et de donner à l'ensemble une cohérence.

Tel était d'ailleurs le souhait de la Direction des assurances à l'époque. Confrontée à un phénomène de grande ampleur avec la multiplication des textes instaurant des assurances obligatoires (n°15, p. 18), elle souhaitait mettre de l'ordre dans ce que le directeur des assurances avait nommé, dans l'avant-propos de l'ouvrage, un inventaire à la Prévert.

99. Qu'en est-il aujourd'hui ? Qu'est devenu ce que nous avons appelé le « phénomène » assurances obligatoires et dans quelle mesure a-t-il été l'objet d'une approche juridique cohérente ?

Un constat nuancé, voire contrasté, me semble s'imposer.

- Sur le plan quantitatif, la tendance à une forte augmentation du nombre d'assurances obligatoires, constatée en 1984, s'est poursuivie dans les années qui ont suivi, puisque ce nombre est passé de 61 à plus de 100¹⁴³.

Néanmoins, il n'existe aucune liste officielle et à jour permettant de recenser les assurances obligatoires en vigueur¹⁴⁴, donc aucune possibilité de les dénombrer avec certitude. Cela est d'autant plus regrettable que leur définition même peut prêter à interprétation¹⁴⁵ et que les estimations du nombre total des obligations en vigueur varient grandement¹⁴⁶.

Sous ces réserves, il semble possible d'affirmer que, durant la période la plus récente, quelques nouvelles obligations d'assurance ont certes été adoptées à l'occasion de

¹⁴³ La liste annexée à l'édition Argus du code des assurances (2019) comprend 101 obligations, celle du code Dalloz (2018) 135. L'ouvrage de F. Couibault, S.Couilbault-Di Tommaso et V. Huberty, « Les grands principes de l'assurance, éd.l'Argus, 2017, en dénombre 120. Je me permettrais de noter, pour sourire, que nous avons imaginé avec incrédulité une inflation de cet ordre. Nous écrivions dans l'ouvrage, donc en 1984 : « en extrapolant à partir des dix dernières années, il existerait, en l'an 2000, près de cent obligations ! » (n°16, p. 21).

¹⁴⁴ Le ministère de l'Économie et des Finances a établi en 1999 une liste indicative qui n'a pas été actualisée depuis 2008. Cette liste sert de base à celles qui sont annexées aux différentes éditions du code des assurances sous la seule responsabilité des éditeurs.

¹⁴⁵ Voir notamment la différence entre véritable assurance obligatoire imposée par une autorité publique (verticale) et fausse assurance obligatoire imposée contractuellement (horizontale), J. Kullmann, *Traité de droit des assurances sous la direction de J. Bigot*, t. 3 « Le contrat d'assurance », 2^{ème} éd.n°196 ; quid par exemple de la disposition du code de l'aviation civile (article D 232-3) aux termes de laquelle le Ministre « peut subordonner l'autorisation de créer un aéroport à usage restreint à la conclusion d'une convention avec l'État » et « imposer à l'exploitant la souscription d'un contrat d'assurance » ?

¹⁴⁶ Voir note 143 ci-dessus.

réformes législatives ou réglementaires, mais à un rythme apparemment moins soutenu que par le passé¹⁴⁷.

- Sur le fond et en termes d'harmonisation ou de cohérence des textes, quelques mesures ponctuelles peuvent être mentionnées : la création, en 1992, d'un bureau central de tarification unique (voir n°124), diverses dispositions du droit de l'Union européenne qui s'appliquent aux seules assurances obligatoires¹⁴⁸ ou l'avis formulé par le Conseil d'État sur les conditions de légalité de l'institution d'une obligation d'assurance¹⁴⁹. Mais ces quelques avancées, déjà anciennes, sont restées d'une portée très limitée.

Et surtout, la mesure sans doute la plus significative dans le sens de la création d'un véritable droit des assurances obligatoires, adoptée en 2003¹⁵⁰, a été récemment abrogée à effet du 1^{er} juillet 2018. Il s'agit de la mission du fonds de garantie des assurances obligatoires, FGAO, en cas de défaillance d'une entreprise d'assurance ayant délivré des contrats « dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire ». Comme cela a été signalé, cette mission est désormais cantonnée à l'assurance automobile et à l'assurance dommages-ouvrage, à la suite de la misérable réforme introduite par l'ordonnance n° 2017-1609 du 27 novembre 2017 qui a été présentée avec les documents 13 et 14.

On ne peut donc que constater, avec un certain regret, que le droit des assurances obligatoires reste à bâtir.

100. Il n'est d'ailleurs pas certain -et pour ma part je doute- que l'on avance dans cette direction.

Plusieurs éléments laissent en effet à penser que les pouvoirs publics n'ont guère la volonté de créer, dans les années à venir, un droit cohérent des assurances obligatoires, qu'il s'agisse du défaut de publication depuis 2008 d'une liste, fut-elle indicative, de l'absence, plus

¹⁴⁷ On citera essentiellement, depuis 2010, cinq cas : l'assurance des spectacles pyrotechniques (arrêté du 31 mai 2010, JO 2 juin, art 19), celle des infirmiers à diplôme étranger (arrêté du 27 avril 2012, JO 8 mai, art 5), celle des ostéopathes et chiropracteurs (Loi n°2014-201 du 24 février 2014, JO 25 février), celle des taxis et voitures de transport avec chauffeur (Loi n°2014-1104 du 1^{er} octobre 2014, article L. 3120-4 du code des transports) et celle de l' « attestateur » dans le cadre du permis d'expérimenter prévu par la loi ESSOC (article 5, ordonnance n°2018-937 du 30 octobre 2018). En revanche, en ce qui concerne le portage salarial, parfois mentionné (Art. L. 1254-26 du code du travail, ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015), il s'agit d'une obligation de garantie financière et non d'assurance ; de même pour les exploitants agricoles cultivant des OGM (Loi n°2008-595 du 25 juin 2008, article L 663-4 du code rural). Quant aux agents sportifs, l'obligation d'assurance préexistait à la loi n°2010-626 du 9 juin 2010 encadrant la profession et, surtout, elle semble avoir disparu, l'article R 222-20 du code du sport qui en fixait le principe ayant été modifié à effet du 19 juin 2011 et concernant désormais... une obligation de formation continue ! On le voit, il reste beaucoup à faire pour avoir une vision claire et officielle des assurances obligatoires en vigueur.

¹⁴⁸ Sur lesquelles, v. V. Heuzé, *Traité de droit des assurances* sous la direction de J. Bigot, t. 3 « Le contrat d'assurance », 2^{ème} éd., n°2632 et s.

¹⁴⁹ CE, avis, 24 février 1994, RGAT 1995, p. 215 ; voir J. Kullmann, *Lamy assurances* 2019, n°88 qui souligne l'évolution très forte de la position du Conseil d'État à cet égard. A l'époque de la rédaction du livre, la réponse du droit positif était d'une grande complexité (ouvrage, n°46 et s.).

¹⁵⁰ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003, dite de sécurité financière, article 81-A-VI, article L. 421-9 du code des assurances. Cette loi remarquable est aussi celle qui a introduit l'article L.124-5 du code des assurances relatif au fonctionnement de la garantie dans le temps (n°30).

fondamentalement, d'une définition de la notion d'assurance obligatoire ou encore du caractère toujours aussi désordonné des conditions dans lesquelles ont été imposées les dernières obligations¹⁵¹.

La perspective d'un droit des assurances obligatoires semble plutôt s'éloigner.

Sans doute faut-il en rechercher les causes dans des considérations d'ordre général, notamment dans la conception qui est aujourd'hui la nôtre du rôle que doit jouer la puissance publique dans l'encadrement des activités économiques, notamment dans le domaine de l'assurance : l'air du temps n'est guère favorable à l'organisation de ce qui reste une forme d'économie dirigée. J'oserai ajouter que la protection du consommateur, si elle continue à être régulièrement invoquée comme une préoccupation fondamentale par le législateur et par le pouvoir réglementaire, me semble en réalité beaucoup moins présente que par le passé dans plusieurs réformes récentes, notamment touchant au secteur de l'assurance construction¹⁵².

a.2 La notion d'exclusion de garantie

101. Parallèlement à la rédaction de l'ouvrage paru aux éditions de l'Argus et dans le prolongement de la réflexion sur les assurances à contenu obligatoire, j'ai souhaité rédiger un article sur la notion de clause d'exclusion. L'objectif était de rechercher une définition précise des clauses qui peuvent être qualifiées d'exclusions et d'en souligner la spécificité, au regard des autres dispositions contractuelles ayant pour objet de délimiter la garantie (a.2.1).

Quelques années plus tard, j'ai pu donner une illustration concrète de cette idée en commentant un arrêt relatif à la charge de la preuve (a.2.2).

a.2.1 La recherche d'une définition

Doc 19. « Remarques sur la notion d'exclusion en matière de contrat d'assurance : pour une définition restrictive », article publié à la Gazette du Palais 1984, doct. p. 50.

102. À l'origine de cet article se trouve le constat d'un lien possible entre deux règles du droit positif :

- l'affirmation, comme cela vient d'être précisé, du caractère limitatif des exclusions autorisées dans les assurances à contenu obligatoire et

¹⁵¹ En reprenant les 5 assurances obligatoires créées récemment et citées note 17, on constate que deux ont été édictées par arrêté, trois autres par un texte de loi ; que l'une est assortie de sanctions pénales (ostéopathes et chiropracteurs), les autres non ; et enfin que seule l'assurance des ostéopathes et chiropracteurs donne lieu à des précisions quant au contenu des garanties exigées ou à la possibilité de prévoir des plafonds de garantie.

¹⁵² En dehors de la réforme de la mission défaillance du FGAO présentée avec les documents 13 et 14, on citera, pour illustrer ce recul de la protection du consommateur, le nouvel article L. 111-13-1 du code de la construction et de l'habitation, introduit par la loi n°2015-992 du 17 août 2015, qui vient réduire la notion d'impropriété à la destination et les garanties qui lui sont attachées en matière de performance énergétique (n°136, document 27).

- l'attendu de principe, adopté par la Cour de cassation quelques années auparavant, selon lequel « s'il appartient à l'assuré qui réclame l'exécution du contrat d'assurance d'établir l'existence du sinistre, objet du contrat, il incombe à l'assureur qui évoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion »¹⁵³.

Dans les deux cas, en effet, une conclusion me semblait s'imposer, la nécessité d'abandonner la vision traditionnelle selon laquelle définition de l'objet de la garantie et clauses d'exclusion constituent les deux faces de la même médaille. Fixer des limites à l'objet de la garantie, en définir les conditions, n'équivaut pas nécessairement à exclure les risques qui n'entrent pas dans l'objet contractuel¹⁵⁴.

Bien au contraire, certaines clauses qui viennent définir les limites de l'objet du contrat ne peuvent être qualifiées de clauses d'exclusion ni directes, ni indirectes, ce qui impacte leurs conditions de validité et plus largement leur régime juridique. Ainsi la disposition contractuelle selon laquelle les garanties de responsabilité ne s'appliquent que lorsque l'assuré exerce une certaine activité, et qui ajoute, *a contrario*, que ne sont pas couverts les sinistres découlant de l'exercice d'une activité autre, ne peut être qualifiée pour autant de clause d'exclusion, même si elle est -à tort- incluse dans un chapitre de la police qui porte ce titre.

Si l'on applique les deux règles de droit précitées, cette clause ne vient pas déroger au caractère limitatif des exclusions autorisées en assurance construction obligatoire et la preuve que le sinistre entre dans l'objet du contrat, c'est-à-dire que l'assuré a exercé l'activité garantie, reste à la charge de l'assuré.

103. Restait évidemment à trouver un critère de distinction et j'avais, peut-être maladroitement, proposé une figure sous la forme d'un « camembert », c'est à dire d'un ensemble convexe représentant le champ d'application de la garantie défini en fonction de l'économie du contrat, ensemble dont certains risques étaient retirés ou extraits (risques faisant l'objet d'une clause d'exclusion dite « exclusion-exception » ou « exclusion interne »), tandis que d'autres lui étaient simplement extérieurs (risques non assurés parce que n'entrant pas dans l'objet de la garantie). A défaut de donner un critère de qualification fiable et/ou efficace, cette figure traduisait l'idée de fond que j'essayais d'exprimer en opposant risques exclus (au sens strict) et risques simplement non assurés.

¹⁵³ 1^{ère} civ. 15 et 22 octobre 1980, n°79-17075 et 79-15003, RGAT 1981, 91, obs. A. Besson ; JCP 1981.II.19611, note J. Bigot.

¹⁵⁴ Sur la conception traditionnelle de la doctrine et la présentation du sujet dans le traité de référence de MM. Picard et Besson, voir G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien », Mélanges H. Groutel, Litec 2006, p.129.

104. On sait la riche et passionnante discussion doctrinale qui s'est développée sur le sujet¹⁵⁵, un auteur allant jusqu'à suggérer une réforme de l'article L.113-1 du code des assurances et une définition légale de l'exclusion¹⁵⁶.

Malgré la difficulté de l'exercice consistant à faire le départ entre conditions de garantie et clauses d'exclusion, il reste que la Cour de cassation a admis de longue date¹⁵⁷ et maintient avec fermeté¹⁵⁸ le principe de la distinction.

a.2.2 Illustration sur le terrain de la charge de la preuve

Doc 20. « Définition de la garantie et charge de la preuve », note sous l'arrêt Civ 1, 14 février 1990, Résidence Lavoisier, Gaz. Pal. 8 mars 1991.

105. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 février 1990 fut l'occasion de revenir, avec un éclairage plus concret, sur l'idée précédemment développée et sur ses conséquences quant à la charge de la preuve.

La clause objet du litige limitait la garantie de l'assureur aux dommages de nature décennale et visait les articles 1792 et 2270 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Spinetta. S'agissait-il d'une exclusion indirecte des désordres survenus avant la réception ? A qui incombait la charge de la preuve que la réception avait été -ou non- prononcée ?

La Cour de cassation admet, pour l'une des premières fois à ma connaissance¹⁵⁹, qu'une telle clause ne peut s'analyser en une exclusion, même indirecte, des dommages antérieurs à la

¹⁵⁵ Voir notamment : Y Lambert-Faivre et L. Leveneur, « Droit des assurances », précis Dalloz, 14^{ème} éd. 2017, n°465, qui se réfèrent à l'aire contractuelle et opposent exclusions internes et externes ; L. Mayaux, Traité de droit des assurances sous la direction de J. Bigot, t.3, « Le contrat d'assurance », LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, n°1702 et s., spéc. 1718, qui retient la même opposition entre exclusions internes et externes, mais s'interroge, non sans humour : mais comment savoir si le trou n'a pas été percé à côté ? ; du même auteur « La distinction des exclusions et des conditions », Les grandes questions du droit de l'assurance, LGDJ 2011, p. 91 ; H. Groutel « Traité du contrat d'assurance terrestre », Litec, 2008, n°419 et s. ; J. Kullmann, Lamy assurances, 2019, n°242 et s.

¹⁵⁶ G. Durry, article précité « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien », Mélanges H. Groutel, Litec 2006, p. 129, qui soutient qu'en l'état du droit, une différence claire entre les deux notions est impossible.

¹⁵⁷ L'arrêt souvent cité comme fondateur de la distinction et qui introduit le critère des circonstances particulières de réalisation du risque est celui du 26 novembre 1996, Civ. 1, n°94-16.058, Rapport de la Cour de cassation 1996, p. 344 ; RGDA 1997, p.132, note J. Kullmann ; H. Groutel « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », RCA 1997, comm. 73 et chron.5.

¹⁵⁸ « Cette distinction de la condition de garantie et de la clause exclusive de garantie est d'importance, en l'état du droit positif, car elle détermine le régime de la charge de la preuve et les exigences de forme et de fond nécessaires à la validité de l'exclusion de garantie », Rapport de la Cour de cassation 2011. Très récemment et parmi bien d'autres exemples, Civ. 3, 22 novembre 2018, n°17-22.112, RDI 2019, p. 109, obs. P. Dessuet, selon lequel la clause subordonnant l'acquisition de la garantie à la réalisation d'une étude technique préalable est valable au regard de l'article L. 243-8 du code des assurances parce qu'« elle ne constitue pas une exclusion de garantie », ci-après n°115 et, à propos d'une assurance de la responsabilité civile des mandataires sociaux, Civ. 2, 13 juin 2019, n°18-13.257, RGDA 2019, n°116v0, note A. Pelissier, « Distinction définition de garantie et exclusion : qualifier sans motiver est-il le seul moyen de trancher le nœud gordien ? ».

¹⁵⁹ Rappelons que l'arrêt de principe généralement cité comme ayant véritablement consacré la distinction entre condition de la garantie et exclusion date du 26 novembre 1996 (note 157). Antérieurement, on trouve quelques

réception. Bien qu'elle limite la couverture due par l'assureur aux sinistres postérieurs à ladite réception, la clause « donne une définition de la garantie et ne constitue pas une clause d'exclusion », qualification qui détermine le régime de la charge de la preuve.

106. L'intérêt de l'arrêt est double : non seulement consacrer, sur le principe, une distinction entre définition de la garantie et clause d'exclusion, distinction à laquelle s'attachent des conséquences sur le terrain de la preuve, mais aussi ne pas la réduire à une question de forme.

A l'époque, en effet, si l'idée qu'il fallait différencier clauses d'exclusions et autres clauses contribuant à la définition de l'objet de la garantie ne faisait pas l'objet d'un consensus, il était au contraire parfaitement admis en doctrine qu'il convenait de distinguer exclusions directes et indirectes. Or il me semblait important que ces deux distinctions – la première de fond, la seconde de forme- ne soient pas confondues.

Définir l'objet du contrat et les conditions de la garantie n'équivaut pas à introduire dans le contrat des exclusions indirectes. En réalité, ces dernières ne se caractérisent que par un simple critère de présentation rédactionnelle et ne justifient d'aucun régime juridique spécifique par rapport aux clauses d'exclusion directes.

Il aurait été, en effet, peu satisfaisant de laisser au rédacteur de la police, c'est-à-dire en pratique à l'assureur, la possibilité de modifier, en fonction de son habilité rédactionnelle, l'étendue des obligations à sa charge en vertu de dispositions d'ordre public, qu'il s'agisse des règles relatives à la charge de la preuve (article 1340 du code civil, à l'époque article 1315) ou, dans le cas des assurances à contenu obligatoire, du caractère limitatif des exclusions autorisées.

Il existe une différence de nature entre clauses contribuant à la définition du risque assuré et clauses d'exclusion, fussent-elles indirectes, tout simplement parce que, pour l'exprimer de façon synthétique, « on n'exclut que ce qui fait déjà partie d'un ensemble »¹⁶⁰.

b) En assurance construction en particulier

107. Nous avons tenté de mettre en évidence, dans l'ouvrage relatif aux assurances obligatoires (document 18), l'originalité de l'assurance construction « premier cas d'obligation dont le but est de réorganiser l'ensemble d'un secteur économique » (n°37, p. 36). Comme cela a été souligné dans les développements qui précèdent, l'empreinte de l'ordre public est ici omniprésente, avec une double obligation particulièrement structurée, assortie d'un contenu obligatoire précisément défini par les clauses-types.

Il n'est donc guère étonnant que la question du caractère limitatif des exclusions autorisées et de la liberté laissée aux contractants pour définir l'objet de la garantie ait pris une telle

arrêts qui retiennent déjà une conception restrictive de la notion d'exclusion : ainsi par exemple Civ. 1, 3 janvier 1991, RGAT 1991, p.177 (2^{ème} espèce), note J. Kullmann qui, en présence d'une clause limitant la garantie aux vols commis dans des locaux entièrement clos et sécurisés, retient qu'il s'agissait d'une condition de la garantie et non d'une clause exclusion.

¹⁶⁰ J. Kullmann, Lamy assurances préc., n°270.

ampleur en assurance construction. C'est en effet cette question qui sous-tend et explique, à mon sens, la riche et complexe jurisprudence relative au secteur d'activité déclaré¹⁶¹.

Nous nous intéresserons successivement à trois arrêts, les deux premiers illustrant la recherche par la Cour de cassation d'un équilibre, dans la délimitation du secteur d'activité assuré, entre liberté contractuelle et ordre public (a.1), le dernier traduisant en revanche une inflexion préoccupante dans la jurisprudence récente (b.2).

b.1 Secteur d'activité : la recherche d'un équilibre.

108. À quelques années d'intervalle, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que, dans un contrat d'assurance de responsabilité décennale, l'activité de constructeur de maisons individuelles inclut celle d'entrepreneur (b.1.1), mais que, en sens inverse, une police couvrant les activités d'une entreprise de réalisation peut stipuler ne pas s'appliquer à l'activité de constructeur de maisons individuelles (b.1.2).

b.1.1 L'activité de constructeur de maisons individuelles inclut celle d'entrepreneur

Doc 21. : « L'activité de constructeur de maisons individuelles inclut celle d'entrepreneur », observations sous Civ. 3, 21 janvier 2015, n°13-25.268, RDI 2015, p.188.

109. L'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 21 janvier 2015 s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence initiée en 1997 sur la notion de secteur d'activité¹⁶². Rappelons que la première chambre civile avait alors affirmé que « si le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses d'exclusion autres que celles prévues à l'article A 243-1 du code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur de d'activité professionnelle déclarée par le constructeur ».

Chaque mot de cet attendu de principe, plein de sens et repris depuis lors régulièrement par la troisième chambre civile, est important : le caractère limitatif des exclusions fixées par les clauses-types est réaffirmé, mais n'entre pas en conflit avec la possibilité de définir contractuellement un secteur d'activité professionnelle assuré en fonction de la déclaration de l'assuré.

Il faut donc en déduire qu'une clause définissant limitativement les activités qui relèvent du contrat d'assurance ne mérite pas pour autant d'être qualifiée, de plein droit, d'exclusion indirecte des autres activités susceptibles d'être exercées par l'assuré.

¹⁶¹ Sur la question voir notamment L. Karila et C. Charbonneau, *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, Lexisnexis, 3^{ème} éd., n° 1321 et s. ; J.-P. Karila, *étude assurance construction*, Lamy assurance 2019, sous la direction scientifique de J. Kullmann, n°3692 ; A. Caston, R. Porte et F.-X. Ajaccio, *L'assurance construction*, éd. Le Moniteur, 3^{ème} éd., p. 207 et s. ; notre ouvrage aux éditions l'Argus (document 1), p. 270 et s.

¹⁶² Civ. 1^{ère}, 29 avril 1997, n°95-10.187, Bull civ. 1997, I, n° 131 ; RGDA 1997. 1044, note J.-P. Karila ; Civ. 1^{ère}, 28 octobre 1997, n°95-19416, Bull civ. 1997, I, n°295 ; RCA 1998, chron. 4, note H. Groutel. Jurisprudence constante (sur le principe) depuis. Références doctrinales note précédente.

L'affirmation me semble logique et compréhensible¹⁶³, mais elle connaît inévitablement une limite, ce qui a toujours été admis et rappelé par la jurisprudence jusqu'à présent : encore faut-il que la clause litigieuse ne constitue pas une exclusion déguisée, qu'elle ne vienne pas altérer le contenu de la garantie en excluant indirectement certains risques sous le prétexte de définir le secteur d'activité.

Toute la difficulté est donc, à l'évidence, de placer le curseur, de fixer un critère de distinction entre clauses définissant le secteur d'activité assuré et clauses d'exclusion prohibées.

110. En l'occurrence, la cour d'appel, dont l'arrêt est censuré, avait estimé que le contrat d'assurance souscrit par un professionnel en qualité de constructeur de maisons individuelles n'était pas applicable à la réalisation de travaux selon marché.

L'arrêt de la Cour de cassation concerne donc, non pas exactement la validité, mais plus précisément la portée, de la disposition contractuelle qui limite la garantie à la seule activité de constructeur de maisons individuelles, disposition fréquente en pratique dans les contrats proposés sur le marché.

Il s'inscrit néanmoins dans une volonté d'atténuer la sévérité des conséquences attachées à l'absence de garantie en cas d'activité ne relevant pas du secteur assuré, au même titre que les arrêts qui censurent les clauses constituant des exclusions déguisées¹⁶⁴ ou ceux qui condamnent l'assureur pour violation de son obligation de renseignement à l'occasion de la délivrance d'une attestation d'assurance¹⁶⁵.

111. Mon commentaire fut tout d'abord l'occasion de rappeler, sur le principe, la coexistence, dans le domaine de l'assurance construction à caractère obligatoire, de deux principes aboutissant à des résultats diamétralement opposés : au sein du secteur d'activité déclaré, l'interdiction de toute clause contractuelle restrictive autre que celles prévues par les clauses-types et, au contraire, dès lors qu'un constructeur agit en dehors du secteur d'activité déclaré, la possibilité pour l'assureur d'invoquer un cas de non assurance et de refuser toute intervention, que ce soit à l'égard de son assuré ou dans le cadre de l'action directe de la victime.

Ce fut aussi et surtout l'opportunité de réfléchir, plus concrètement, à la frontière tracée par la jurisprudence, en matière d'assurance de responsabilité décennale, entre clauses contribuant à la définition du secteur d'activité garanti d'une part et clauses d'exclusion indirectes d'autre part. L'arrêt m'a semblé donné une bonne illustration d'un critère pertinent, même s'il n'est pas toujours d'application aisée, celui qui oppose clauses relatives à l'objet de la prestation et clauses relatives à ses modalités d'exécution.

¹⁶³ Elle a en revanche toujours été contestée par certains auteurs, en particulier G. Durry « Activité garantie au titre de l'assurance de responsabilité décennale », RCA 2004, comm. 83 et P. Dessuet « Assurance responsabilité décennale. La non-assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur : une jurisprudence contestable », Gaz. Pal 2000, doctr. p. 460.

¹⁶⁴ Références citées dans le commentaire.

¹⁶⁵ L'attestation d'assurance étant « nécessairement destinée à l'information des éventuels bénéficiaires », l'assureur doit « fournir dans ce document les informations précises sur le secteur d'activité » : Civ. 3^e, 17 décembre 2003, n°01-12.259, RDI 2004, p. 62, obs. G. Leguay ; RDI 2004, p. 156, obs. P. Dessuet ; RCA 2004, 83, obs. G. Durry précité, Civ. 3, 29 mars 2006, n°05-13.119, RDI 2006, p. 183, obs. G. Leguay.

112. Malheureusement, sur ce sujet, la pratique contractuelle ne semble guère soucieuse de respecter le texte de l'article L. 243-8 du code des assurances tel qu'interprété par la jurisprudence, puisque les contrats délivrés sur le marché contiennent de nombreuses clauses restrictives, sous une forme déguisée ou non, qui touchent aux modalités d'exécution de la prestation, non à son objet.

Et, situation pour le moins paradoxale, la fédération française des assureurs (à l'époque FFSA, aujourd'hui FFA) propose à ses membres une clause relative aux travaux dits de technique courante, clause dont la rédaction a évolué dans le temps¹⁶⁶, alors même que cette disposition contractuelle est vue par la jurisprudence, à mon avis à juste titre, comme une exclusion indirecte des travaux de technique non courante, c'est à dire comme une clause qui doit être réputée non écrite en assurance obligatoire¹⁶⁷.

b.1.2 Un contrat d'assurance couvrant les activités d'une entreprise peut stipuler ne pas s'appliquer à l'activité de constructeur de maisons individuelles

Doc 22. « Secteur d'activité garanti et construction d'une maison individuelle », observations sous Civ. 3, 16 novembre 2017, n°16-24.528, RDI 2018, p. 171.

113. Moins de trois ans plus tard, la Cour de cassation a eu l'occasion de trancher une question assez voisine, puisqu'il s'agissait également des rapports entre marché de travaux et contrat de construction d'une maison individuelle au regard de la notion de secteur d'activité assuré. Mais la problématique était, en quelque sorte, inversée.

L'assuré, couvert pour la réalisation de certains corps d'état relevant de marchés de travaux, avait, en l'espèce, conclu un contrat de construction de maison individuelle. Une clause de son contrat d'assurance, que la cour d'appel avait réputée non écrite, « excluait » l'activité de constructeur de maisons individuelles. Il s'agit, là aussi, d'une clause que l'on rencontre très usuellement dans les contrats d'assurance délivrés aux entreprises de réalisation.

La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs propres constatations relatives à l'exercice d'une activité de construction de maisons individuelles sans plans « qui n'était pas couverte par le contrat d'assurance ».

Autrement dit, si un contrat d'assurance qui garantit un constructeur de maisons individuelles au sens du code de la construction et de l'habitation couvre également les différents marchés susceptibles d'être passés pour la réalisation de l'ouvrage, en revanche un contrat délivré à un entrepreneur ou à un artisan pour ses activités tous corps d'état peut mentionner ne pas

¹⁶⁶ Par une circulaire n°78-2014 du 23 décembre 2014, la Fédération Française des Sociétés d'Assurances a adopté à effet du 1^{er} janvier 2015 une nouvelle définition des travaux, procédés et produits relevant de la technique courante.

¹⁶⁷ Civ. 3^e, 9 juillet 2003, n°02-10.270, Bull. Civ. III n°144, RDI 2003. 543 ; Civ. 3^e, 19 juin 2007, n°06-14.980 ; Civ. 10 septembre 2008, n°07-14884, RDI 2008, p. 508, obs. P. Dessuet. Avant le revirement de 1997, Civ. 1^{ère}, 7 juillet 1993, n°91-10.071, RGAT 1994. 172, note J. Bigot - Civ. 3^e, 9 novembre 1995, n°94-12.784, RGDA 1996. 371, note H. Périnet- Marquet.

avoir pour objet de couvrir l'assuré en tant que constructeur de maisons individuelles. Cette mention reste parfaitement valable¹⁶⁸, ce dont il faut déduire qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une clause d'exclusion, laquelle tomberait sous de la prohibition résultant de l'article L 243-8 du code des assurances.

114. Cette solution mérite, à mon sens, approbation dans la mesure où le contrat de construction d'une maison individuelle, même sans fourniture de plan, emporte des obligations qui lui sont propres, et ce en vertu des articles L. 232-1 et L. 232-2 du code de la construction et de l'habitation. L'objet de la prestation à la charge du professionnel se trouve modifié, nécessitant des compétences différentes, ce qui permet de considérer que l'activité exercée n'est plus celle d'un entrepreneur passant des marchés de travaux.

Elle n'en illustre pas moins toute la difficulté attachée à la distinction entre clauses définissant le secteur d'activité assuré (en le limitant) et clauses restrictives altérant la garantie, entre clauses relatives à l'objet de la prestation et clauses relatives à ses modalités d'exécution.

L'évolution récente de la jurisprudence laisse malheureusement à penser que, confrontée à cette difficulté et peut-être lassée par la persistance d'un contentieux récurrent, la Cour de cassation a pris le parti d'une certaine simplification. Mais ceci, à mon sens, en négligeant les inconvénients majeurs d'une trop grande liberté contractuelle laissée aux rédacteurs des contrats d'assurance.

b.2 Une inflexion préoccupante

115. Qu'en est-il aujourd'hui ?

- La question du secteur d'activité reste de pleine actualité et il est même surprenant de voir le nombre d'arrêts rendus récemment par la Cour de cassation sur la délimitation du risque assuré en assurance de responsabilité décennale obligatoire¹⁶⁹. On signalera en particulier un arrêt en date du 22 novembre 2018¹⁷⁰ selon lequel la clause subordonnant l'acquisition de la garantie à la réalisation d'une étude technique préalable est valable. Pour le justifier, la Cour retient, *expressis verbis*, qu'une telle clause ne tombe pas sous la censure de l'article L. 243-8 du code des assurances en ce qu'elle « ne constitue pas une exclusion de garantie ». Cette justification va dans le sens de la consécration d'un régime juridique propre aux clauses d'exclusion, ce dont je ne peux, pour ma part, que me réjouir.
- En revanche et sur le fond, la jurisprudence récente soulève une réelle inquiétude. Elle semble permettre aux assureurs de faire une utilisation excessive de la liberté qui leur

¹⁶⁸ Confirmation de cette dernière affirmation par Civ. 3, 18 octobre 2018, n°17-23.741, RGDA 2018, p. 554, note J.-P. Karila.

¹⁶⁹ Les principaux arrêts récents sur le sujet sont présentés dans le tableau contenu dans le document 23 (commentaire de l'arrêt du 29 janvier 2019).

¹⁷⁰ Civ. 3, 22 novembre 2018, n°17-22.112, RDI 2019, p. 109, obs. P. Dessuet ; RGDA 2019, février 2019, n°116f6, p.28, note J.-P. Karila, précité n°115. Sur le même thème de la définition du secteur d'activité, voir aussi Civ. 3, 22 novembre 2018, n°17-23.334, RGDA 2019, p.24, note L. Karila : « l'activité de couverture-zinguerie n'est pas assimilable à celle d'étanchéité de toiture terrasse ».

est donnée dans la définition des activités assurées, comme le laisse craindre notamment un arrêt du 8 novembre 2018¹⁷¹, à mon sens très contestable, qui admet que la définition du secteur assuré puisse faire référence à un procédé technique particulier. Autrement dit, l'assureur a pu décliner la garantie au seul prétexte de l'utilisation par l'assuré d'un procédé technique différent de celui déclaré, « peu important que les deux procédés eussent trait à l'étanchéité ».

Une clause qui se réfère à un simple procédé technique pour définir l'objet de la garantie ne constitue-t-elle pas plutôt une exclusion indirecte des autres procédés susceptibles d'être utilisés pour exercer la même activité ? N'est-elle pas relative aux modalités d'exécution plutôt qu'à la définition même de l'activité ? A mon sens, c'est une conception contestable de la définition d'un secteur d'activité qui est ici retenue par la Cour de cassation.

Un point culminant de cette orientation jurisprudentielle semble avoir été atteint avec l'arrêt du 29 janvier 2019.

Doc 23 : « Activité déclarée et procédé technique. Le dépeçage des garanties obligatoires », obs. sous Civ. 3, 30 janvier 2019, n°17-31.121, RDI 2019, p.222¹⁷².

116. Paradoxalement, l'arrêt se réfère à la distinction entre clauses délimitant la garantie en fonction de l'activité elle-même d'une part et en fonction de ses modalités d'exécution d'autre part. Mais il n'en tire pas les conséquences que l'on aurait pu attendre, puisqu'il retient, de façon surprenante, que le procédé d'aménagement des combles mentionné dans la clause relative à l'objet du contrat « ne constituait pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée, mais cette activité elle-même »¹⁷³. Il en déduit que « les parties avaient entendu limiter la garantie de l'assureur ».

Cette décision m'est apparue très critiquable et surtout éminemment dangereuse.

Sur un plan théorique, la question n'était évidemment pas de savoir si les parties avaient entendu limiter ainsi la garantie, mais si les dispositions impératives qui régissent l'assurance de responsabilité décennale obligatoire, et en particulier les articles L. 243-8 et A. 243-1, alinéa 4 du code des assurances, leur en donnaient la possibilité. Autrement dit, si la définition de l'activité assurée par référence à un simple procédé technique ne constituait pas une clause altérant la garantie et excluant indirectement l'exercice de la même activité au moyen de tout autre procédé.

¹⁷¹ Civ. 3, 8 novembre 2018, n°17-24.488, RGDA 2018, p. 561, note J.-P. Karila. : une police garantissant l'activité « étanchéité sur supports horizontaux ou inclinés exclusivement par procédé Paralon » ne s'applique pas dès lors que l'assuré a utilisé un autre procédé d'étanchéité.

¹⁷² Sur cet arrêt, A. Caston, F.-X. Ajaccio et R. Porte, Gaz. Pal. 2019, n°19, p. 78 ; I. Bonardi « La garantie du risque responsabilité civile décennale du constructeur à l'épreuve de l'activité déclarée à l'assureur », RDI 2019, p. 196 ; P. Dessuet « La déclaration des activités garanties en police RC décennale et les sanctions applicables », RGDA juin 2019, p. 6.

¹⁷³ Dans sa propre analyse de l'arrêt du 18 octobre 2018 précité au Bulletin d'information n°897 du 1^{er} mars 2019, la Cour réaffirme, de la même façon, que « ce qui compte, c'est l'objet de l'activité. Ainsi un assureur ne peut refuser à un constructeur la garantie résultant d'un contrat d'assurance obligatoire en se fondant sur les modalités d'exécution de l'activité déclarée et non sur son objet ».

De plus, sur un plan pratique, j'ai souhaité attirer l'attention sur les conséquences d'un tel découpage (dépeçage !) au regard de la réalité actuelle du marché :

- les attestations d'assurance délivrées par certains assureurs sont de plus en plus longues, pointilleuses, compliquées, plusieurs pages étant parfois consacrées à la seule description des activités déclarées,
- les très nombreux procédés techniques utilisés dans l'acte de construire constituent un véritable maquis et sont susceptibles de changer de nom au gré des préoccupations techniques, voire commerciales, du fabricant qui les propose.

117. Mon commentaire, qui tente de situer l'arrêt du 29 janvier au regard des autres décisions rendues récemment par la Cour de cassation afin de démontrer qu'il illustre une volonté forte de la part de cette dernière¹⁷⁴, constituait donc un cri d'alarme¹⁷⁵.

La Cour de cassation, qui refusait, avant les arrêts de principe de 1997 précités¹⁷⁶, de reconnaître la validité d'une clause « excluant » l'activité de constructeur de maisons individuelles dans un contrat d'assurance destiné aux artisans et petites entreprises de réalisation¹⁷⁷, solution clairement inéquitable en défaveur de l'assureur, n'est-elle pas tombée dans l'excès inverse ?

Le risque est grand, aujourd'hui, d'une fragilisation des recours contre les assureurs de responsabilité décennale, d'un alourdissement des contentieux, d'une remise en cause de la fluidité du système, voire d'une déstabilisation du mécanisme à double détente pourtant si caractéristique du droit français.

2. L'obligation de contracter et ses conséquences

118. Le caractère impératif des textes, au-delà du contenu contractuel, affecte la liberté même de contracter des deux parties : celle de l'assujetti, bien évidemment, lequel encourt des sanctions en cas de non-respect de l'obligation, mais aussi potentiellement celle de l'assureur dans la mesure où se trouve consacrée l'existence d'une obligation d'assurer.

¹⁷⁴ En particulier : Civ. 3, 18 octobre 2018, n°17-23.741, FS-PBRI, RDI 2018, p.603, obs. D. Noguéro ; RGDA 2018, p. 554, note J.-P. Karila ; Civ. 3, 8 novembre 2018, n° 17-24.488 (également à propos d'un procédé technique), FS-PBI, RGDA 2018, p. 561, note J.-P. Karila ; Gaz. Pal. 11 déc. 2018, p. 66, note P. Dessuet ; Gaz. Pal. 26 février 2019, p. 70., note F.-X. Ajaccio, A. Caston et R. Porte ; Civ. 3, 22 novembre 2018, n°17-22.112, FS-PBI, précité, RDI 2019, p. 109, obs. P. Dessuet ; RGDA 2019, p. 27, note J.-P. Karila ; F.-X. Ajaccio, A. Caston et R. Porte, Gaz. Pal. 26 février 2019, p. 67 ; RCA 2019, p. 71, note H. Groutel ; Civ. 3, 22 novembre 2018, n° n°17-23.334, RGDA 2019, p.24, note L. Karila et Civ. 3, 6 décembre 2018, n°17-25.957, RGDA 2019, p. 27, note P. Dessuet.

¹⁷⁵ Sur les dangers de cette jurisprudence, P. Dessuet, note sous l'arrêt du 8 novembre 2018, « Une remise en cause totale du régime de l'assurance construction obligatoire », Gaz. Pal. 11 déc. 2018, p. 66 ; « De l'immeuble écoresponsable à l'immeuble connecté », RDI 2019, p. 376 et s., spéc. p. 383.

¹⁷⁶ Note 161.

¹⁷⁷ Civ. 3, 17 juin 1992, n°89-19.716, Bull civ. III, n°208, RGAT 1992, p. 569, note H. Périnet-Marquet ; Civ. 1, 15 décembre 1993, p. 568, note J.-P. Karila ; Civ. 1, 9 mai 1994, p.825, note A. d'Hauteville.

On peut donc rattacher à l’empreinte de l’ordre public deux questions, *a priori* assez différentes, que j’ai eu l’occasion d’étudier, la première au début des années 80, la seconde beaucoup plus récemment. En ce qui concerne l’obligation d’assurer, en premier lieu, l’assureur peut-il être contraint de délivrer la garantie correspondant à l’assurance obligatoire en dehors de l’intervention du bureau central de tarification (a) ? En ce qui concerne les sanctions attachées à la violation de l’obligation d’assurance, en second lieu, dans quelle mesure la responsabilité personnelle du dirigeant d’une personne morale assujettie peut-elle être engagée (b) ?

a) Obligation d’assurer à la charge de l’assureur

119. Alors que nous rédigeons notre mémoire sur les assurances obligatoires dans le cadre du DESS dirigé par le Professeur Georges Durry, un arrêt est venu apporter une réponse de principe à une question assez fondamentale à laquelle nous nous trouvions confrontés quant à la liberté dont dispose un assureur dès lors qu’est imposée une obligation d’assurance¹⁷⁸.

Je reviendrai tout d’abord sur la question théorique et générale de l’obligation d’assurer susceptible de peser sur l’assureur, question qui a été assez longuement abordée dans le livre sur les assurances obligatoires, document 18 (a.1), avant de présenter la réponse audacieuse qui avait été apportée par l’arrêt du 17 mai 1982 (a.2).

a.1 La question théorique

120. Est-il souhaitable, voire nécessaire, dès lors qu’est imposée une obligation d’assurance, de contraindre symétriquement l’assureur à délivrer une garantie à tout assujetti qui en fait la demande ?

Assez naturellement, un assujetti à une obligation d’assurance peut trouver illogique de ne disposer d’aucun recours lorsqu’il se voit opposer un ou plusieurs refus¹⁷⁹.

Pourtant, c’est seulement lorsque les enjeux sociétaux le justifient, c’est à dire dans les cas peu nombreux où le législateur ne peut se résoudre à l’hypothèse d’une impossibilité d’exercer l’activité objet de l’obligation d’assurance, que les textes prennent soin d’imposer le principe d’une obligation d’assurer à travers le recours possible à un bureau central de tarification (BCT).

121. Une double question se posait donc à l’époque de la rédaction du mémoire qui devait donner naissance au livre sur les assurances obligatoires (document 18).

¹⁷⁸ Civ. 1, 17 mai 1982, n°81-10335, RGAT 1983, p. 75, note A. Besson ; JCP 1983.II.20009, note A. Besson ; Gaz. Pal. 1982, 2, 591, note J. Roussel, ci-après document 24.

¹⁷⁹ Ainsi A.-T. Lemasson soutient que toute obligation d’assurance à un aspect double ou symétrique, puisqu’elle entraîne une obligation pour l’assureur de délivrer une garantie conforme, « Réflexion générale sur le droit commun de l’assurance obligatoire », RGDA 2011, p.423 et s., spéc. 426.

- Lorsque les textes qui édictent l'assurance obligatoire ne prévoient pas d'intervention d'un BCT, l'assureur dispose-t-il d'une totale liberté de ne pas contracter ?
- Dans les obligations d'assurance assorties d'une obligation d'assurer à la charge de l'assureur, le recours au BCT en constitue-t-il la seule manifestation ou l'obligation d'assurer est-elle susceptible de s'appliquer plus largement ?

Si l'on fait abstraction de l'arrêt précité du 17 mai 1982¹⁸⁰ qui est resté isolé et sera étudié ci-après (document 24), la réponse à cette double question semblait assez claire : sauf recours devant le BCT et nonobstant le caractère obligatoire de l'assurance pour l'assujetti, l'assureur conservait – comme il conserve encore aujourd'hui- toute liberté d'accepter ou de refuser le risque qui lui était présenté.

122. Des justifications à ce constat pouvaient certes être trouvées en analysant les fondements des différentes obligations d'assurance, les raisons qui ont incité les pouvoirs publics à intervenir et à déroger au principe de la liberté contractuelle.

Fréquemment, en effet, dans les assurances de responsabilité civile, qui constituent le gros du bataillon des assurances obligatoires, l'objectif affiché est de protéger les victimes, c'est-à-dire d'offrir une garantie de recours aux tiers qui sont susceptibles de subir un préjudice à l'occasion de l'exercice des activités concernées, qu'il s'agisse d'activités professionnelles ou non.

La logique peut alors consister à laisser à la charge de l'assujetti, susceptible de souscrire un contrat sur un marché de l'assurance supposé concurrentiel, le soin de justifier qu'il présente les conditions et/ou qualités requises pour obtenir la garantie exigée. L'obligation d'assurance joue en quelque sorte un rôle régulateur¹⁸¹, assainissant la pratique des activités concernées.

Néanmoins, sur un plan général, la totale liberté dont disposait l'assureur à cet égard nous semblait mériter questionnement.

123. Par ailleurs, toujours au début des années 80, il existait cinq bureaux centraux de tarification distincts, compétents respectivement pour 4 assurances obligatoires¹⁸² et pour l'extension obligatoire de garantie aux catastrophes naturelles¹⁸³. Les procédures devant les 5 BCT existants divergeaient (voir p. 196-97).

Nous avons donc souhaité une réforme qui conduirait à l'institution d'un bureau central de tarification unique, faisant disparaître les divergences constatées, et avons également plaidé pour lui donner une compétence plus générale, c'est à dire élargie aux principales obligations d'assurance (voir n°156, p. 103).

¹⁸⁰ Arrêt précité, note 178.

¹⁸¹ Le rôle régulateur que l'assurance est susceptible de jouer sur le secteur de la construction, en fonction des régimes juridiques nationaux, a été souligné dans les deux projets pilotes Elios, présentés avec les documents 10 et 11.

¹⁸² Celles concernant l'automobile, les remontées mécaniques, les exploitants agricoles et la construction, ouvrage n° 143 et s.

¹⁸³ A l'époque article 51 de la loi n°82-600 du 13 juillet 1982, avant codification de la disposition avec l'article L. 125-6 du code des assurances.

124. Comme on le sait, depuis lors, les différents bureaux centraux ont effectivement été rassemblés en un seul¹⁸⁴, qui comporte différentes sections.

En revanche, la compétence du BCT n'a guère été élargie, puisqu'elle est restée limitée à 6 domaines d'intervention, à savoir :

- l'assurance des véhicules terrestres à moteur (article L. 212-1 du code des assurances),
- l'assurance habitation (article L. 215-1 et 2),
- l'assurance des engins de remontées mécaniques (article L. 220-5),
- l'assurance des travaux de construction (dommages-ouvrage et assurance de responsabilité décennale ; article L. 243-4),
- l'assurance de responsabilité civile médicale (article L. 252-1) et
- l'extension obligatoire à la garantie des catastrophes naturelles (article 125-6).

a.2 Une réponse audacieuse de la jurisprudence en 1982

Doc 24 : « Liberté de contracter de l'assureur et assurance obligatoire », commentaire de l'arrêt Dupuis, Civ. 1, 17 mai 1982, n°81-10335, Gaz. Pal. 1982, 2, 591¹⁸⁵.

125. Les textes édictant une possibilité pour l'assujetti de saisir un bureau central de tarification (BCT) font parfois mention, c'était le cas à l'époque¹⁸⁶ et ça l'est encore aujourd'hui¹⁸⁷, de l'existence d'une obligation d'assurer à la charge de l'entreprise d'assurance.

Pour autant, ils ne précisent jamais si l'obligation d'assurer se limite au recours possible au BCT ou si, au contraire, elle n'en est qu'une manifestation. Dans quelle mesure l'obligation d'assurance à la charge de l'assujetti a-t-elle pour contrepartie une obligation d'assurer à la charge de l'assureur et ce dernier voit-il sa liberté de ne pas contracter affectée au-delà de la seule obligation que peut lui imposer le bureau central de tarification ?

Par un bel attendu de principe, la Cour avait alors affirmé que : « la liberté de contracter de l'assureur se trouve limitée par l'obligation légale qui lui est faite de conclure ou de maintenir un contrat couvrant le risque obligatoire », en l'occurrence en matière d'assurance d'un véhicule terrestre à moteur. Elle en déduisait que la résiliation effectuée par l'assureur, certes en respectant les conditions formelles exigées par le contrat, mais en réalité au seul motif que l'assuré souhaitait limiter la garantie au risque obligatoire, était abusive et que la cour d'appel avait pu décider de la remise en vigueur du contrat pour la seule responsabilité civile obligatoire.

¹⁸⁴ Décret n°92-1241 du 27 novembre 1992 (JO 28 novembre 1992) et arrêté du 27 novembre 1992 (JO 28 novembre).

¹⁸⁵ Publié également à la RGAT 1983, p. 75, note A.B.

¹⁸⁶ Voir n°151, p.100 de l'ouvrage sur les assurances obligatoires, document 18.

¹⁸⁷ Sont concernées en droit positif l'assurance des véhicules terrestres à moteur (art. L.212-1 du code des assurances), l'assurance habitation (art. L. 215-1 et 2) et l'assurance médicale (art. L. 252-1). Mais lorsque l'expression obligation d'assurer est utilisée, c'est uniquement dans l'intitulé du chapitre et elle est immédiatement suivie d'une référence au bureau central de tarification.

Autrement dit, la Cour de cassation, sans annihiler la faculté de refus de l'assureur, la plaçait sous surveillance.

126. Cette solution -audacieuse- était de nature à modifier considérablement les rapports entre assureurs et assurés dans le cadre des assurances obligatoires, en donnant au juge un large pouvoir de contrôle et d'intervention. Mais elle se fondait davantage sur l'esprit que sur la lettre des textes et présentait surtout le défaut majeur d'ouvrir la voie à de nombreuses incertitudes.

Elle a été assez rapidement abandonnée par la Cour de cassation¹⁸⁸ et il est admis aujourd'hui que, lorsque l'assuré est légalement tenu de souscrire une garantie, l'assureur n'est pas pour autant tenu de plein droit de la lui accorder.

La seule exception tient à la procédure spéciale devant le bureau central de tarification instauré par le code, procédure qui ne concerne, comme cela a été rappelé ci-dessus, que 6 domaines d'intervention.

Encore la décision du BCT n'emporte-t-elle pas, de plein droit, formation du contrat d'assurance, puisqu'elle se traduit seulement par l'obligation pour l'assureur de délivrer la garantie sous peine de sanctions, avec en particulier la menace d'un retrait d'agrément¹⁸⁹.

b) Responsabilité personnelle du dirigeant d'une personne morale assujettie

127. Le caractère impératif et contraignant de la double obligation d'assurance imposée par la loi Spinetta se traduit aussi par un dispositif de contrôle¹⁹⁰ qui a encore été renforcé par la loi du 6 août 2015¹⁹¹, ainsi que par des sanctions pénales particulièrement sévères (article L. 243-3 du code des assurances).

La pratique des contentieux a néanmoins révélé une faille potentielle dans le dispositif, lorsque -hypothèse malheureusement fréquente- l'assujetti est une personne morale qui fait l'objet d'une liquidation judiciaire et que l'on découvre, *a posteriori*, le défaut de souscription de l'assurance obligatoire. La victime peut alors se trouver sans recours contre un débiteur solvable.

Peut-elle, dans ce cas, invoquer la responsabilité personnelle du dirigeant de la société en liquidation ? Autrement dit, le non-respect de l'obligation d'assurance constitue-t-il, pour le mandataire social, une faute séparable ou encore détachable de ses fonctions au sens du droit des sociétés ?

¹⁸⁸ Voir en particulier Civ. 1, 5 juin 1985, RGAT 1985, p. 543 et la note de F. Chapuisat.

¹⁸⁹ J. Kullmann, Lamy assurances 2019, n°91.

¹⁹⁰ Article L. 243-2 du code des assurances.

¹⁹¹ Loi n°2015-990, introduisant notamment un modèle d'attestation, voir art L. 241-1, L. 243-2 et A. 243-2 et s. du code des assurances.

Nous évoquerons la jurisprudence de la troisième chambre civile à travers deux arrêts : le premier, en date du 10 mars 2016, a retenu que la faute du mandataire social était bien séparable de ses fonctions et engageait sa responsabilité personnelle (b.1) ; le second, en date du 19 janvier 2017, m'a donné l'occasion de suggérer une modification de l'attendu de principe justifiant la solution, la référence à une faute intentionnelle semblant malheureuse (b.2).

b.1 Une faute séparable des fonctions

Doc 25. « Non-respect de l'obligation d'assurance décennale et faute du dirigeant séparable de ses fonctions », note sous Civ. 3, 10 mars 2016, n°14-15.326, RDI 2016, p. 415¹⁹².

128. Plusieurs formations de la Cour de cassation ont été conduites à se prononcer sur la qualification de la faute commise par le mandataire social et la réponse apportée par la troisième chambre civile dans un arrêt en date du 4 janvier 2006¹⁹³ divergeait de celles des chambres criminelle¹⁹⁴ et commerciale¹⁹⁵.

Pour ces deux dernières formations, en ne souscrivant pas l'assurance obligatoire, le mandataire social commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions, et engage donc sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice.

Au contraire, le 4 janvier 2006, la troisième chambre civile avait retenu que, « même constitutif du délit prévu et réprimé par les articles L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L. 243-3 du Code des assurances, et caractérisant une abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance, le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité n'était pas séparable des fonctions de dirigeant ».

L'arrêt du 10 mars 2016, émanant de la troisième chambre et constitutif d'un revirement, a permis d'harmoniser la jurisprudence des différentes chambres, puisqu'il retient, en termes voisins de ceux adoptés par les chambres criminelle et commerciale, que le mandataire social « qui n'avait pas souscrit d'assurance décennale, avait commis une faute intentionnelle, constitutive d'une infraction pénale » et que « la cour d'appel en a exactement déduit qu'il avait commis une faute séparable de ses fonctions sociales et engagé sa responsabilité personnelle ».

129. Dans mon commentaire, je me réjouissais naturellement de cette cohérence retrouvée, d'autant plus que la responsabilité personnelle du mandataire me semble parfaitement justifiée. Elle présente le double intérêt de constituer, en amont, une mesure fortement dissuasive et d'offrir, en aval, un recours possible à la victime.

¹⁹² RGDA 2016, p.255, note M. Asselain.

¹⁹³ Civ. 3, n°04-14731, RGDA 2006, p.619, note J. Kullmann ; RDI 2006, p.110, obs. G. Leguay; LPA 2006, n°78, p. 10, note J.-F. Barbieri.

¹⁹⁴ Crim. 7 septembre 2004, n°03-86292, RGDA 2005, p.162, note J.-P. Karila.

¹⁹⁵ Com. 28 septembre 2010, n° 09-66255, RDI 2010, p. 565, obs. D. Noguéro, RTDCiv. 2010, p. 785, P. Jourdain ; Com.9 décembre 2014, n°13-26298, RDI 2015, p.85, obs. P. Dessuet.

En revanche, je regrettais la rédaction de l'attendu de principe retenu par la troisième chambre civile et la référence à la commission d'une « faute intentionnelle », formule susceptible d'entraîner une confusion avec la faute exclusive de garantie au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances. On le sait, en droit des assurances, commettre intentionnellement une faute, ce n'est pas nécessairement commettre une faute intentionnelle¹⁹⁶ !

b.2 Une faute intentionnelle ou une faute commise intentionnellement ?

Doc. 26. « Piscine et assurance décennale » observations sous Civ. 3, 19 janvier 2017, n°15-26770, RDI 2017, p. 157.

130. La même question de la responsabilité personnelle du dirigeant s'est posée moins d'un an plus tard, le 19 janvier 2017, dans une espèce où les désordres affectaient une piscine d'agrément construite dans le jardin d'un particulier. Ce fut l'occasion, pour la Cour de cassation, d'une double affirmation.

- Tout d'abord, la Cour retient « qu'une piscine est un ouvrage, au sens de l'article 1792 du code civil » pour justifier l'application des textes relatifs à l'assurance obligatoire. La rédaction de l'arrêt joue, bien sûr, avec les mots, puisqu'il ne faisait aucun doute, en l'espèce, que la piscine sinistrée était bien un ouvrage et relevait donc de la garantie décennale des constructeurs ; toute la question était de savoir si elle était également soumise aux dispositions relatives aux assurances obligatoires, autrement dit s'il ne s'agissait pas d'un ouvrage exclu au sens de l'article L. 243-1-1 du code des assurances. Ce dernier dispose en effet que « les ouvrages sportifs non couverts » sont exclus des obligations d'assurance, « sauf si l'ouvrage ou l'élément d'équipement est accessoire à un ouvrage soumis ». Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet dans la partie consacrée à la frontière entre assurances obligatoires et facultatives, avec l'arrêt du 4 février 2016 qui a également retenu l'application de l'assurance obligatoire et des clauses-types dans le cas d'une piscine d'agrément (document 38).
- En second lieu, l'arrêt reprend l'attendu de principe de l'arrêt du 10 mars 2016 en estimant que le gérant de la SARL en liquidation, qui n'avait pas souscrit d'assurance décennale, « avait commis *une faute intentionnelle*, constitutive d'une infraction pénale ».

Dans mon commentaire, je me suis permis de confirmer combien la rédaction adoptée par la troisième chambre civile, contrairement à celle des autres formations de la Cour, était

¹⁹⁶ Sur la très délicate question de la définition de la faute intentionnelle au sens de l'article L.113-1, faute que la troisième chambre civile tend le plus souvent à définir par la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu, voir notamment : L. Mayaux : « La notion de faute intentionnelle de l'assuré, quelle évolution ? », Les grandes questions du droit de l'assurance » LGDJ 2011, p119 ;. ; J. Bigot, A. Pelissier et L. Mayaux : « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent, l'avenir », RGDA 2015, p. 75 ; D. Noguéro « De la notion de faute intentionnelle ou dolosive au sens de l'article L.113-1 du code des assurances, RDI 2017, p. 485 ; ainsi que les ouvrages de référence, en particulier J. Kullmann Lamy assurances, 2019, n°192 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, Précis Dalloz, 14^{ème} éd., n°426 et s.

troublante et j'ai suggéré une rédaction différente, évitant la formule « faute intentionnelle » (commentaire p.159, *in fine*). A l'évidence, en l'occurrence, il s'agissait d'une faute commise intentionnellement, et non d'une faute intentionnelle emportant volonté de créer le dommage tel qu'il était survenu, au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances.

131. Fort heureusement, par un arrêt du 14 décembre 2017¹⁹⁷, la troisième chambre civile a confirmé sa position quant à la responsabilité personnelle du mandataire social, mais en modifiant légèrement l'attendu de principe qui justifie le caractère séparable de la faute.

Elle évite de se référer à la notion de faute intentionnelle en retenant que « commet une faute séparable de ses fonctions le gérant d'une société chargée de la construction d'un ouvrage *qui s'abstient intentionnellement* de souscrire l'assurance prévue par l'article L. 241-1 du code des assurances ».

Le professeur Noguéro, dans son commentaire de l'arrêt du 14 décembre 2017, a eu la gentillesse de souligner :

« Suivant la suggestion doctrinale de M. Roussel bienvenue, (une « faute commise intentionnellement » en phase avec la définition de la faute séparable), la troisième chambre civile semble ici abandonner la référence à la faute intentionnelle, qui peut entretenir la confusion avec l'exclusion légale de l'article L.113-1, alinéa 2 du code des assurances. Elle préfère l'adverbe « intentionnellement » pour qualifier la faute commise ».

132. On le voit, qu'il s'agisse de la définition du contenu de la garantie ou de la liberté de contracter, le régime juridique qui s'applique dans le cadre des deux obligations instaurées en assurance construction est fortement marqué par un caractère d'ordre public.

Pour autant, dans la pratique, la quasi-totalité des contrats délivrés en vue de couvrir les risques liés à l'acte de construire combinent garanties obligatoires et garanties facultatives, qu'il s'agisse de la responsabilité professionnelle venant compléter l'assurance des constructeurs soumis à responsabilité décennale ou des extensions de garantie usuelles en dommages-ouvrage, comme celle des dommages immatériels consécutifs et de la garantie de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables¹⁹⁸.

Il en résulte une dualité de régimes qui mérite d'être explorée.

B/ La coexistence des assurances obligatoires et facultatives : une dualité de régimes

¹⁹⁷ Civ. 3, 14 décembre 2017, n°16-24.492, RDI 2018, p.173, obs. D. Noguéro ; Const. et Urb. 2018, p. 19, note M. Pagès de Varenne.

¹⁹⁸ Pour un inventaire des principales garanties facultatives délivrées sur le marché par famille d'acteurs, voir document 1, « Risques et assurances construction », ouvrage écrit en collaboration avec S. Becqué-Ickowicz, éditions de l'Argus, novembre 2016, p. 300 et s.

133. Sur nombre de sujets, le contentieux en matière d'assurance construction illustre la difficulté de l'exercice consistant à tracer une frontière entre assurances obligatoires et assurances facultatives (1). Et ceci alors même que les droits respectifs des parties diffèrent assez sensiblement selon que s'appliquent -ou non- les clauses-types propres aux assurances obligatoires (2).

1. Une frontière difficile à tracer

134. La mise en jeu des assurances obligatoires est, en théorie, tributaire des conditions de déclenchement de la responsabilité décennale et de la qualification de l'ouvrage.

Autrement dit, en présence d'un dommage qui donne lieu à mise en jeu d'un contrat d'assurance, il faut d'abord, dans un premier temps, définir la nature juridique de la responsabilité susceptible d'être encourue par les constructeurs et vérifier que l'ouvrage est soumis à assurances obligatoires au regard des dispositions de l'article L. 243-1-1 du code des assurances, avant de s'interroger, dans un second, sur les garanties qui peuvent être mobilisées et sur le sort des contrats d'assurance.

Pourtant la lecture de la jurisprudence montre à l'envi que le débat judiciaire ne s'inscrit pas toujours dans ce raisonnement théorique. Il est clair que, par une sorte d'effet retour, de logique inversée, les juges ont fréquemment tendance à rechercher d'abord la mise en jeu des dispositions propres aux assurances obligatoires, quitte à forcer les règles juridiques applicables, notamment en interprétant de façon extensive le domaine de la responsabilité décennale ou la définition des ouvrages soumis à obligation¹⁹⁹. Et cela contribue largement aux incertitudes que connaît le droit positif quant aux domaines respectifs des assurances obligatoires et facultatives.

C'est ce que nous allons constater en nous intéressant successivement à trois questions transversales, c'est-à-dire communes à l'ensemble des constructeurs au sens de l'article 1792-1 du code civil (a), puis à des cas particuliers, avec l'intervention d'acteurs ayant un rôle spécifique dans l'acte de construire et dont la qualité de constructeur fait débat (b).

a) Questions transversales

135. Pour que se déclenche la responsabilité décennale des constructeurs, il faut, apprend-on aux étudiants, que trois éléments soient réunis, à savoir qu'un dommage, présentant le

¹⁹⁹ L'exemple le plus topique de cette tendance a été constitué par l'interprétation prétorienne de la notion de bâtiment, qui définissait, dans la rédaction initiale de la loi, le champ d'application des assurances obligatoires. La définition des ouvrages de bâtiment avait été étendue et-disons-le- déformée par la jurisprudence, et ceci de manière patente, afin de soumettre aux clauses-types des garanties délivrées sur une base facultative (notamment avec l'arrêt Jan, Civ. 1, 26 février 1991, n°89-11.563, RDI 1991, p. 361, obs. Ph. Dubois, RGAT 1991, p. 402, note J. Bigot, évoqué précédemment, n°30). Si l'ordonnance du 8 juin 2005 a permis de mettre un terme à cette jurisprudence et de fixer à nouveau le champ d'application des assurances obligatoires, la question se pose de savoir si le même type de difficultés n'est pas susceptible de renaître en présence de clauses contractuelles trop restrictives, comme l'exclusion des conséquences d'une simple impropreté à la destination, qui a déjà conduit la Cour de cassation à qualifier une piscine d'agrément d'ouvrage soumis à assurances obligatoires (Civ 3, 4 février 2016, n°14-29.790, document 38).

caractère de gravité requis et apparaissant postérieurement à la réception des travaux, affecte la construction d'un ouvrage. Assertion simple, mais sans doute réductrice, puisque chacun de ses trois membres de phrase laisse place à discussion !

En ce qui concerne la gravité du dommage tout d'abord, comment interpréter la notion d'impropriété à la destination appliquée au domaine de la performance énergétique ? Alors que la jurisprudence apportait les premiers éléments de réponse à cette question, le législateur est intervenu pour encadrer -c'est-à-dire limiter- le risque de mise en jeu de la responsabilité décennale (a.1).

Quant à la date d'apparition du dommage, la réception, notion clé du droit de la construction, fait l'objet de nombreux contentieux dont la plupart ont, en réalité, pour véritable enjeu de faire jouer la garantie d'un contrat d'assurance (a.2).

Enfin -et c'est sans doute à l'heure actuelle la principale source d'incertitude quant aux frontières entre assurances obligatoires et facultatives- la Cour de cassation a récemment décidé, en cas d'installation d'un élément d'équipement sur existant, de prendre une grande liberté avec la conception traditionnelle selon laquelle la responsabilité décennale s'attache nécessairement à la construction d'un ouvrage (a.3).

a.1 Impropriété à la destination et performance énergétique

Doc 27. « Défauts d'isolation thermique et impropriété à la destination. Un signal d'alarme ? », obs. sous Civ. 3, 8 octobre 2013, n°12-25.570, RDI 2014, p. 115.

136. L'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 8 octobre 2013 censure un arrêt de la cour d'appel de Chambéry pour ne pas avoir recherché si « les défauts d'isolation thermique qu'elle avait constatés et dont elle estimait qu'ils étaient seulement susceptibles d'entraîner une augmentation de la consommation et un certain inconfort (...) ne rendaient pas la maison impropre à sa destination » et, par conséquent, relevaient de la responsabilité décennale des constructeurs.

À l'époque, un projet de réforme était en cours de discussion en vue « d'encadrer le risque de mise en jeu de la responsabilité décennale en matière de performance énergétique »²⁰⁰.

Depuis plusieurs années et en particulier avec l'entrée en vigueur de la RT 2012²⁰¹ - il est des phénomènes de modes en assurance construction comme ailleurs- la question de l'impact du développement durable sur les responsabilités et les assurances des constructeurs donnait lieu à de multiples conférences et à de riches débats doctrinaux²⁰².

²⁰⁰ Projet discuté au sein du « Plan Bâtiment durable » et qui donnera lieu à l'adoption d'une disposition au sein de la loi de transition énergétique du 17 août 2015, avec l'introduction d'un article L. 111-13-1 dans le code de la construction et de l'habitation, voir ci-après n°138.

²⁰¹ La réglementation thermique 2012, rendue applicable aux bâtiments dont le permis de construire a été déposé postérieurement au 1er janvier 2013, sera prochainement remplacée par la RT 2020 qui exige que les bâtiments neufs soient à énergie positive, c'est-à-dire qu'ils produisent plus d'énergie qu'ils n'en consomment.

²⁰² H. Périnet-Marquet « La *grenellisation* du droit de la construction », Droit et Patrimoine, n°193, juin 2010 ; « La performance énergétique attend son régime de responsabilité » Le Moniteur, 22 juin 2012, p.52 ; S. Becqué-Ickowicz « L'impact du Grenelle sur les contrats de construction et la responsabilité des constructeurs », RDI 2011, p.25 ; P. Dessuet « L'impact du Grenelle sur l'assurance construction », RDI 2011, p. 34 ; « Faut-il

C'est dire que l'arrêt du 8 octobre 2013 a pu être analysé comme révélateur des dangers qu'emportait l'état du droit positif, donc de la nécessité de le réformer²⁰³.

Avec précaution, le sujet étant sensible, pour ne pas dire franchement polémique²⁰⁴, j'ai essayé de relativiser l'urgence de la réforme et de plaider pour qu'elle soit envisagée avec beaucoup de prudence, voire de circonspection²⁰⁵.

137. C'est dans cet esprit que mon commentaire de l'arrêt du 8 octobre 2013 tentait de formuler plusieurs remarques :

- La solution adoptée en l'espèce n'avait rien de réellement surprenant, s'agissant de désordres matériels importants affectant l'isolation thermique, clairement imputables à des défauts de construction et se traduisant notamment par des entrées d'air à l'intérieur d'une habitation.
- La jurisprudence de la Cour de cassation ne justifiait pas la crainte de voir les assurances obligatoires mobilisées, ni pour des dommages imputables au seul maître d'ouvrage, ni au-delà du coût de la réparation matérielle. A ce dernier égard, j'ai essayé de préciser mon propos en visant la matérialité de la réparation, à défaut d'une matérialité du dommage.
- Les conséquences d'un encadrement, c'est-à-dire d'une réduction du champ d'application, de la responsabilité décennale et des assurances obligatoires, seraient inévitablement fort différentes pour les maîtres d'ouvrage d'une part, les constructeurs d'autre part et les assureurs enfin. Il était donc important de soupeser les intérêts respectifs en jeu, ces derniers étant divergents.

138. On le sait, depuis lors, la réforme est passée, puisque la loi dite de transition énergétique n°2015-992 du 17 août 2015 (article 31) a introduit dans le code de la construction et de l'habitation un art L. 111-13-1 selon lequel :

« En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article L. 111-13, ne peut être retenue qu'en cas de dommages résultant d'un défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage, de l'un de ses éléments constitutifs ou de l'un de ses éléments d'équipement conduisant, toute condition d'usage et

réformer le régime de responsabilité des constructeurs pour l'adapter à la nouvelle réglementation thermique applicable aux bâtiments ? » RGDA 2013, p. 259 ; G. Durand-Pasquier « L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs », RDI 2013, p. 184 ; A. Caston « La responsabilité des constructeurs à l'aune de la performance énergétique » Le Moniteur, 8 février 2013.

²⁰³ H. Périnet-Marquet « La performance énergétique au cœur de l'actualité », novembre-décembre 2013 ; P. Dessuet « La non-performance énergétique peut engager la décennale », Le Moniteur, 13 décembre 2013.

²⁰⁴ Les représentants des entreprises d'assurance et la FFSA ont adopté des positions très fermes en faveur d'une réforme de la notion d'impropriété à la destination, voire de sa suppression, dans le domaine de la performance énergétique.

²⁰⁵ Sauf erreur, seul M^o Caston (article précité) a également défendu que, sur le principe, la réforme n'était peut-être pas nécessaire et, en tout cas, en l'état, prématurée. Comme on l'oublie me semble-t-il trop souvent aujourd'hui, « il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante » (Montesquieu) !

d'entretien prise en compte et jugée appropriée, à une surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant ».

Ce texte a fait l'objet de nombreux commentaires²⁰⁶ dont aucun, sauf erreur de ma part, n'a été totalement positif ou approbateur.

139. Qu'on me permette, dans le cadre de cette thèse et avec un recul de quelques années, d'exprimer une opinion tranchée, voire peut-être quelque peu excessive... Cette disposition est une monstruosité, non seulement parce qu'elle est mal rédigée et ne manquera pas de prêter à discussion dans son interprétation, mais encore et surtout parce qu'elle n'est fondamentalement pas justifiée.

J'avais souhaité, à la fin de mon commentaire, que la notion d'impropriété à la destination, si caractéristique du droit français et dont nous pouvons être fiers, puisqu'elle est définie par les attentes du maître d'ouvrage et la finalité de l'acte de construire, soit préservée.

L'article L. 111-13-1, reproduit ci-dessus, est une cicatrice qui la défigure. Si l'on veut désormais définir la notion d'impropriété à la destination en droit français, il faut réserver, au sein d'une conception jurisprudentielle certes extensive mais cohérente, une exception légale, un domaine particulier dans lequel les attentes du maître d'ouvrage, pourtant parfaitement conformes aux engagements affichés, ne seront prises en compte que sous des conditions et avec des réserves particulièrement réductrices.

Quant aux constructeurs, en l'absence de garanties adaptées qui auraient pu être proposées par les assureurs sur une base facultative, ils se voient exposés au risque d'être mis en cause sur le fondement de la responsabilité de droit commun, le plus souvent sans être assurés à ce titre.

En définitive, l'article L. 111-13-1 du code de la construction et de l'habitation, curieusement introduit par une loi de 2015 dont l'objet était paradoxalement de favoriser la transition énergétique, quelque peu tombé dans l'oubli depuis, apparaît avec un recul de quelques années pour ce qu'il est : le fruit d'une action de lobbying des assureurs qui n'ont pas souhaité accompagner, au titre des assurances obligatoires, l'évolution de la construction vers une meilleure efficacité énergétique et un plus grand respect de l'environnement.

a.2 La réception des travaux

²⁰⁶ A. Caston et F.-X. Ajaccio « Le mariage forcé de la responsabilité décennale et de la performance énergétique », *Le Moniteur* 2 octobre 2015, n°5836 ; P. Dessuet « La RC décennale et la dommages-ouvrage tournent le dos à la performance énergétique », *LeMoniteur.fr*, 24 février 2015 ; « Après le vote de la loi transition énergétique, quel est le régime applicable en matière de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la performance énergétique ? », *RGDA* 2015, p. 436 (partie 1) et 508 (partie 2) ; G. Durant-Pasquier « Des conditions restrictives de la garantie décennale en cas de défaut de performance énergétique », *RDI* 2016, p. 120 ; P. Malinvaud « Les normes citoyennes et le droit de la responsabilité. À propos de la RT 2012 », *RDI* 2015, p. 508 ; J. Sénéchal « Impact de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique sur le droit de la construction », *RDI* 2015, p. 456 ; sur l'ensemble de la question, voir le remarquable mémoire d'un élève-avocat au barreau de Paris, N. Bonnardel « Responsabilité du fait du défaut de performance énergétique et/ou de non-conformité à la réglementation thermique », *Prix Karila 2015 du meilleur jeune juriste en droit de la construction et de l'assurance*.

140. À l'initiative du Professeur Olivier Gout, directeur de l'Institut de droit patrimonial et immobilier (IDPI), une conférence a été organisée à Lyon le 11 mai 2017 sur les effets de la réception en droit de la construction. Je suis intervenu sur le thème « réception et assurance construction » et l'article publié chez NexisLexis a été rédigé à partir du texte de cette intervention.

Ce fut l'occasion de faire un point aussi complet que possible sur les rapports, finalement complexes, qu'entretiennent réception des travaux d'une part et garanties délivrées au titre des risques liés à l'acte de construire d'autre part.

141. Complexes, d'abord, parce que nombre de solutions jurisprudentielles relatives aux conditions mêmes de la réception ou à ses effets ont été à l'évidence guidées par la volonté du juge de mobiliser une garantie, en particulier la responsabilité décennale des constructeurs et l'assurance obligatoire qui l'accompagne. Ainsi, sans doute, de la consécration de la réception tacite alors que le texte de l'article 1792-6 du code civil ne la mentionne pas²⁰⁷, de l'affirmation que les désordres réservés mais qui ne se sont révélés « dans leur ampleur et dans leurs conséquences » que postérieurement à la réception peuvent être regardés comme cachés²⁰⁸ ou encore de l'acceptation de la réception par lots²⁰⁹. Autant d'exemples, me semble-t-il, de solutions jurisprudentielles inspirées de la logique inversée évoquée précédemment.

Mais complexes, aussi, parce que la réception est loin d'avoir un effet univoque sur les possibilités de mise en jeu des différentes assurances délivrées à l'occasion de l'acte de construire. La réalité est beaucoup plus diverse et nuancée : si certaines assurances sont en quelque sorte conditionnées au prononcé de la réception, soit parce qu'elles ne s'appliquent que postérieurement (cas de la garantie de responsabilité décennale), soit au contraire parce qu'elles prennent fin au plus tard à cette date (cas de la police TRC, tous risques chantier, à l'exception des garanties dites de maintenance), d'autres sont susceptibles d'intervenir avant comme après réception (cas de la responsabilité professionnelle de l'architecte).

Le tableau qui conclut l'article tente de donner une vision synthétique de cette diversité, en prenant également en compte la distinction juridique entre assurance de chose et assurance de responsabilité, ainsi que le caractère légalement obligatoire ou non des dites assurances.

a.3 L'installation d'un élément d'équipement

142. Les difficultés relatives à la définition du champ d'application des assurances obligatoires, donc, *a contrario*, à celui des assurances facultatives, se sont longtemps focalisées autour de

²⁰⁷ Civ. 3, 23 avril 1986, n°84-13.997, RGAT 196, p.390, obs. J. Bigot ; RDI 1987, p. 59, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

²⁰⁸ Civ. 3, 12 octobre 1994, n°92-16.533, RGAT 1994, p. 1188, note H. Périnet-Marquet ; RDI 1995, p. 107, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

²⁰⁹ Civ. 3, 2 février 2017, n°14-19.279, RDI 2017, p.224, obs. C. Charbonneau ; RGDA 2017, p. 129, note P. Dessuet.

la notion de travaux de bâtiment²¹⁰ et il a fallu attendre l'ordonnance du 8 juin 2005 pour que soit mis un terme à cette première longue période d'incertitude²¹¹.

Alors que le droit et la pratique s'étaient pour l'essentiel clarifiés et stabilisés depuis lors, il semble qu'une seconde phase de doute sur les travaux relevant de l'obligation d'assurance se soit ouverte en 2017, avec le revirement opéré par la Cour de cassation en cas d'installation d'un élément d'équipement dissociable sur un ouvrage existant.

143. Avant d'évoquer plus précisément cette nouvelle jurisprudence, lourde de conséquences, nous reviendrons sur un autre revirement de jurisprudence opéré quelques années plus tôt, entre 2011 et 2013, au titre des mêmes éléments d'équipement dissociables, cette fois quant à leur assujettissement à la garantie de bon fonctionnement.

Deux revirements de jurisprudence en l'espace de quelques années, l'élément d'équipement dissociable est vraiment « dans tous ses états » !

Inerte, il n'est pas soumis à garantie biennale de bon fonctionnement (a.3.1). Installé sur existant, il peut générer la garantie décennale des constructeurs en cas d'impropriété à destination de l'ouvrage dans son ensemble (a.3.2).

Après l'insaisissable notion de bâtiment, voici l'insaisissable régime juridique de l'élément d'équipement dissociable.

a.3.1 L'insaisissable régime juridique de l'élément d'équipement dissociable : la vocation à fonctionner

Doc 29. « Éléments dissociables non destinés à fonctionner et assurance construction », RDI 2014, p.503.

144. Par trois arrêts des 30 novembre 2011²¹², 13 février²¹³ et 11 septembre 2013²¹⁴, la Cour de cassation a affirmé un nouveau principe : les désordres qui affectent un élément d'équipement dissociable n'ayant pas vocation à fonctionner, s'ils ne compromettent pas la solidité de l'ouvrage et ne le rendent pas impropre à sa destination, relèvent de la seule garantie contractuelle de droit commun.

Autrement dit, *exit* la garantie de bon fonctionnement de l'article 1792-3 lorsque l'élément d'équipement dissociable affecté d'un dommage n'a pas vocation à fonctionner. Relèvent de cette nouvelle catégorie d'éléments : les moquettes et tissus tendus (arrêt du 30 novembre

²¹⁰ Rédaction initiale de la loi du 4 janvier 1978 qui a donné lieu à la jurisprudence sur les techniques de travaux de bâtiment précitée. Rappelons qu'ont fait également débat l'étendue des garanties obligatoires au regard des ouvrages existants, ainsi que des équipements à vocation professionnelle.

²¹¹ Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, article L. 243-1-1 du code des assurances.

²¹² Civ. 3, 30 novembre 2011, n°09-70.345, RDI 2012, p. 106, obs. P. Malinvaud ; *ibid.*, p.107, obs. P. Dessuet

²¹³ Civ. 3, 13 février 2013, n° 12-12016, RDI 2013, p. 220, obs. P. Malinvaud

²¹⁴ Civ. 3, 11 septembre 2013, n° 12-19.483, RDI 2013, p. 536, obs. P. Malinvaud ; C. Charbonneau, *Const. Urb.* n°11, novembre 2013, étude 11 ; L. Karila « Responsabilité des constructeurs : la jurisprudence a-t-elle créé un nouveau type d'éléments dissociables ? » *Le Moniteur* 25 octobre 2013.

2011), les dallages (arrêt du 13 février 2013) et les carrelages (arrêt du 11 septembre 2013). Soit le dommage les affectant est suffisamment grave pour que la responsabilité décennale des constructeurs puisse être mise en œuvre, soit tel n'est pas le cas et le maître d'ouvrage pourra agir sur le fondement du droit commun contractuel²¹⁵.

145. De nombreux commentaires ont été consacrés à ces trois arrêts, des opinions assez divergentes exprimées. Il m'a semblé qu'il pouvait être utile de tenter une synthèse avec l'espoir de clarifier le nouvel état du droit positif et toujours cette même préoccupation : quelles conséquences concrètes tirer de cette évolution du droit positif, comment la pratique du marché de l'assurance construction peut-elle et doit-elle s'adapter à cette consécration d'une nouvelle catégorie d'éléments dissociables « inertes » ?

C'est dans cet esprit que l'article contient un graphique représentant les différentes parties d'ouvrage distinguées par la loi et par la jurisprudence, ainsi qu'un tableau résumant les responsabilités susceptibles d'être invoquées dans chaque cas.

Sur le fond, il m'a semblé que :

- les éléments non destinés à fonctionnement restaient bien des éléments d'équipement dissociables et non une nouvelle catégorie d'éléments qui échapperaient à la qualification d'éléments d'équipement²¹⁶,
- rien ne permettait de faire une assimilation entre la nouvelle catégorie des éléments d'équipement inertes et les travaux de ravalement et de peinture à vocation exclusivement esthétique dont la jurisprudence avait décidé, depuis longtemps, qu'ils ne relevaient pas des garanties spécifiques des constructeurs²¹⁷, précisément parce que les éléments inertes restent soumis à la responsabilité décennale en cas de gravité suffisante du dommage²¹⁸,
- la nouvelle catégorie oblige à distinguer « fonction » et « fonctionnement », car tous les éléments ont évidemment une fonction, alors que tous n'ont pas vocation à fonctionner,
- et il serait souhaitable que le marché propose des garanties facultatives plus larges et plus systématiques au titre de ces dommages intermédiaires auxquels la Cour de cassation fait jouer un rôle si important dans la protection dont dispose le maître d'ouvrage.

²¹⁵ Au titre des dommages dits intermédiaires, le maître d'ouvrage doit certes prouver l'existence d'une faute, mais il dispose d'un délai de 10 ans pour agir. Il ne fait guère de doute que c'est dans cette perspective que la Cour de cassation a, pour les éléments n'ayant pas vocation à fonctionner, écarté la garantie de bon fonctionnement et consacré par là-même la possibilité de faire jouer la « garantie » des dommages intermédiaires.

²¹⁶ Contra : C. Charbonneau, Const. Urb. n°11, novembre 2013, étude 11 ; RDI 2017, p.410.

²¹⁷ Civ. 3, 27 avril 2000, n° 98-15970, RDI 2000. 346, note P. Malinvaud ; RDI 2000.364, note G. Leguay, Defrénois 2000, p. 1249, note H. Périnet-Marquet ; Civ. 3, 16 mai 2001, n°99-15062, RDI 2001. 391, note D. Tomasin ; G. Leguay « la garantie de bon fonctionnement, une garantie qui ne fonctionne pas » RDI 2001.350.

²¹⁸ Depuis lors, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer que des travaux de modeste importance, sans incorporation de matériaux nouveaux à l'ouvrage, qui correspondaient à une réparation limitée dans l'attente de l'inéluctable réfection complète de la toiture ne pouvaient donner lieu à responsabilité décennale en vertu de l'article 1792 du code civil, Civ. 3, 28 février 2018, n° 17-13.478, RDI 2018, p. 466, obs. M. Poumarède.

146. Avec l'adoption de cette nouvelle lecture de l'article 1792-3 du code civil par la Cour de cassation, plus de 30 ans après son entrée en vigueur, le droit positif était-il stabilisé, l'interprétation des principes généraux de la responsabilité des constructeurs découlant de la loi Spinetta fixée ? Absolument pas !

Alors que les interrogations provoquées par ce premier revirement n'étaient pas encore levées, alors oserai-je dire que la cendre était encore chaude, la Cour de cassation a cru devoir bouleverser à nouveau le droit positif en matière d'éléments d'équipement dissociables, mais cette fois avec un impact beaucoup plus direct sur les obligations d'assurance instaurées par la loi Spinetta et au nom d'une logique formelle malheureusement totalement détachée des contraintes de la pratique.

a.3.2 L'insaisissable régime juridique de l'élément d'équipement dissociable (suite) :
l'installation sur existants

Doc 30. « Éléments d'équipement dissociables installés sur existants et assurance construction », obs. sous Civ. 3, 15 juin 2017, n°16-19640, RDI 2017, p. 413²¹⁹.

147. L'arrêt du 15 juin 2017, rendu à propos de la fourniture et de la pose d'une pompe à chaleur destinée à une maison individuelle, est généralement cité comme celui qui a consacré le nouveau principe jurisprudentiel selon lequel « les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination », même si quelques décisions antérieures, plus discrètes, s'étaient déjà prononcées dans le même sens²²⁰.

En tout état de cause, il s'agit là, à n'en pas douter, d'un revirement d'une portée considérable. Jusqu'alors, la simple installation d'un élément d'équipement dissociable sur existant ne relevait que de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs.

Comme le souligne le Professeur Malinvaud, les conséquences de ce nouveau principe jurisprudentiel « sont extrêmement lourdes » et « risquent de susciter de très nombreuses mauvaises surprises »²²¹.

De son côté, H. Périnet-Marquet s'est demandé si cet arrêt ne marquait pas le début d'une nouvelle phase dans l'interprétation la loi Spinetta par la Cour de cassation, après une première vingtaine d'années marquées par l'euphorie de la nouveauté et sans doute quelques dérives, voire un certain laxisme, et une deuxième phase, sensiblement de 1997 à 2017, montrant au contraire « un encadrement plus strict des conditions d'application de la loi ». Une troisième phase s'ouvrirait-elle ? « Les arrêts de juin, septembre et octobre 2017 qui

²¹⁹ Sur cet arrêt, C. Charbonneau, RDI 2017, p. 409, « L'avènement des quasi-ouvrages » ; J.-P. Karila, JCP 2017, p.1018 « L'avènement *contra legem* d'un nouveau débiteur de la garantie décennale ! » ; P. Dessuet, RGDA 2017, p. 426. Sur le revirement « Retour sur les éléments d'équipement installés sur l'existant », H. Périnet-Marquet, Const. et Urb. Mai 2018, repère 5.

²²⁰ Civ. 3, 7 avril 2016, n°15-15.441, inédit, relatif à l'installation d'une pompe à chaleur et d'un ballon d'eau chaude ; Civ. 3, 20 avril 2017, n°16-13.603, inédit, dans le cas de l'installation d'une cheminée avec un insert.

²²¹ RDI 2017, p. 484, obs. sous Civ. 3, 29 juin 2017, n°16-16637, qui confirme l'application de la solution nouvelle dans le cas d'éléments d'équipement dissociables inertes.

qualifient d'ouvrage un élément d'équipement sur existant et obligent l'assurance construction à le couvrir remettent en cause bien des idées acquises »²²².

Quant à M. Poumarède, il estime que cette jurisprudence conduit à la création d'« une sorte de garantie décennale rechargeable accompagnant l'ouvrage au gré de ses mutations »²²³.

Contrairement au revirement de 2011/2013 dont il a été question précédemment, lequel n'a pas concerné directement les assurances obligatoires, puisqu'il a simplement conduit à un élargissement du domaine de la responsabilité contractuelle de droit commun au détriment de celui de la garantie de bon fonctionnement, une garantie facultative se substituant à une autre, la jurisprudence de 2017 soulève de nouvelles incertitudes sur le champ d'application des obligations d'assurances imposées par la loi Spinetta.

148. Ce sont précisément ces incertitudes et leurs conséquences pratiques pour les différents intervenants à l'acte de construire que mon commentaire a tenté d'analyser, en évoquant successivement les assurances obligatoires de responsabilité décennale et dommages-ouvrage.

Nombre de travaux sans rapport avec la construction d'un ouvrage, par exemple la simple installation d'un carrelage, d'un faux-plafond ou d'un revêtement de sol, sont désormais susceptibles de relever des assurances obligatoires, avec des conséquences difficiles à gérer en pratique, que ce soit pour les maîtres d'ouvrage concernés ou pour les professionnels en charge de les réaliser²²⁴.

Facteur aggravant, compte tenu de la gestion en capitalisation des assurances obligatoires, la nouvelle jurisprudence conduit à découvrir, en aval, que certaines situations qui n'étaient pas jusqu'alors considérées comme soumises à assurances obligatoires, ont été, en quelque sorte, requalifiées en amont par la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation.

149. Quant à l'interprétation de l'arrêt et à l'appréciation de sa portée, il me semble, en relisant ce commentaire avec un peu de recul, que deux remarques, en sens opposés, peuvent être formulées :

- Compte tenu de la généralité de l'attendu de principe adopté, j'avais soutenu que rien ne permettait d'exclure de la nouvelle jurisprudence les éléments dissociables inertes, qui restent des éléments d'équipement. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation quelques semaines plus tard²²⁵.

²²² Dossier « Les 40 ans de la loi Spinetta sur la responsabilité et l'assurance construction », Actes pratiques et ingénierie immobilière LexisNexis 2018, p. 32 et s. Ce dossier reprend les différentes interventions du très intéressant colloque organisé par l'Université de Montpellier le 26 mars 2018. Il contient donc également le document 42, présenté aux n°186 et s. « Questions autour de l'assurance construction : un droit autonome ? ».

²²³ « La garantie décennale, une garantie d'usage ? », obs. sous Civ. 3, 7 mars 2019, n°18-11.741, RDI 2019, p. 287.

²²⁴ Comme l'a noté le Professeur Malinvaud, cette jurisprudence s'applique à « des intervenants qui en ignorent jusqu'à l'existence, notamment de petits artisans qui procèdent à l'installation de certains matériels sans savoir qu'ils sont soumis à l'obligation d'assurance responsabilité décennale », RDI 2017, p. 484.

²²⁵ Civ. 3, 29 juin 2017, n°16-16637, RDI 2017, p. 483, obs. P. Malinvaud.

- En revanche, j'étais convaincu que l'article L. 243-1-1 II du code des assurances, introduit par l'ordonnance du 8 juin 2005 pour préciser le champ d'application des obligations d'assurance au titre des « ouvrages existants », aurait vocation à s'appliquer dans le cas de l'installation d'un élément d'équipement sur existant. Tout au contraire, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du mois d'octobre de la même année, rendu à l'occasion de l'incendie d'une maison provoqué par l'installation défectueuse d'une cheminée, que « les dispositions de l'article L. 243-1-1 II du code des assurances ne sont pas applicables à un élément d'équipement installé sur existant »²²⁶.

La mise en jeu de la responsabilité décennale des constructeurs, et par voie de conséquence des assurances obligatoires, en cas d'impropriété de l'ouvrage à sa destination causée par l'installation d'un élément d'équipement dissociable sur existant, a été confirmé à plusieurs reprises depuis lors²²⁷.

Doc 31. « Les existants, la Cour de cassation et le législateur », Tribune RDI 2018, p. 573.

150. Le sujet a paru d'une telle importance à certains représentants du monde de l'assurance qu'ils ont tenté, à travers une action de lobbying, de faire adopter une disposition législative, sous la forme d'un amendement, à l'occasion des travaux parlementaires la loi Elan²²⁸. Son objet était de contredire la nouvelle jurisprudence par une formulation différente de l'article L. 243-1-1 II précité.

Mal rédigée, introduite sans aucune forme de concertation, cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne présentait aucun lien, même indirect, avec le projet de loi initial²²⁹.

La courte tribune publiée à la RDI avait pour objet de faire un point sur ce dialogue de sourds et sur l'état du droit en résultant.

151. Aujourd'hui, dans de nombreuses situations factuelles, il est quasiment impossible de donner un conseil pertinent à celui qui s'interroge sur la nécessité de souscrire une assurance obligatoire, qu'il s'agisse d'une dommages-ouvrage ou d'une assurance de responsabilité décennale, et ceci alors que le non-respect des obligations légales est assorti de lourdes sanctions pénales !

C'est pourquoi je crains qu'une nouvelle période de séparation entre droit jurisprudentiel et pratique professionnelle ne soit malheureusement en train de s'ouvrir, comme ce fut le cas au début des années 1990, avec la jurisprudence sur les techniques de travaux de bâtiment,

²²⁶ Civ. 3, 26 octobre 2017, n°16-18120, RDI 2018, p. 41, obs. C. Charbonneau, RGDA 2017, p. 562, note P. Dessuet, : la mise à l'écart des dispositions de l'article L. 243-1-1 II n'est pas davantage justifiée par l'arrêt.

²²⁷ Notamment, Civ. 3, 29 juin 2017, n°16-16.637, RDI 2017, p. 483, obs. P. Malinvaud (pose d'un revêtement de sol) ; Civ. 3, 25 janvier 2018, n°16-10.050, RDI 2018, p. 230, obs. P. Malinvaud (installation d'une pompe à chaleur) ; et en dernier lieu, Civ. 3, 7 mars 2019, n°18-11.741, Defrénois 18 mars 2019, obs. H. Périnet-Marquet, RDI 2019, p. 286, obs. M. Poumarède, (à nouveau à propos d'un incendie provoqué par un insert de cheminée).

²²⁸ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

²²⁹ Décision n°2018-772 DC du 15 novembre 2018.

période de séparation qui n'a pris fin qu'avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005²³⁰.

b) De quelques cas particuliers

152. À côté des questions transversales qui viennent d'être évoquées, et dont la principale est évidemment constituée par l'installation d'un élément d'équipement dissociable sur existant, il arrive que la frontière entre assurances obligatoire et facultative fasse débat spécifiquement pour certains acteurs jouant un rôle particulier dans l'opération de construction.

Impliqués de manière plus ou moins lointaine dans l'acte de construire, peuvent-ils être assimilés à des constructeurs, voir leur responsabilité décennale engagée sur le fondement des articles 1792 et s. du code civil et, par voie de conséquence, sont-ils assujettis à l'obligation d'assurance imposée par l'article L. 241-1 du code des assurances ? Peuvent-ils, au contraire, se contenter de souscrire, sur une base facultative, une assurance responsabilité civile professionnelle classique ?

Ces questions se posèrent notamment, il y a plus de 20 ans, pour le coordonnateur sécurité et protection de la santé (SPS), au sujet duquel des opinions doctrinales contradictoires ont été exprimées²³¹ et un avis du Conseil d'État rendu²³².

Nous aborderons ici deux situations qui illustrent ce type de problématique, avec, en premier lieu, le cas du géotechnicien, dont la mission relève parfois, mais pas nécessairement, d'une activité de constructeur, puisque sa compétence se situe à l'interface de l'analyse du sol et de la conception de l'ouvrage (b.1).

Nous évoquerons, en second lieu, les interrogations soulevées par l'utilisation -de plus en plus systématique- d'un nouvel outil, le BIM, et par l'intervention d'un spécialiste en la matière, le BIM manager (b.2).

b.1 Le géotechnicien est-il un constructeur ?

Doc 32. Géotechnicien et qualité de constructeur, note sous CAA Lyon, 7 octobre 2010, n°07LYO1210, RGDA 2011, p. 786²³³.

²³⁰ Sur ce scénario à trois acteurs, voir n°30.

²³¹ À la suite de la transposition en droit français de la directive n°92/57/CEE du 24 juin 1992. Voir G. Leguay, RDI 1998, p. 116 ; P. Malinvaud, « La responsabilité du coordonnateur en cas de dommages à l'ouvrage », RDI 1997, p. 47.

²³² Conseil d'État avis, section travaux publics, 16 juin 1998, Moniteur TP, 18 septembre 1998, STO, p. 331.

²³³ Sur cet arrêt : RDI 2011, 233, obs. J. Mel ; RDI 2011, 314, obs. G. Leguay.

153. Les géotechniciens ou bureaux d'études de sol, regroupés au sein de l'Union syndicale géotechnique (USG)²³⁴, constituent une profession peu nombreuse (quelques dizaines de structures), fortement spécialisée²³⁵ et exposée à une sinistralité importante²³⁶.

Cela s'explique assez aisément et on soulignera en particulier que :

- Les désordres liés à la stabilité de l'ouvrage et à ses fondations ont toujours compté parmi les plus lourds en matière de responsabilité des constructeurs, comme en témoigne encore aujourd'hui la rédaction de l'article 1792 du code civil qui mentionne expressément les désordres dus à un possible « vice du sol »
- Le géotechnicien, contrairement aux autres concepteurs, est confronté à un milieu naturel, par définition hétérogène, que l'on ne peut appréhender que par sondages. Les investigations et analyses du sous-sol, même poussées, laisse donc toujours place à ce qu'il est convenu de nommer un aléa géotechnique.

Longtemps en butte à de réelles difficultés pour assurer leurs responsabilités professionnelles, les géotechniciens ont souhaité mettre en place une norme permettant de définir les limites précises des missions qu'ils sont susceptibles de proposer à leurs clients, afin d'éviter toute forme de flou contractuel et, par là même, de lutter contre le risque de mises en cause abusives.

Cette démarche, initiée en 1993 et qui a donné lieu depuis lors à trois versions successives d'une norme AFNOR (NF P 94-500), a eu tout particulièrement pour finalité d'éviter qu'un géotechnicien chargé d'une simple mission d'investigation ou de reconnaissance des sols, voire de « faisabilité » d'un ouvrage dont les caractéristiques ne sont pas encore définies, soit assimilé à un constructeur au sens de l'article 1791-1 du code civil.

L'idée défendue depuis l'origine est donc simple : si un géotechnicien peut être soumis à la responsabilité de plein droit résultant des articles 1792 et s., encore faut-il, à tout le moins, qu'il dispose des moyens nécessaires pour faire face à cette responsabilité et en particulier que sa mission ait véritablement un rapport direct avec la conception ou la réalisation des fondations de l'ouvrage.

154. Sur le plan juridique, une difficulté tient néanmoins à la définition des constructeurs donnée par l'article 1792-1 du code civil, définition qui renvoie à la simple qualité de locateur d'ouvrage²³⁷. Le texte de la loi ne précise pas que le contrat de louage d'ouvrage passé avec le maître d'ouvrage doit présenter un lien ou un rapport suffisamment étroit avec l'opération

²³⁴ www.u-s-g.org

²³⁵ La géotechnique se définit précisément comme : « l'ensemble des activités liées aux applications de la mécanique des sols, de la mécanique des roches et de la géologie de l'ingénieur. Elle englobe l'étude des propriétés mécaniques et physico-chimiques des sols et de l'interaction entre les terrains et les ouvrages environnants d'une part, l'ouvrage objet de la prestation du fait de sa réalisation et/ou de son exploitation d'autre part » (voir site de l'USG précité).

²³⁶ « Enquête sur la sinistralité des géotechniciens », D. Faisantieu et J. Roussel, www.cea-assurances.fr

²³⁷ « Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ».

de construction concernée, autrement dit constituer une contribution effective à l'acte de construire, ce que la doctrine admet néanmoins comme une évidence²³⁸.

C'est dire l'importance, pour les professionnels du secteur, de l'arrêt rendu par la cour d'appel administrative de Lyon le 7 octobre 2010, arrêt aux termes duquel : « un prestataire ne peut être regardé comme un constructeur au sens des principes dont s'inspire l'article 1792 du code civil et, en conséquence, n'être tenu à la garantie décennale s'appliquant à compter de la réception de l'ouvrage que si le contrat de louage portait sur la conception ou la réalisation de l'ouvrage affecté de désordres ». En l'occurrence, « les deux campagnes de reconnaissance géologique de type G 11 (...) portaient sur le principe de la faisabilité technique d'une station d'épuration (...), cette mission ayant pris fin avant l'intervention du maître d'œuvre et n'ayant pas conduit à une participation à la conception ou à l'exécution des travaux (...) ; le contrat de louage n'avait pas pour objet la construction de l'ouvrage affecté des désordres litigieux ».

155. Même si la décision émane d'une simple cour d'appel administrative et si elle ne permet pas, en particulier, de préjuger des orientations qui seront prises par la jurisprudence judiciaire, la solution adoptée m'a semblée particulièrement intéressante et bien motivée.

Elle est d'ailleurs susceptible d'avoir une portée assez générale, puisqu'elle propose un critère raisonnable pour définir le locateur d'ouvrage susceptible d'être qualifié de constructeur, à travers sa nécessaire participation à la conception ou à la réalisation de l'ouvrage affecté des désordres litigieux.

L'objet du commentaire publié à la RGDA était, aussi, de mieux faire connaître les missions des géotechniciens et leur enchaînement tel que prévu par la norme NF P 94-500 régissant la profession.

b.2 Quelles responsabilités dans le cadre de l'utilisation du BIM ?

Doc 33. « BIM, maquette numérique et assurance construction », RDI 2017, p. 515.

156. Contrairement à l'intervention d'un spécialiste en charge d'analyser le sol et/ou de concevoir les fondations, traditionnelle dans l'acte de construire, le recours à des outils informatiques de plus en plus performants dont le rôle tend désormais, non seulement à accompagner, mais aussi parfois à influencer la conception même de l'ouvrage, est un phénomène tout à fait nouveau.

²³⁸ Pour autant, la formulation retenue pour caractériser le louage d'ouvrage relevant de l'article 1792-1 n'est pas toujours exactement la même. En droit privé, G. Leguay souligne que le contrat de louage d'ouvrage doit évidemment présenter un caractère technique et, en droit public, F. Moderne mentionne la nécessaire intégration du contrat de louage d'ouvrage dans une opération de construction déterminée (Droit de la construction, Dalloz action, n° 111.41 et 480.380). Voir aussi P. Malinvaud qui notait déjà, à propos du coordonnateur, « pas plus en 1978 qu'en 1967, le législateur n'a entendu faire peser la présomption de responsabilité sur des locateurs d'ouvrage autres que ceux exerçant une fonction de construction. A vouloir étendre l'article 1792-1 à tout locateur d'ouvrage, on aboutirait à des résultats aberrants » RDI 1997, p. 47, précité. Dans le même sens, H. Périnet-Marquet : « L'article 1792-1 ne peut, sauf à perdre tout bon sens, viser que les contrats de louage d'ouvrage ayant pour objet la réalisation de l'ouvrage », in Dalloz Action, droit de la construction, n° 250.112, éd. 2018/2019.

Les deux situations n'en soulèvent pas moins une question juridique similaire liée à la qualification de locateur d'ouvrage²³⁹.

Lorsqu'un prestataire, dont les compétences relèvent en l'occurrence du domaine de l'informatique, conclut un contrat de louage d'ouvrage avec le maître d'ouvrage, sans que sa mission porte directement et principalement sur les aspects techniques de l'acte de construire, dans quelle mesure peut-il être qualifié de constructeur et assujéti à assurance obligatoire de responsabilité décennale ? Quel critère retenir ?

157. Le BIM, acronyme venant de l'anglais *Building Information Modeling*, peut être défini comme « un processus collaboratif dans lequel chaque acteur de la construction crée, renseigne et utilise une maquette numérique, représentation tridimensionnelle des caractéristiques fonctionnelles et/ou physiques de l'ouvrage. Cette maquette numérique a vocation à couvrir tout le cycle de vie de l'ouvrage, depuis sa programmation, sa conception et sa réalisation, jusqu'à sa phase d'exploitation et de maintenance »²⁴⁰.

Le BIM a reçu en quelque sorte une consécration juridique avec la Directive européenne du 26 février 2014²⁴¹ qui a prévu la possibilité pour les États membres d'exiger, dans les marchés publics « l'utilisation d'outils électroniques particuliers tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires ».

Même si la France n'a pas choisi d'imposer, d'une manière générale, l'utilisation d'un modèle numérique dans tous les marchés publics de construction, certains appels d'offres instaurent cette obligation et la démarche BIM est de plus en plus fréquemment adoptée pour les chantiers importants ou complexes.

De nouvelles missions apparaissent, qu'il s'agisse, pour certains prestataires, d'assister le maître d'ouvrage dans la définition de ses besoins et attentes (AMO BIM) ou, pour d'autres, de mettre en place et de gérer la maquette numérique (BIM management).

C'est dire l'importance des questions juridiques soulevées²⁴², questions qui concernent aussi bien le droit des obligations, celui de la propriété intellectuelle ou encore, bien entendu, celui de la responsabilité et de l'assurance construction.

²³⁹ On peut également, comme cela a été signalé, faire le parallèle avec le coordonnateur sécurité et protection de la santé (SPS), mais aussi avec les assistants à la maîtrise d'ouvrage (AMO).

²⁴⁰ « BIM et maquette numérique, Guide de recommandations à la maîtrise d'ouvrage », Plan Transition Numérique dans le Bâtiment et Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques, juillet 2016, p.4.

²⁴¹ Directive 2014/24/UE, article 22.4, transposée en droit français par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics.

²⁴² Voir A.-M. Bellanger et A. Blandin, *Le BIM sous l'angle du droit*, CSTB Éditions, 2016 ; D. Richard, « BIM : analyse et perspectives de l'immeuble numérique », *constr.et urb.* 2017, études 11 ; « Le BIM à l'épreuve du droit des biens », *RDI* 2018, p. 484. ; rapport de la mission « Droit du numérique et bâtiment », groupe de travail sous la présidence de X. Pican.

158. L'article publié à la RDI en 2017, qui faisait suite à une table ronde organisée par l'OPQIBI²⁴³, avait pour objectif de clarifier l'impact possible de l'utilisation de la maquette numérique en matière d'assurance construction, et ceci à l'attention de lecteurs dont certains pouvaient ne pas être familiers avec le sujet.

J'ai également tenté de soutenir que, pour savoir si les prestataires missionnés par le maître d'ouvrage en tant que BIM managers peuvent être -ou non- soumis à responsabilité décennale et à assurance obligatoire, il convenait de se référer à la rédaction de leurs engagements contractuels, lesquels varient grandement dans la pratique.

Cette question divise aujourd'hui les assureurs opérant dans le domaine de la construction, certains proposant aux BIM managers des contrats d'assurance responsabilité civile professionnelle comportant un volet de garantie conforme à l'obligation d'assurance imposée par l'article L. 241-1 du code des assurances, d'autres estimant au contraire que les BIM managers ne sont pas -et ne doivent pas être - soumis à responsabilité décennale. L'article 1792 du code civil fait alors l'objet d'une clause d'exclusion de garantie expresse²⁴⁴.

Ainsi, par exemple, la MAF (Mutuelle des architectes français) a-t-elle rédigé un contrat-type de BIM management, destiné à ses assurés ou sociétaires, aux termes duquel la mission du prestataire ne consiste pas dans le contrôle des choix réalisés par les constructeurs et « ne tend pas à la conception de l'ouvrage ». Les clauses consacrées aux responsabilités et assurances du BIM manager stipulent expressément que les parties sont convenues que la mission ne participe pas à la réalisation de l'ouvrage, de sorte que le BIM manager ne saurait être considéré comme un constructeur.

En sens inverse, à partir de l'analyse d'un échantillon de contrats actuellement pratiqués, il est possible de constater que le BIM manager est parfois, même si ce n'est pas systématique, chargé de détecter les incohérences entre les différentes contributions (nommés « clashes »). Bien souvent, il est tenu de proposer des solutions pour y remédier et d'accompagner les maîtres d'œuvre dans une adaptation de la conception de l'ouvrage.

Comment, dans cette dernière hypothèse, contester que le BIM manager contribue à la conception de l'ouvrage et entre alors, certes pour une part très marginale de son activité, dans le cercle des locateurs d'ouvrage soumis à responsabilité décennale ?

2. Une frontière à laquelle s'attachent de lourdes conséquences

159. Une raison assez évidente explique l'importance de la définition précise du champ d'application des assurances obligatoires : les droits respectifs de l'assureur et de l'assuré diffèrent selon que s'appliquent -ou non- les règles spécifiques prévues par le code des assurances, notamment à travers les clauses-types annexées à l'article A. 243-3.

²⁴³ L'organisme de qualification de l'ingénierie. Table ronde organisée le jeudi 29 juin 2017 à la Commanderie de Dormelles, compte rendu des interventions et débats téléchargeable sur le site opqibi.com, rubrique documents.

²⁴⁴ Un esprit malicieux pourrait s'interroger sur l'intérêt d'une telle clause d'exclusion, dès lors qu'aux yeux des mêmes assureurs, le risque n'existe pas !

Certes les assurés et les tiers peuvent invoquer, en tout état de cause, les règles d'ordre public résultant du droit commun des assurances, mais ils sont beaucoup plus fortement protégés lorsque s'appliquent également les dispositions propres aux assurances obligatoires. Dans leurs rapports avec l'assureur, le curseur se déplace et nombre de restrictions, limitations ou motifs de refus de garantie, qui auraient pu leur être opposés, sont alors réputés non écrits. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au de-là !

160. Comment se manifeste cette dualité de régimes ? A mon sens, il est possible de résumer les principaux points de divergence autour de trois axes :

- Une première différence, spécifique aux assurances de responsabilité civile, tient au fonctionnement de la garantie dans le temps. Contrairement aux règles générales fixées par l'article L. 124-5²⁴⁵ qui permettent le fonctionnement du contrat en base réclamation, du moins pour les risques professionnels, l'assurance obligatoire de responsabilité décennale est nécessairement gérée en capitalisation, c'est-à-dire que l'assureur au moment de l'ouverture du chantier doit délivrer une garantie de durée ferme pour la période d'exposition au risque (article L. 241-1, 3^{ème} alinéa). Si elle peut apparaître, au premier abord, d'ordre technique, cette distinction est en réalité fondamentale, puisqu'elle conditionne à la fois la garantie acquise à l'assuré en contrepartie du paiement de la prime et les obligations de l'assureur, notamment en termes de provisionnement. Comme nous l'avons vu précédemment, la méconnaissance de cette particularité de l'assurance obligatoire constitue très clairement un des facteurs à l'origine et explicatif de la défaillance des assureurs *low cost* (documents 12 à 15).
- Une deuxième différence tient à la fixation en montant de l'engagement de l'assureur. Elle résulte explicitement des textes propres aux assurances obligatoires, avec l'article L. 243-9 du code qui restreint les possibilités pour l'assureur de plafonner les garanties obligatoires, la rédaction actuelle de l'article L. 242-1 qui prohibe toute franchise en assurance dommages-ouvrage et enfin l'annexe 1 à l'article A. 243-1 qui rend inopposable la franchise contractuelle en assurance de responsabilité décennale obligatoire.
- Enfin et surtout, la dualité de régime se manifeste dans la définition du contenu des garanties délivrées. En présence d'une « assurance à contenu obligatoire » et comme cela a été souligné (supra n°69), les garanties fixées par les clauses-types sont en quelque sorte indivisibles, elles ont vocation à constituer un bloc monolithique et il appartient au juge de sanctionner toute clause contractuelle plus restrictive. Au contraire, la mise à l'écart des clauses-types obligatoires et l'application du seul droit commun des assurances laissent une place beaucoup plus large à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle.

²⁴⁵ Rappelons que ces dispositions, introduites par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière, prévoient, en ce qui concerne les risques professionnels, que la garantie peut être déclenchée, selon le choix des parties, soit par le fait dommageable, soit par la réclamation (n°30).

161. Pour préciser le propos, je présenterai quelques décisions révélatrices du cadre juridique applicable aux garanties facultatives relevant de l'assurance construction (a), avant d'illustrer la différence de régimes par un exemple topique, celui du sort des exclusions (b). Sera, en dernier lieu, abordée la question d'une possible influence des assurances obligatoires sur les assurances facultatives (c).

a) Le régime de droit commun des assurances facultatives

162. Lorsque l'on quitte le domaine des assurances obligatoires, centrales dans la couverture des risques liés à l'acte de construire, pour celui des garanties facultatives, le décor change et il faut y prendre garde. Les garanties délivrées peuvent s'avérer décevantes si les clauses contractuelles n'ont pas été soigneusement étudiées et, dans la mesure du possible, négociées. Quant aux tiers victimes, leur sort est également beaucoup plus dépendant de la rédaction du contrat d'assurance.

C'est ce que nous allons constater dans le cas de la « tous risques chantier » ou TRC, cette police si importante²⁴⁶ qui a pour vocation principale de couvrir les dommages affectant l'ouvrage avant réception des travaux (a.1). La même problématique est à l'œuvre dans le cas de la garantie effondrement avant réception des travaux, extension très généralement prévue dans le cadre des polices d'assurance de responsabilité décennale délivrées aux entrepreneurs réalisateurs (a.2).

a.1 L'exemple de la TRC (tous risques chantier) et de la qualité d'assuré

Doc 34. « La qualité d'assuré dans un contrat TRC peut être réservé au seul maître d'ouvrage », obs. sous Civ. 3, 22 octobre 2014, n°13-24834, RDI 2015, p. 82²⁴⁷.

163. A l'occasion de la construction d'un ensemble immobilier en vente en état futur d'achèvement, une police TRC est souscrite dont les conditions particulières mentionnent expressément que la qualité d'assuré est acquise au seul maître d'ouvrage.

Néanmoins, à la suite d'un sinistre, l'entreprise en charge du lot plomberie, qui subit le recours subrogatoire de l'assureur TRC, soutient que la définition même du contrat d'assurance concerné exclut la possibilité d'une action récursoire contre l'un des intervenants à l'acte de construire. Il s'agirait nécessairement, selon le défendeur, qui reprend là une formule précédemment adoptée par la Cour de cassation²⁴⁸, d'« une assurance de dommages pour le compte de tous les participants à l'opération de construction ».

C'était oublier que la Cour de cassation avait ajouté à cette définition une précision « ... , assurance facultative qui n'a pour objet et exclusions que ce qu'en décident les parties » !

²⁴⁶ Dans de nombreux pays, elle constitue le cœur du dispositif d'assurance des risques de la construction. En ce qui concerne l'Europe, voir cartographie précitée des régimes de responsabilités et d'assurances, elios-ec.eu

²⁴⁷ Sur cet arrêt, L. Karila, RGDA 2014, p. 597.

²⁴⁸ Civ. 3, 13 septembre 2006, n° 05-10.125, RDI 2006. 470, note B. Boubli ; RDI 2006. 433, obs., P. Dessuet.

L'arrêt du 22 octobre 2014 confirme la validité de la clause restrictive limitant la qualité d'assuré au seul maître d'ouvrage, malgré les conséquences regrettables qui y sont attachées. La solution est révélatrice des inconvénients liés à une définition purement contractuelle des garanties délivrées, et ceci particulièrement dans un domaine, la construction, où une partie essentielle des risques relève d'assurances obligatoires dont le contenu est, au contraire, fortement encadré par des dispositions impératives.

164. Le commentaire de l'arrêt a été l'occasion de souligner que le nom donné à un contrat qui relève des assurances facultatives peut être trompeur.

Cela est particulièrement vrai pour les polices TRC : en premier lieu, parce que certains contrats dits « tous risques chantier » prévoient une liste limitative de risques garantis, ce qui ne correspond pas à ce que l'on peut attendre d'un contrat de type « tous risques sauf... », dont la vocation est au contraire de définir de façon globale l'objet de la garantie et de lister exhaustivement les exclusions applicables ; en second lieu et plus généralement, parce que le contenu des garanties délivrées sur le marché est aujourd'hui très diversifié, certains contrats garantissant les seuls événements accidentels²⁴⁹, d'autres tous les dommages susceptibles d'affecter l'ouvrage²⁵⁰, certains contrats bénéficiant à tous les participants à l'acte de construire, d'autres au seul maître d'ouvrage ou à la seule entreprise souscriptrice. Dans chacun de ces cas, la jurisprudence admet que le contrat fasse la loi des parties.

C'est dire le caractère vain des débats, pourtant fréquents dans la pratique, sur ce que doit « normalement » garantir une TRC, ainsi que la difficulté intrinsèque de donner la définition même de ce type de contrat²⁵¹.

a.2 L'exemple de la garantie effondrement avant réception

Doc 35. « Garantie effondrement avant réception : retour sur un sujet controversé », obs. sous Civ. 3, 21 novembre 2012, n° 11-23.116, RDI 2013, p. 277²⁵².

165. La garantie dite effondrement avant réception, généralement prévue en extension dans les contrats d'assurance de responsabilité décennale des entreprises réalisatrices, donne un autre exemple, tout aussi probant, du rôle fondamental des clauses contractuelles dans la définition des garanties qui ne relèvent pas des assurances obligatoires.

Le maître d'ouvrage peut-il se prévaloir d'une action directe à l'encontre de l'assureur de l'entrepreneur qui a délivré cette garantie ou est-il contraint d'utiliser l'action oblique contre le débiteur de son débiteur ?

²⁴⁹ Civ. 3, 13 septembre 1996, n°95-10.281, RGDA 1996. 199, note J.-P. Karila - Civ. 3, 23 novembre 2005, n°04-15.357, RDI 2006. 40, obs. G. Leguay.

²⁵⁰ Dalloz Action Droit de la construction, 2014/2015, n°114130, G. Leguay et F. X. Dussaulx ; L. Karila et C. Charbonneau, droit de la construction : responsabilités et assurances, Lexisnexis, 2^{ème} éd. n°1365 et s.

²⁵¹ Un parallèle peut, à cet égard, être effectué avec les garanties « responsabilité civile professionnelle » et « responsabilité civile exploitation », généralement prévues dans les assurances facultatives délivrées aux différents acteurs de l'acte de construire, mais dont le contenu peut largement varier selon les contrats d'assurance : « Risques et assurances construction », document 1, p.317.

²⁵² Sur cet arrêt, P. Dessuet, RGDA 2013, p. 277 ; F.-X. Ajaccio, A. Caston et R. Porte, Gaz. Pal., 2 mars 2013, p. 31.

Cette question a donné lieu à un abondant contentieux et à un débat doctrinal particulièrement vif²⁵³.

Emportant des conséquences importantes sur un plan pratique, en particulier dans l'hypothèse d'une liquidation de l'entreprise souscriptrice de la garantie, la question est également passionnante sur un plan théorique. Il s'agit, en effet, de qualifier juridiquement une garantie usuelle, qui a pu être vue comme relevant des assurances de responsabilité ou des assurances de chose, et dont on s'est demandé, dans ce dernier cas, si elle comportait une stipulation pour autrui permettant de l'assimiler à une assurance pour compte.

166. En commentant l'arrêt du 21 novembre 2012, j'ai essayé de montrer que la réponse apportée par la jurisprudence était, certes, nuancée, mais finalement beaucoup plus cohérente et logique que certains commentateurs avaient bien voulu le dire.

Le droit de l'assurance doit ici s'adapter au droit de la construction, la qualification des garanties délivrées dépendant non seulement de la volonté des parties, mais aussi et surtout de la charge des risques. Dès lors que « l'ouvrier fournit la matière », il supporte, en vertu de l'article 1788 du code civil, le risque de perte de la chose avant qu'elle ne soit livrée. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement²⁵⁴, la garantie de l'effondrement souscrite par celui qui subit la perte relève clairement des assurances de chose²⁵⁵.

Puisque, très généralement, les clauses contractuelles concernées ne comportent aucune mention qui puisse s'apparenter à une stipulation en faveur du maître d'ouvrage, la jurisprudence refuse d'y voir une assurance pour compte. Privé des deux possibilités auxquelles il aurait pu prétendre pour agir directement contre l'assureur, celle de l'action directe de la victime à l'encontre de l'assureur de responsabilité de l'auteur (article L. 124-3 du code des assurances) et celle du bénéficiaire dans le cadre d'une assurance souscrite pour compte d'autrui (article L. 112-1 du code des assurances), le maître d'ouvrage se voit contraint, pour mettre en cause l'assureur de l'entrepreneur, d'utiliser la seule voie de l'action oblique.

167. L'affirmation de 5 principes (p. 278 et 279) et un tableau de synthèse (p. 279) essayaient de clarifier le droit positif en la matière.

²⁵³ Voir notamment H. Groutel « Nature de la garantie effondrement à l'occasion des travaux de rénovation » RCA août-septembre 1993, p. 8 ; G. Courtieu « Garantie effondrement avant réception des travaux, la fin des subtilités ? » RCA décembre 1999, p. 5 ; G. Leguay ; RDI 2000, p. 72.

²⁵⁴ *A contrario*, en présence de dommages causés aux existants, dont l'entrepreneur ne supporte pas les risques, la garantie est analysée comme une assurance de responsabilité et le maître d'ouvrage peut exercer contre l'assureur l'action directe de la victime, Civ. 1, 12 mai 1993, RCA 1993, août-septembre 1993, p. 8, chron. H. Groutel. De la même façon, l'article 1788 ne s'appliquant pas aux prestataires intellectuels, la garantie délivrée en cas d'effondrement avant réception à un architecte ou plus généralement à un maître d'œuvre ne devrait pas pouvoir être qualifiée d'assurance de chose, Civ. 1, 15 juin 1999, RDI 2000, p. 72, obs. G. Leguay, RCA 1999, comm. 307, G. Courtieu.

²⁵⁵ Civ. 1, 3 février 1982, n°80-12613, RGAT 1982, p.541, note J. Bigot ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1994, n°90-19612, RGAT 1995, 565, note H. Périnet-Marquet, RDI 1994, p.251, obs. P. Malinvaud et B. Boubli ; Civ. 2, 6 mars 2008, n°07-12124, RCA 2008, 173, note H. Groutel, RDIImm. 2008, p.287, obs. P Dessuet.

Le paradoxe tient au fait que cette tentative de démonstration de la cohérence globale de la jurisprudence rendue par la Cour en matière de garantie du risque d'effondrement a été effectuée à propos d'un arrêt...qui ne respectait pas la logique mise en évidence.

Le contrat d'assurance concerné avait, en effet, été souscrit par un maître d'œuvre, donc par un intervenant non soumis à l'article 1788 du code civil. La garantie délivrée constituait donc nécessairement une assurance de responsabilité, ce qui aurait dû ouvrir au maître d'ouvrage, en sa qualité de victime, la voie de l'action directe à l'encontre de l'assureur du maître d'œuvre !

Doc 36. « Menace grave et imminente d'effondrement », obs. sous Civ. 3, 5 mai 2015, n°14-12.235, RDI 2015, p. 364²⁵⁶.

168. La garantie effondrement avant réception, qui vient d'être évoquée, est généralement étendue à l'hypothèse d'une « menace grave et imminente » d'effondrement.

L'interprétation de cette disposition contractuelle a donné lieu un arrêt du 5 mai 2015 qui s'inscrit exactement dans le même esprit que les deux précédents, à savoir un respect strict de la lettre des clauses contractuelles, même si le résultat obtenu peut paraître insatisfaisant.

On retiendra de cet arrêt que la menace grave et imminente d'effondrement ne doit pas être confondue avec l'impropriété à la destination, critère qui caractérise la gravité du désordre décennal en vertu de l'article 1792 du code civil.

169. En l'espèce, il était apparu, en cours de réalisation d'un ouvrage à usage d'habitation, que le gros œuvre avait été mal exécuté. Le bâtiment était fragilisé par des insuffisances et des malfaçons qu'il convenait de corriger avant de mettre en place la charpente. La menace d'effondrement était donc liée à la nécessité de poursuivre les travaux et d'achever l'ouvrage, en posant une charpente sur un gros œuvre qui ne pouvait la supporter.

En l'état, la cour d'appel a exactement décidé, sans dénaturation du rapport d'expertise qu'elle a apprécié souverainement, que « l'effondrement prévu par la garantie d'assurance n'était pas réalisé et qu'il n'apparaissait pas que les nombreuses malfaçons fussent à l'origine d'une menace grave et imminente d'effondrement ».

Si la question de la qualification du dommage s'était posée sur le terrain de l'impropriété à la destination, nul doute que la gravité décennale aurait été retenue. Au contraire, en l'espèce, pour interpréter la notion de menace grave et imminente d'effondrement, les juges du fond n'ont pris en compte que les désordres s'étant déjà manifestés matériellement. Cet arrêt de rejet, respectueux de la lettre du contrat, approuve donc une approche purement factuelle, et non prospective, des dommages garantis²⁵⁷.

b) Illustration de la différence de régimes, le sort des exclusions

²⁵⁶ Sur cet arrêt, L. Karila, RGDA 2015, p. 300.

²⁵⁷ Dans le même sens, Civ. 3^e, 18 décembre 2013, n°11-27.778 et 11-28.943.

170. Nous avons déjà rencontré la délicate question des exclusions de garantie lorsque nous avons évoqué l’empreinte de l’ordre public sur les assurances obligatoires (documents 19 et 20, n°102 et s.). La question était alors celle de définition même des clauses d’exclusion.

Nous allons maintenant nous intéresser à leurs conditions de validité, sévères sur le terrain du droit commun (b.1), mais qui le sont encore davantage lorsque s’appliquent les clauses-types propres aux assurances obligatoires (b.2)

b.1 Sur le terrain du droit commun

Doc 37. « Exclusions d’un contrat d’assurance de responsabilité civile professionnelle et annulation des garanties », obs. sous Civ. 3, 9 mai 2012, n° 11-10.909, RDI 2012, p. 521.

171. On connaît, d’une façon générale, l’extrême méfiance des juges à l’égard des clauses d’exclusion²⁵⁸ et les moyens dont ces derniers disposent pour annuler les clauses non conformes aux dispositions du code des assurances²⁵⁹. L’arrêt du 9 mai 2012 s’inscrit dans la lignée des décisions sanctionnant les exclusions qui vident la garantie de sa substance.

En l’espèce, la clause litigieuse, contenue dans l’assurance de responsabilité professionnelle d’un entrepreneur, avait pour objet d’écarter de la garantie « les travaux exécutés, cause ou origine du dommage et les dommages immatériels résultant de ces dommages ».

Au visa de l’article L.113-1 du code des assurances, la Cour de cassation censure les juges du fond pour avoir appliqué cette clause sans rechercher, comme il le leur était demandé, si « les nombreuses exclusions, figurant dans le contrat d’assurance de responsabilité civile professionnelle, n’aboutissaient pas à annuler les garanties prévues ».

172. En pratique, il est vrai que certains contrats d’assurance proposés sur le marché, en particulier pour couvrir la responsabilité professionnelle des entrepreneurs, sont effectivement truffés d’exclusions, difficiles à lire, voire vidés de leur substance par des clauses trop restrictives. Sur le principe, la condamnation par la Cour de cassation de telles pratiques -et l’utilisation pour ce faire de l’article L. 113-1 du code des assurances- n’ont donc rien pour choquer.

En revanche, il est fondamental, car l’enjeu est celui de la sécurité et de la prévisibilité contractuelles, que l’annulation des clauses litigieuses s’inscrive dans une logique et un référentiel de solutions cohérentes, ce qui ne semble pas toujours le cas.

Et précisément, en l’occurrence, il semble que le couperet ne soit pas tombé sur la bonne clause...

²⁵⁸ F. Chapuisat, « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l’égard des exclusions de garanties », RGAT 1983, p. 5.

²⁵⁹ Voir les ouvrages de référence, notamment L. Mayaux, in traité de droit des assurances, LGDJ, t.3, 2^{ème} éd., sous la direction de J. Bigot, n°1728 et s. ; J. Kullmann, Lamy assurances 2019, n°277 et s. ; H. Groutel, Traité du contrat d’assurance terrestre, Litec, n° 501 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, précis Dalloz, 14^{ème} éd., 2017, n°468 et s., spéc. 472.

173. Comme cela a été signalé précédemment (n°166), en vertu de l'article 1788 du code civil, le risque de perte de la chose avant qu'elle ne soit livrée pèse sur l'entrepreneur qui a fourni la matière. Ce dernier se trouve, au regard des risques de perte de la chose, dans la situation qui est normalement celle du propriétaire.

Si l'on préfère exprimer l'idée par des adages latins, on dira qu'avec l'article 1788, *res perit debitori*, par dérogation à la règle de droit commun selon laquelle *res perit domino*.

Il en résulte que la clause du contrat d'assurance qui vise « les travaux exécutés, cause ou origine du dommage » n'a certainement pas pour conséquence de vider la garantie de son contenu. En réalité cette clause, contenue dans un contrat d'assurance de responsabilité civile destiné à couvrir les dommages occasionnés aux tiers, ne fait que confirmer que les dommages subis par l'assuré n'entrent pas dans le champ contractuel ! Si l'entrepreneur souhaite assurer le risque auquel il est exposé avant réception au titre des dommages affectant les travaux qu'il exécute²⁶⁰, la garantie qui sera mise en place relèvera des assurances de chose, non de responsabilité.

Si l'on se réfère à la distinction proposée entre exclusion et définition de l'objet de la garantie (document 19), la qualification juridique de la clause litigieuse apparaît clairement : il ne s'agit tout simplement pas une clause d'exclusion, même si l'assureur l'a maladroitement introduite dans une section du contrat qui porte ce titre.

b.2 En cas d'application des clauses-types

Doc 38. « Exclusion de garantie en cas d'impropriété à la destination », obs. sous Civ. 3, 4 février 2016, n°14-29.790, RDI 2016, p. 234.

174. Le bel arrêt de cassation rendu le 4 février 2016 constitue sans doute, dans la jurisprudence récente, l'exemple le plus éclairant quant à la dualité de régimes entre assurances obligatoires et facultatives. La Cour de cassation, en effet, choisit en quelque sorte de déplacer le débat pour sanctionner l'exclusion invoquée par l'assureur.

L'arrêt concerne une pratique malheureuse qui s'est développée sur le marché en matière d'assurance de responsabilité décennale. Une large partie des assureurs opérant en France propose aujourd'hui des contrats qui, au titre des ouvrages non soumis aux obligations d'assurance en vertu de l'article L. 243-1-1 du code des assurances, se limitent au risque décennal lié à une atteinte à la solidité de l'ouvrage et excluent, à l'inverse, les conséquences de la seule impropriété à la destination.

Cette pratique, qui trouve certainement son origine dans la vieille méfiance des assureurs et des réassureurs à l'égard de la notion d'impropriété à la destination, nous semble éminemment regrettable pour plusieurs raisons. La principale tient à la création d'une véritable insécurité juridique pour des assurés qui, le plus souvent, ne comprennent pas la

²⁶⁰ Nous avons déjà rencontré les deux méthodes utilisées en pratique pour couvrir ce risque, à savoir la mise en place d'une police « tous risques chantier », TRC, document 34 et l'extension du contrat de responsabilité décennale au risque d'effondrement avant réception, documents 35 et 36. La qualification de cette dernière garantie s'inscrit dans la même logique (n°166).

portée de la restriction ainsi introduite dans la couverture dont ils disposent. Pour beaucoup d'acteurs du monde de la construction, en effet, la distinction entre responsabilité décennale s'appliquant à tous les ouvrages d'une part et assurance obligatoire de responsabilité décennale s'appliquant aux seuls ouvrages dits soumis d'autre part, reste pour le moins obscure.

175. Certes, cette distinction, qui résulte des textes légaux en vigueur, est, en quelque sorte, inévitable et les contrats d'assurance qui couvrent la responsabilité décennale d'un constructeur ne délivrent jamais exactement la même garantie selon que l'ouvrage est - ou non- soumis à assurance obligatoire. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne le fonctionnement de la garantie dans le temps, régi, comme cela a été signalé (n°160), dans un cas, par le principe de la capitalisation en fonction de la date d'ouverture du chantier (article L. 241-1, 3^{ème} al.) et, dans l'autre, par les dispositions de l'article L. 124-5.

Mais, pour autant, rien ne justifie, à mon sens, le choix de la part de l'assureur de tronquer la garantie décennale, en excluant la seule impropriété à la destination dès lors que l'ouvrage échappe aux clauses-types.

176. C'est donc à une telle clause d'exclusion des conséquences de l'impropriété à la destination que s'est trouvée confrontée la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 février 2016.

La cour d'appel avait accepté le refus de garantie opposé par l'assureur d'un constructeur de piscines, au motif que l'ouvrage objet du litige était seulement rendu impropre à sa destination en raison de la rugosité du revêtement du béton qui ne permettait pas son usage normal. Ce désordre ne pouvait donc être pris en charge par une police d'assurance limitant la garantie de l'article 1792 du code civil aux seuls défauts de solidité affectant la structure de la piscine.

Pour remettre en cause cette conclusion, la Cour de cassation déplace le débat et le situe sur le terrain de l'assurance obligatoire. Elle censure la décision des juges du fond au motif que « la clause limitant la garantie aux seuls dommages affectant la structure de la piscine faisait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et devait, par suite, être réputée non écrite ».

Sans doute valable au titre d'une assurance facultative, la clause d'exclusion ne l'était plus au regard du caractère limitatif des exclusions applicables aux garanties obligatoires.

177. Un premier intérêt de l'arrêt est évidemment d'admettre, implicitement mais nécessairement, que l'ouvrage litigieux, à savoir une piscine d'agrément, est un ouvrage soumis à obligation d'assurance²⁶¹. Et ceci alors même que la question de la qualification au regard de l'article L.243-1-1 du code des assurances n'avait pas été discutée par les parties.

²⁶¹ Quelques mois plus tard, la Cour de cassation rendra une décision qui s'inscrit dans le même esprit avec l'arrêt du 19 janvier 2017 relatif à la responsabilité personnelle du mandataire social en cas de non-respect de l'obligation d'assurance, arrêt qui a été présenté dans la partie consacrée à l'empreinte de l'ordre public, document 26, n°130.

Pour ce qui concerne plus spécifiquement le sort des exclusions et la dualité de régimes entre assurances obligatoires et facultatives, la décision illustre, aussi et surtout, l'atout supplémentaire dont dispose la jurisprudence pour censurer une clause d'exclusion dès lors que s'appliquent les clauses-types. Où l'on retrouve l'idée qu'il s'agit alors d'une « assurance à contenu obligatoire » (n°97).

c) Une possible influence des assurances obligatoires sur les assurances facultatives

Doc 39. « Assurance du sous-traitant : la clause réduisant la durée de la garantie à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est réputée non écrite », obs. sous Civ. 3, 26 novembre 2015, n° 14-25.761, RDI 2016, p. 42.

178. La dualité de régimes juridiques entre assurances obligatoires et facultatives qui résulte des textes est-elle toujours respectée par le juge ? A la lecture de la jurisprudence et sous réserve des quelques incidents de frontière qui ont été signalés, notamment quant à la qualification d'un ouvrage tel qu'une piscine d'agrément, la réponse est *a priori* positive.

Néanmoins, l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 26 novembre 2015, à propos de l'assurance souscrite par un entrepreneur intervenant en qualité de sous-traitant d'un constructeur de maisons individuelles, même si son interprétation est difficile, laisse à penser que la frontière n'est pas toujours hermétique et que le droit des assurances obligatoires est susceptible d'exercer une certaine influence sur celui des assurances facultatives.

179. Comme on le sait, un sous-traitant n'est pas soumis à assurance obligatoire puisque, même en présence d'un dommage de nature décennale, sa responsabilité reste susceptible d'être engagée sur le seul terrain du droit commun, non sur celui de l'article 1792 du code civil.

Le fonctionnement dans le temps de la garantie délivrée n'est donc pas soumis au principe de la capitalisation consacré par l'alinéa 3 de l'article L 241-1 du code des assurances, mais aux dispositions de l'article L. 124-5 qui régissent les assurances de responsabilité civile en général depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003 ²⁶².

Rappelons que la jurisprudence antérieure condamnait les clauses dites base réclamation²⁶³, étant précisé que par un arrêt du 16 décembre 1997, la Cour avait même franchi un pas supplémentaire en affirmant, d'une manière générale, que doit être considérée comme non

²⁶² Un des points de divergence mentionnés n°160. Afin d'atténuer la différence de régimes en fonction de la nature de l'ouvrage, certains contrats prévoient de gérer la responsabilité décennale au titre des ouvrages non soumis, de même d'ailleurs que la responsabilité du sous-traitant en cas de dommages de nature décennale, sur la base du fait générateur. Sur le cas du sous-traitant, voir circulaire FFSA n° 22/2015 du 9 avril 2015 qui préconise l'application de la base fait dommageable, ce dernier étant réputé être l'ouverture du chantier J. Roussel et S. Becqué-Ickowicz, document 1, p. 319.

²⁶³ Civ 19 décembre 1990, 7 arrêts, Bull. civ.1, n°303 ; rapport annuel de la Cour de cassation 1990, p. 372 ; RGAT 1991, p.155, note J. Bigot ; H. Groutel, l'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité civile, RCA 1991, chron. 4 ; Sur cette jurisprudence et l'évolution ultérieure, voir J. Kullmann, Lamy Assurances 2019, n°1488 et s.

écrite toute clause qui tend à « réduire la garantie de l'assureur à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré »²⁶⁴

180. C'est cette même formule qui est reproduite, mot pour mot, par l'arrêt du 26 novembre 2015.

Une raison en est sans doute le refus de la Cour de donner tout effet rétroactif à l'article L. 124-5 introduit dans le code des assurances par la loi précitée du 1^{er} août 2003²⁶⁵, mais la généralité du principe affirmé par la troisième chambre civile attire l'attention et soulève question. Rien n'indique que la Cour de cassation n'entende pas à l'avenir maintenir sa jurisprudence sur ce point.

En tout état de cause, cette décision, qui semblait jusqu'à présent être restée isolée²⁶⁶, marque la très forte volonté de la Cour de calquer, dans la mesure du possible, la durée de l'assurance et celle de la responsabilité.

Comme l'a souligné le rapporteur de l'arrêt du 16 décembre 1997²⁶⁷, l'inspiration peut en être trouvée dans le principe de la capitalisation fixé par l'article L. 241-1 du code des assurances, applicable à la seule assurance obligatoire de responsabilité décennale, mais qui « ouvre une piste de raisonnement » pour l'assurance de responsabilité civile facultative.

Conclusion : un droit autonome ?

181. En guise de conclusion, je reviendrai sur l'idée qui a constitué le fil directeur de cette présentation de travaux, à savoir le caractère profondément original du droit de l'assurance construction en France. A plusieurs égards, les règles qui s'y appliquent présentent un caractère dérogatoire par rapport à celles qui résultent du droit commun de l'assurance.

Pourrait-on parler d'un droit autonome ?

Pour apporter quelques éléments de réponse à cette question, seront présentés quatre travaux qui ont trait plus particulièrement à l'originalité de la matière, sous forme de

²⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, n° 94-17.061 et 94-20.060, RGDA 1998.124, note L. Mayaux, M.-A. Agard, le verrouillage de la jurisprudence de 1990 sur l'étendue de la garantie dans le temps, RCA 1998, chron. 15, JCP G 1998, II 10018, comm. P. Sargos

²⁶⁵ Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.060 et 08-16.910, RGDA 2009. 1239, note J. Kullmann ; JCP 2009, 284, note L. Mayaux ; RCA 2009, comm. 301, note H. Groutel.

²⁶⁶ Voir néanmoins, très récemment, reprenant la même motivation pour une pompe à chaleur et une chaudière, Cass. 3^e civ., 5 décembre 2019, n° 18-16.978 (www.aida-france.org). Et affirmant, dans le cas de l'assurance facultative d'un maître d'œuvre, que le versement des primes a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant la période de validité du contrat d'assurance, Cass. 3^e civ., 28 novembre 2019, Pourvoi n° 18-22.009 (www.aida-france.org). A noter, ces deux derniers arrêts, comme celui du 26 novembre 2015, ont été rendus pour absence de cause et au visa de l'ancien article 1131 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁶⁷ P. Sargos, JCP G 1998, II, 10018.

commentaires d'arrêts pour trois d'entre eux et d'un article de doctrine rédigé à partir d'une intervention lors d'un colloque en ce qui concerne le quatrième.

Le 22 juin 2011, la Cour de cassation a retenu, dans un bel arrêt de principe, une obligation à la charge de l'assureur dommages-ouvrage de « préfinancer une réparation pérenne et efficace », et ceci en présence de désordres apparus après expiration du délai décennal (a). Cette affirmation est susceptible d'entrer en conflit avec la solution consacrée, sur le terrain de la responsabilité des constructeurs, au titre des dommages évolutifs, comme le montre un arrêt du 6 septembre 2018 (b). Lors d'un colloque organisé en mars 2018 à Montpellier, nous avons justement tenté, avec le Professeur David Noguéro, de souligner l'originalité de l'obligation ainsi consacrée à la charge de l'assureur de dommages et d'intégrer l'obligation d'une réparation efficace dans une perspective plus large, en faisant le lien en particulier avec l'affectation obligatoire de l'indemnité à la réparation des dommages (c). A cet égard, le Conseil d'État, qui a commencé à fixer, au cours des dernières années, sa jurisprudence en matière de marchés publics d'assurance construction, semble adopter une vision assez proche de celle de la Cour de cassation, comme en témoigne un arrêt du 26 mars 2018 (d).

a) Une obligation originale à la charge de l'assureur dommages-ouvrage...

Doc 40. « L'assureur dommages-ouvrage doit préfinancer une réparation pérenne et efficace », obs. sous Civ. 3, 22 juin 2011, n°10-16.308, RDI 2011, p. 509²⁶⁸.

182. L'arrêt rendu le 22 juin 2011 par la troisième chambre civile est long et riche d'enseignements. Il tranche plusieurs questions délicates, en ce qui concerne en particulier la responsabilité de différents professionnels impliqués, à savoir l'expert dommages-ouvrage, le géotechnicien consulté à cette occasion et l'entreprise en charge de la reprise des travaux. Nous nous focaliserons ici sur ce qui en fait l'intérêt principal, l'affirmation d'une obligation à la charge de l'assureur dommages-ouvrage de préfinancer une réparation pérenne et efficace.

En l'espèce, un affaissement de dallage s'est produit dans une maison individuelle durant la période décennale et l'expert désigné par l'assureur dommages-ouvrage, après avoir fait intervenir un géotechnicien, préconise une réparation strictement limitée aux désordres déjà constatés, sans reprise du mode de fondation et donc sans que soit traitée la cause réelle du sinistre.

Plus de dix ans après la réception des travaux initiaux, de nouveaux désordres apparaissent qui affectent cette fois les murs périphériques de la villa et dont les juges du fond estiment qu'ils constituent une extension du désordre initial. Selon la cour d'appel, l'assureur pouvait savoir que les désordres se propageraient aux murs, cette extension était donc prévisible et ne se serait pas produite si les travaux de reprise des désordres initiaux avaient été suffisants.

En l'état, c'est-à-dire dans une situation factuelle où l'équité incite à ne pas laisser l'assuré démuné mais où le délai décennal est expiré lorsqu'apparaissent les nouveaux désordres, dans

²⁶⁸ Sur cet arrêt, J.-P. Karila, RGDA 2011, p. 1023 ; A Valdès, Administrer, n°456 ; M.-L. Pagès de Varenne, Const. et Urb. n°9, p. 39.

quelle mesure et sur quel fondement l'assureur dommages-ouvrage peut-il être conduit à intervenir ?

183. S'il n'est pas le premier à affirmer que les travaux engagés doivent permettre de mettre fin aux désordres et/ou d'éviter leur non-aggravation²⁶⁹, l'arrêt du 22 juin 2011 n'en constitue pas moins une étape décisive dans la construction d'une jurisprudence qui s'est poursuivie depuis lors²⁷⁰.

Il consacre l'idée que la garantie délivrée par l'assureur, au-delà d'une simple obligation de payer, est fondamentalement attachée à la réparation effective des désordres. Le lien est évident avec l'obligation d'affecter l'indemnité à la réparation des désordres qui pèse sur l'assuré²⁷¹ : contraint d'utiliser la somme qu'il perçoit au financement des travaux de reprise et, le cas échéant, de rembourser le trop-perçu, l'assuré est en droit en contrepartie de disposer de la totalité de la somme nécessaire.

L'arrêt, dont pour ma part j'approuve totalement l'orientation, présente aussi l'intérêt de faire référence implicitement au conflit possible avec la solution adoptée en matière de dommages évolutifs.

Mais, sur ce point, la décision me semble plus critiquable. La Cour affirme en effet que, selon les juges du fond, « les désordres trouvaient leur siège dans un ouvrage où un désordre de même nature avait été constaté dans le délai de la garantie décennale ».

La reproduction de l'attendu de principe adopté lors du revirement de jurisprudence du 18 janvier 2006²⁷² en matière de dommages évolutifs montre que la Cour a été consciente du risque d'une contradiction. Depuis ce revirement, en effet, seuls peuvent relever de la responsabilité décennale les dommages qui « trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté » avant l'expiration du délai. Mais l'argument utilisé pour l'écarter reste plutôt insatisfaisant : des désordres affectant respectivement un dallage et des murs périphériques, comme en l'espèce, peuvent avoir la même cause ou la même origine, mais, même si la notion emporte une part d'ambiguïté, il est difficile d'affirmer qu'ils ont « le même siège » !

b) ...qui peut entrer en conflit avec les règles du droit de la responsabilité des constructeurs...

Doc 41. « Désordres évolutifs vs réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage », obs. sous Civ. 3, 6 septembre 2018, n°17-22.370, RDI 2018, p. 605.

²⁶⁹ Cass. 3^e Civ., 18 février 2003, n°99-12203, RGDA 2003, 311, note H. Périnet-Marquet, RDI 2004, p. 60, obs. P. Dessuet ; Cass. 3^e Civ., 7 juillet 2004, n°03-12.325, RDI 2004, p. 419, obs. P. Dessuet ; Civ. 3, 20 juin 2007, n° 06-15.686, RGDA 2007. 858, note M. Périer.

²⁷⁰ Civ. 3, 29 juin 2017, n° 16-19.634, RDI 2017. 417, obs. I. Bonardi.

²⁷¹ Arrêt dit Goetgeluk, Cass. 3^e Civ., 17 décembre 2003, Defrénois 2005, 72, obs. H. Périnet-Marquet ; RDI 2004, p. 55, obs. G. Leguay. Ci-après document 42, n°188 et 189.

²⁷² Cass. 3^e Civ., 18 janvier 2006, n°04-17400 ; Bull civ III, n°17, RDI 2006, 133, obs. P. Malinvaud ; Defrénois 2006, n°19, p. 1503, note H. Périnet-Marquet ; RGDA 2006, p. 464, note J.-P. Karila ; RDI 2006, p. 108, obs. G. Leguay (affaire des corbeaux).

184. C'est précisément cette contradiction que j'ai souhaité analyser en commentant, quelques années plus tard, l'arrêt de la même troisième chambre civile en date du 6 septembre 2018.

En l'espèce, des maîtres d'ouvrage effectuent une déclaration de sinistre auprès leur assureur dommages-ouvrage au titre de fissures apparues en façade de leur pavillon, et ceci pendant la période décennale. L'assureur accorde sa garantie et prend en charge les travaux de réparation préconisés par le rapport d'expertise, mais ces travaux s'avèrent insuffisants, puisque les fissures traitées réapparaissent ultérieurement, après expiration du délai décennal.

Autant dire que la situation factuelle était très proche de celle de l'arrêt du 22 juin 2011, d'autant plus que, dans les deux cas, la cause réelle des désordres -non traitée lors des travaux de reprise initiaux- semble avoir tenu à un problème de sol et à une inadaptation des fondations du pavillon.

Pourtant, ici, les maîtres d'ouvrage n'obtiennent pas satisfaction, au motif que leur assignation à l'encontre de l'assureur dommages-ouvrage, formulée plus de 10 ans après la réception, était irrecevable.

185. La rédaction de l'arrêt laisse le lecteur quelque peu sur sa faim, la Cour se contentant de rappeler l'argumentation du demandeur avant de la rejeter de façon laconique. La notion de désordre évolutif est « définie, aux termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 2006²⁷³, opérant un revirement de jurisprudence, comme de nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal, qui trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration de ce délai ». Cette définition rappelle que le délai décennal est un délai d'épreuve et « un ouvrage ou une partie d'ouvrage, qui a satisfait à sa fonction pendant dix ans, a rempli l'objectif recherché par le législateur ».

Sans doute la décision s'explique-t-elle largement par la maladresse de l'argumentation soutenue par les maîtres d'ouvrage, puisqu'aucune demande n'avait été formulée à l'encontre de l'assureur dommages-ouvrage au titre de son obligation de préfinancer une réparation qui mette un terme aux désordres. Le moyen tentait en revanche, assez maladroitement, d'invoquer le principe de sécurité juridique et le droit à un procès équitable pour s'opposer à l'application de la définition des désordres évolutifs adoptée en 2006.

Il n'en reste pas moins que cette décision illustre, en présence de dommages apparus plus de 10 ans après la réception, une différence de sort selon le principe jurisprudentiel invoqué.

L'arrêt du 6 septembre 2018 a donc constitué une opportunité pour revenir sur ce qui me semble être une forme de contradiction et souhaiter, comme je l'avais déjà fait dans le commentaire de l'arrêt du 22 juin 2011, une modification de la définition des dommages

²⁷³ Il s'agit de l'arrêt de la troisième chambre civile cité note précédente.

évolutifs adoptée en 2006, compte tenu en particulier de la profonde ambiguïté de la notion « d'ouvrage siège du désordre »²⁷⁴.

c) ...et s'inscrit dans une perspective plus large de la spécificité de l'assurance construction...

Doc 42. « Questions autour de l'assurance construction, un droit autonome ? » Actes pratiques et ingénierie immobilière LexisNexis 2018, p. 22, en collaboration avec le Professeur David Noguéro.

186. À l'initiative du Professeur Solange Becqué-Ickowicz, un colloque a été organisé à l'Université de Montpellier à l'occasion des 40 ans de la loi Spinetta²⁷⁵. Nous avons été invités, avec le Professeur David Noguéro, à intervenir sur le thème « Questions autour de l'assurance construction : un droit autonome ? ».

Ce fut l'occasion, là encore, de présenter et d'analyser la jurisprudence sur l'obligation d'une réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, mais dans une perspective plus large et en essayant de faire le lien entre différents courants jurisprudentiels qui s'inspirent d'une même logique et d'un même esprit, à savoir en l'occurrence les principes admis respectivement en matière d'absence d'ouvrage²⁷⁶ et d'affectation de l'indemnité²⁷⁷.

Dans les trois cas, en effet, la Cour de cassation a privilégié une solution originale conforme à la volonté du législateur, à savoir permettre une réparation rapide et effective de l'ouvrage. Qu'il s'agisse d'affirmer que l'assureur dommages-ouvrage est tenu de prendre en charge des travaux qui n'avaient été ni prévus ni réalisés initialement, que l'assuré doit, de son côté, affecter obligatoirement l'indemnité perçue à la réparation des désordres et rembourser l'éventuel trop perçu ou encore que la réparation financée doit être de nature à mettre fin aux désordres, le même idée est à l'œuvre, l'assureur dommages-ouvrage voit son obligation fixée à l'aune des travaux de réparation : la totalité des travaux nécessaires, uniquement les travaux nécessaires²⁷⁸.

²⁷⁴ Sur cette ambiguïté, voir notamment, dès l'origine, les remarques de H. Périnet-Marquet, sous Cass. 3^e Civ., 18 janvier 2006, Defrénois 2006, p. 1503 et celles de P. Malinvaud, RDI 2006, p. 133 ; du même auteur, sous 3^e Civ., 24 mai 2006, RDI 2006, p. 379. Il faut rappeler que dans l'arrêt du 18 janvier 2006, les désordres litigieux, qui affectaient de nouveaux « corbeaux » (pièces de support sous des balcons), étaient apparus plus de 15 ans après les désordres initiaux et plus de 20 ans après la réception. Ces circonstances assez exceptionnelles justifiaient sans doute que soit posée une limite à la notion de prévisibilité des désordres, mais avec le recul, il me semble que le critère retenu est, au par cas, d'une application pour le moins incertaine.

²⁷⁵ Colloque organisé par « Les robes du droit de la construction », « Les 40 ans de la loi Spinetta, questions et perspectives » le 26 mars 2018. Les différentes contributions ont donné lieu à une publication dans un dossier de la revue Actes pratiques et ingénierie immobilière LexisNexis, n°4, octobre novembre décembre 2018, dossier dont est extrait l'article présenté.

²⁷⁶ Civ. 1, 3 février 1993, n°90-13263, Bull civ. 1, n°50, RDI 1993, 239, obs. G. Leguay ; RGAT 1993, p. 305, note J. Bigot ; G. Leguay et J.-M. Berly, Etat de la jurisprudence judiciaire en matière d'absence d'ouvrage, RDI 1989, 13.

²⁷⁷ Étant précisé que ce dernier sujet a été analysé par le Professeur Noguéro. La répartition de nos contributions respectives était en effet la suivante : j'ai présenté la question de l'absence d'ouvrage (1, A) et celle de l'obligation d'une réparation efficace (2, B) et David Noguéro a traité de l'affectation obligatoire de l'indemnité (1, B), ainsi que de la sanction de la fausse déclaration (2, B).

²⁷⁸ On pourrait également faire référence à la jurisprudence qui a refusé de considérer que les dommages immatériels relèvent des garanties obligatoires : Civ. 1, 25 février 1992, n°89-12138, RDI 1992, p. 231, obs. G.

187. À cet égard, une remarque relative à la nature même de l'obligation de l'assureur dommages-ouvrage peut être formulée.

D'une manière générale, les garanties délivrées par les assureurs ou les banquiers dans le domaine de la construction, plus que de simples obligations de payer, sont susceptibles d'emprunter les traits d'une obligation de faire ou, à tout le moins, de s'y apparenter.

Nous l'avons constaté, en matière de construction de maisons individuelles, avec la garantie de livraison à prix et délai convenus, qui se définit comme une obligation de faire, même si elle ne doit pas être confondue avec celle qui incombait au constructeur initial, puisqu'elle consiste à désigner un repreneur, autrement dit à « faire faire » (document 5). Financièrement, le garant doit prendre en charge la totalité des coûts nécessaires à l'achèvement.

Avec la garantie dommages-ouvrage, l'assureur doit également préfinancer la totalité des coûts nécessaires, dans son cas, à la réparation des dommages de nature décennale. Si l'obligation de l'assureur reste bien, fondamentalement, une obligation de payer, son quantum est, en revanche, fixé par une obligation de faire, celle consistant à réparer effectivement l'ouvrage affecté des désordres.

Encore faut-il préciser que la garantie dommages-ouvrage comporte également une obligation de faire, qui reste certes accessoire par rapport à la prise en charge financière des travaux de réparation, mais dont l'importance ne doit pas être négligée et dont le rôle est central dans la procédure d'indemnisation, celle de désigner un expert²⁷⁹.

188. La spécificité de cette conception, qui ne prévaut évidemment pas dans toutes les branches de l'assurance, explique et justifie pleinement l'affirmation par la Cour d'une affectation obligatoire de l'indemnité d'assurance : les dispositions de l'article L. 242-1 du code des assurances « 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 désordres²⁸⁰ ».

En revanche et *a contrario*, elle conduit à lire avec un certain étonnement l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 18 avril 2019²⁸¹ qui tend à généraliser le principe de l'affectation obligatoire.

Destiné à une large diffusion puisqu'il fera l'objet d'une publication au rapport annuel de la Cour de cassation, cet arrêt affirme que les dispositions de l'article L. 121-17 du code des

Leguay. Il s'agissait en l'espèce de l'assurance de responsabilité décennale obligatoire, mais la solution est également applicable à la dommages-ouvrage.

²⁷⁹ Article A. 243-1 du code des assurances, annexe 2, B, « Obligations de l'assureur en cas de sinistre ».

²⁸⁰ Civ. 3, 17 déc. 2003, n° 02-19.034, Bull. civ. III, n° 232; RDI 2004. 55, obs. G. Leguay ; RDI 2004. 158, obs. P. Dessuet ; JCP 2005, I, 137, n° 36, obs. J.-P. Karila ; RGDA 2004. 102, note J.-P. Karila ; Defrénois 2005, art. 38079, p. 72, obs. H. Périnet-Marquet ; RCA 2004, n° 81 et chron. 6, par H. Groutel, Assurance construction : les mécomptes du maître de l'ouvrage.

²⁸¹ Civ. 2, 18 avril 2019, n° 18-13.371, F-PBRI ; RGDA juillet 2019, p. 18, note J. Kullmann ; Gaz. Pal. 18 juin 2019, p. 64, note M. Ehrenfeld ; RDI 2019, p.349, obs. D. Noguéro.

assurances, selon lesquelles « les indemnités versées en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti doivent être utilisées pour la remise en état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette », sont applicables à « l'ensemble des assurances de dommages ».

Même si cela pouvait être discuté sur un plan théorique²⁸², il était admis jusqu'alors, en pratique, que l'article L. 121-17 du code des assurances, introduit par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, ne s'appliquait qu'aux assurances des catastrophes naturelles.

Autrement dit, à côté des exceptions conventionnelles, qui ne soulèvent pas de difficulté sur le principe, la règle selon laquelle l'assuré peut librement disposer de l'indemnité connaît deux exceptions : la première, légale *stricto sensu*, avec l'article L. 121-17 applicable aux assurances de catastrophes naturelles et la seconde, jurisprudentielle puisque consacrée par la Cour de cassation au regard de l'esprit des textes, en matière d'assurance dommages-ouvrage.

189. L'arrêt du 18 avril 2019, d'interprétation délicate, vient bouleverser cet équilibre.

Sa portée semble néanmoins réduite par la précision qu'il apporte, juste après avoir affirmé le principe nouveau : « l'étendue de l'obligation d'affectation des indemnités d'assurance édictée par le premier alinéa (de l'article L. 121-17) est limitée au montant de ces indemnités nécessaire à la réalisation des mesures de remise en état prescrites, conformément au troisième, par un arrêté du maire ».

Or, dans le domaine de l'assurance construction, comme à vrai dire dans toutes les assurances autres que celle des catastrophes naturelles, aucun texte ne prévoit qu'un arrêté du maire puisse prescrire les remises en état nécessaires...

En tout état de cause, l'arrêt du 18 avril 2019 est d'autant plus intéressant à signaler que, de son côté, la jurisprudence administrative, qui reconnaît également l'obligation d'affectation en assurance dommages-ouvrage, semble au contraire avoir renoncé récemment à justifier cette obligation par une référence à l'article L. 121-17 du code des assurances. En quelque sorte un chassé-croisé !

d) ... laquelle semble également adoptée par le juge administratif.

Doc 43. « Quelques précisions sur l'assurance dommages-ouvrage en droit public », obs. sous Conseil d'État, 26 mars 2018, 7^e et 2^e Ch. Réunies, n°405109, RDI 2018, p. 461²⁸³.

190. Les maîtres d'ouvrage publics jouent un rôle considérable dans l'acte de construire et le juge administratif a toujours été compétent pour trancher les litiges relatifs à la responsabilité

²⁸² J. Bigot, *Traité de droit des assurances*, LGDJ, t. 3, 2^{ème} éd. n°1969 ; J. Kullmann, *Lamy assurances* 2019, n°991. Adde : G. Durré « L'assuré peut-il disposer à sa guise de l'indemnité versée par son assureur de chose ? », *Risques* 2004, n°59, p. 135.

²⁸³ RGDA 2018, p. 255, note J.-P. Karila; *Contrats et marchés publics*, mai 2018, comm 106, note P. Devilliers.

des intervenants en matière de marchés publics de construction. En revanche, la juridiction administrative n'a vu sa compétence reconnue en matière de marchés publics d'assurance que depuis la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001²⁸⁴.

C'est dire que le droit public de l'assurance construction est encore fort jeune et que le Conseil d'État est conduit, depuis quelques années seulement, à « revisiter » les grandes questions juridiques auxquelles la Cour de cassation a été confrontée au cours des années précédentes.

L'arrêt rendu le 26 mars 2018 fait partie de ces décisions tout à fait intéressantes qui permettent de mieux connaître les orientations du droit public et de les comparer à celles du droit privé. L'une des questions tranchées (troisième et cinquième considérants) concerne précisément l'affectation de l'indemnité à la réparation effective des désordres.

191. En l'occurrence, une commune, bien que bénéficiant d'une exonération d'obligation d'assurance, avait décidé de souscrire sur une base volontaire, une assurance dommages-ouvrage à l'occasion de la construction d'une maison des services publics.

La cour administrative d'appel avait, curieusement, rejeté la demande du maître d'ouvrage contre son assureur dommages-ouvrage au motif que les documents produits par la commune ne permettaient pas d'établir qu'elle avait supporté les dépenses de travaux correspondant à la réparation effective des dommages.

Le Conseil d'État censure cette décision en affirmant que l'assureur ne peut exiger de l'assuré la réalisation des travaux avant le versement de l'indemnité, ce qui semble assez naturel dans le cadre d'une assurance de préfinancement. Mais il en profite aussi pour préciser que la procédure spécifique de préfinancement des travaux de réparation des désordres couverts par la garantie décennale avant toute recherche de responsabilité prévue par l'article L. 242-1 du code des assurances « fait seulement obligation à l'assuré d'affecter l'indemnité versée par son assureur à la réparation des dommages ».

De même que la troisième chambre civile de la Cour de cassation²⁸⁵, le Conseil d'État retient donc le principe de l'affectation obligatoire de l'indemnité dommages-ouvrage à la réparation des dommages, et ce au motif des dispositions qui régissent l'assurance dommages-ouvrage et en particulier de la procédure instituée par l'article L. 242-1.

192. Ce n'est pas la première fois que le Conseil d'État consacre l'obligation d'affectation en dommages-ouvrage, mais il l'avait fait jusqu'alors, comme cela a été signalé, en application de l'article L. 121-17 du code des assurances²⁸⁶!

²⁸⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite MURCEF.

²⁸⁵ Jurisprudence constante depuis l'arrêt Goetgeluck du 17 décembre 2003, précité note 271.

²⁸⁶ Même résultat, autre voie. Ainsi, CE 7/2^e réunies, 10 février 2017, n°397630, RGDA 2017, p. 260, note J.-P. Karila ; Gaz. Pal. 16 mai 2017, chron. p. 69, note F.-X. Ajaccio, A. Caston et R. Porte ; CE 7/2^e réunies : « si l'assuré est tenu, en application des dispositions de l'article L. 121-17 du code des assurances précitées, d'utiliser l'indemnité versée par l'assureur en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti pour procéder à la remise en état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette » ; ainsi également, CE 7/2^e réunies, 5 juill. 2017, n° 396161 ; RGDA 2017, p. 522, note J.-P. Karila : « Considérant qu'aux termes de l'article L. 121-17 du code des assurances... (reprise du texte de l'article), qu'il résulte de ces dispositions que

Il sera donc intéressant d'observer l'évolution à venir des jurisprudences judiciaire et administrative : quelle sera l'interprétation donnée à l'article L. 121-17 et, surtout, quel champ d'application, quel périmètre lui sera attribué ?

Pour ma part, je me contenterai de noter, en ce qui concerne l'assurance dommages-ouvrage, qu'il est beaucoup plus satisfaisant de justifier l'affectation obligatoire de l'indemnité à la réparation des dommages par les dispositions de l'article L. 242-1 du code des assurances que par celles de l'article L. 121-17 : d'une part, cette solution est parfaitement cohérente et en phase avec la procédure de préfinancement en vigueur dans le domaine de l'assurance construction, d'autre part cela évacue l'inconfortable question de la référence à un arrêté du maire censé prescrire les mesures de remise en état nécessaires.

193. Le même arrêt du Conseil d'État apporte un éclairage sur trois autres questions d'importance.

- Dans quelle mesure les dispositions légales et réglementaires propres à l'assurance dommages-ouvrage s'appliquent-elles lorsque le maître d'ouvrage n'est pas assujéti à obligation d'assurance et souscrit le contrat sur une base volontaire ?

Pour le Conseil d'État, il ressortait des pièces du dossier soumis aux juges du fond, en particulier des termes du contrat d'assurance dommages-ouvrage « *Batimo* » conclu entre l'assureur et la commune, que les parties avaient entendu se placer sous le régime défini par les dispositions du code des assurances. Les clauses-types étaient, au demeurant, reproduites dans le contrat.

Au-delà de ces circonstances dénuées d'ambiguïté, il faut espérer qu'une application monolithique des garanties obligatoires sera retenue dès lors que le contrat fait référence, même sans les reproduire, aux dispositions propres à l'assurance dommages-ouvrage. Il s'agit, pour reprendre la formule utilisée précédemment, d'une assurance « à contenu obligatoire » (n°97).

- Quelles sont les exigences contractuelles imposées à l'assureur pour qu'il puisse invoquer la prescription biennale ?

La Cour de cassation a admis à de nombreuses reprises, au visa de l'article R. 112-1 du code des assurances selon lequel les polices d'assurances doivent rappeler « les dispositions des titres Ier et II de la partie législative du présent code concernant (...) la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance », que le contrat d'assurance devait également « reproduire les causes d'interruption, y compris les causes d'interruption ordinaires résultant du code civil »²⁸⁷.

l'assuré est tenu d'utiliser l'indemnité versée par l'assureur en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti pour procéder à la remise en état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette ».

²⁸⁷ En dernier lieu, la Cour de cassation a décidé que « l'assureur qui, n'ayant pas respecté les dispositions de l'article R. 112-1 du code des assurances, ne peut pas opposer la prescription biennale à son assuré, ne peut pas prétendre à l'application de la prescription de droit commun », Civ. 3, 21 mars 2019, n°17-28.021, RDI 219, p.

C'est précisément la même affirmation qu'adopte ici le Conseil d'État. À défaut de respecter cette exigence, l'assureur ne peut opposer à l'assuré la prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances.

- Enfin, l'assureur dommages-ouvrage peut-il notifier à l'assuré sa position de principe sur la garantie en même temps qu'il lui communique le rapport d'expertise préliminaire ?

Là encore, il convient de se référer, pour mieux comprendre la décision, à la jurisprudence judiciaire et à l'affirmation par la Cour de cassation, dans la rédaction initiale des clauses-types, 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 »²⁸⁸.

L'arrêté du 19 novembre 2009 portant actualisation des clauses-types en matière d'assurance construction a modifié la rédaction du texte pour autoriser un envoi concomitant, mais la Cour de cassation a refusé de lui donner un effet rétroactif²⁸⁹.

C'est cette même prohibition d'un envoi simultané du rapport d'expertise et de la position de principe, avec la même sanction, à savoir l'acquisition automatique de la garantie, qui est adoptée le Conseil d'État.

Pour ma part, je reste opposé à cette interprétation des textes et regrette une contrainte, lourde en termes de gestion, qui n'apporte en réalité aucune garantie supplémentaire à l'assuré.

Mais, au moins, cette décision présente-t-elle un grand mérite. Celui de marquer une volonté de convergence entre les deux jurisprudences, tendance que l'on observe assez généralement en matière d'assurance construction, alors que sur le terrain de la responsabilité des constructeurs, les choix des juridictions des deux ordres sont restés très souvent divergents sans que l'on en perçoive toujours la justification²⁹⁰.

288, obs. D. Noguéro ; Constr.et Urb. Mai 2019, n°63, obs M.-L. Pagès de la Varenne. Voir aussi, sur la charge de la preuve Civ. 2, 18 avril 2019, n°18-13.938, RDI 201, p. 348, obs. D. Noguéro.

²⁸⁸ Civ. 3, 18 février 2004, n°02-17976, Bull civ. III, n°29 ; RDI 2004, 151, obs. G. Leguay, RGDA 2004, 439, note J.-P. Karila ; Gaz. Pal. 24 mars 2004, obs. P. Dessuet ; Defrénois 2005, 70, note H. Périnet-Marquet., 2013, comm 153, M.-L. Pagès de Varenne.

²⁸⁹ Civ. 3, 27 mai 2010, n°09-13942, RDI 2010, 455, obs. P. Dessuet ; Civ. 3, 12 janvier 2011, n°09-71991, RDI 2011, 176, obs. P. Dessuet ; Civ. 3, 24 septembre 2013, n°12-25245, RDI 2014, 358, obs. L. Karila ; Const. et Urb.

²⁹⁰ Voir par exemple les études sur la responsabilité des constructeurs en droit privé (n°470 et s.) et en droit public (n°480 et s.) dans le Dalloz Action droit de la construction, 7^{ème} éd. 2018/2019, sous la diction de P. Malinvaud. « Au-delà des similitudes qui caractérisent la responsabilité des constructeurs dans les deux branches du droit et les solutions qui ont été retenues par les tribunaux des deux ordres, des éléments de différenciation notable subsistent... » H. de Gaudemar et B. Delaunay, n°480.12.

194. Arrivé au terme de cette thèse, je voudrais revenir en quelques mots sur la question posée dans le titre de sa conclusion, celle de l'autonomie du droit de l'assurance construction.

En réalité, l'interrogation avait un caractère provocateur, puisqu'il ne fait aujourd'hui aucun doute que le droit commun des assurances a vocation à s'appliquer aux deux obligations instituées par les articles L. 241-1 (responsabilité décennale) et L. 242-1 (dommages-ouvrage) du code des assurances²⁹¹.

En ce sens, non, le droit de l'assurance construction ne peut guère être vu comme un droit autonome !

En revanche, pour expliquer la cohérence -et mieux comprendre- les solutions consacrées par le droit positif, il m'a semblé intéressant, dès l'introduction et tout au long des développements, de souligner l'originalité de ce que l'on peut nommer le système Spinetta, de mettre en exergue les dérogations au droit commun de l'assurance qu'il induit.

195. Dans le cadre du principe de la double détention voulu par le législateur, cette originalité, en résumé et de façon très schématique, se traduit principalement par trois traits caractéristiques, s'articule autour de trois axes :

- Une assurance de préfinancement dont l'objet se calque exactement sur les travaux de réparation nécessaires à la reprise effective des dommages.
- Une assurance de responsabilité décennale qui supporte le recours de l'assureur de dommages et a vocation à être pérenne, puisqu'elle est gérée en capitalisation pour la durée d'exposition au risque.
- Deux assurances non seulement obligatoires, mais encore dont le contenu constitue un ensemble indivisible, autrement dit deux assurances « à contenu obligatoire ».

Nombre de problématiques qui agitent aujourd'hui l'assurance construction pourraient-ou auraient pu- être mieux appréhendées grâce à une compréhension en profondeur de ces trois particularités, qu'il s'agisse par exemple de la défaillance des assureurs *low cost* (documents 12 à 15), de la définition du secteur d'activité en assurance de responsabilité décennale obligatoire (documents 21 à 23) ou encore de l'obligation, à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, de préfinancer une réparation efficace (documents 40 et 41).

196. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'avenir de la loi Spinetta, texte, à bien des égards, remarquable, me semble loin d'être certain²⁹².

²⁹¹ Interprétation *a contrario* de l'art. L.243-7 du code des assurances. Voir à ce sujet la démonstration de J. Bigot, « A propos de l'assurance construction : droit commun ou droit spécial ? Un problème mal posé », *Gaz. Pal.* 4 juin 1998, *doctr.* p. 699.

²⁹² Et ceci même si l'on peut penser que cet avenir ne se jouera pas au niveau européen. Pour être schématique, disons que les inquiétudes soulevées lors du débat sur l'« eurocompatibilité » de la loi Spinetta ne sont plus aujourd'hui d'actualité et que le droit de l'Union européenne ne devrait pas menacer, du moins à court terme, le dispositif français en vigueur (dans ce sens, H. Périnet-Marquet : « l'avenir de la loi Spinetta demeure donc, à court ou moyen terme, purement franco-français », *propos conclusifs* lors de la conférence organisée par l'Université de Montpellier sur le thème des 40 ans de la loi Spinetta, *LexisNexis* 2018, p. 34, dossier dont est

Dans ma vie professionnelle, ainsi que dans mes activités d'enseignement, j'ai, en effet, le sentiment d'être de plus en plus fréquemment confronté à une certaine incompréhension ou méconnaissance de l'esprit de la loi, des valeurs qui ont présidé à son adoption et en font, encore aujourd'hui, la force.

Pourtant, que l'on approuve ou non les choix faits à l'époque par le législateur, on se doit de reconnaître qu'ils l'ont été de façon cohérente et avec la seule préoccupation de l'intérêt général, loin de l'influence des actions de lobbying dont le poids est si évident dans nombre de textes adoptés aujourd'hui²⁹³.

197. Instaurée par un législateur qui a voulu, en 1978, réformer globalement le secteur de la construction, y compris les responsabilités et le contrôle technique, interprétée largement par une jurisprudence qui, de son côté, a souhaité renforcer encore la protection du maître d'ouvrage, modelée enfin par une riche pratique professionnelle, l'assurance construction « à la française » est le fruit d'une longue histoire.

Elle a su, jusqu'à présent, faire preuve d'une remarquable adaptabilité et traverser plusieurs périodes de crise²⁹⁴.

Pour ma part, je souhaite ardemment que l'aventure se poursuive et que les grandes lignes du système juridique actuel soit préservées. Pas uniquement parce que notre droit de l'assurance construction permet, globalement, une indemnisation amiable, rapide et efficace des dommages affectant l'ouvrage, mais aussi, et sans doute plus fondamentalement, parce qu'il joue un rôle essentiel dans la conception non seulement juridique, mais aussi technique, économique et sociétale des activités du domaine de la construction en France²⁹⁵. Parce qu'il est devenu, en quelque sorte, un élément de notre culture.

extrait le document 42). En revanche, un projet de réforme consistant à « revisiter » le texte serait aujourd'hui à l'étude au Conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique (CSCEE), et ceci dans le cadre d'une concertation très limitée.

²⁹³ Pour reprendre trois exemples cités dans la présente thèse, le malheureux article L. 111-13-1 introduit dans le code de la construction et de l'habitation par la loi dite de transition énergétique du 17 août 2015, sans aucune considération et/ou prise en compte de la définition de la notion d'impropriété à la destination, fruit d'une longue construction jurisprudentielle (document 27), la tentative d'introduction, à l'emporte-pièce, d'une disposition législative pour contrer la jurisprudence relative à l'installation d'un élément d'équipement sur existant (document 31) ou encore l'interprétation minimaliste de la mission défaillance du FGAO lors de la réforme opérée par l'ordonnance du 27 novembre 2017 (document 14).

²⁹⁴ On pense en particulier à ce qu'il avait été convenu d'appeler la « dérive jurisprudentielle » au début des années 90 (n°30), aux mauvais résultats annoncés pendant longtemps par les assureurs, se traduisant par une raréfaction de l'offre et des difficultés pour assurer notamment les grands chantiers (sur ces sujets, voir rapport IGF/CGPC, rapport sur l'assurance construction, octobre 2006) ou encore, en dernier lieu, à la défaillance des assureurs *low cost* (documents 12 à 15).

²⁹⁵ Cette idée a été développée dans les deux projets pilotes Elios. Voir notamment, rapport Elios 2, résumé en français, p. 20 : « Dans une perspective systémique, l'assurance ne peut être examinée indépendamment des autres éléments du cadre de la construction, tels que les techniques de construction, l'histoire juridique ou la santé économique globale ». Pour illustrer le propos, lorsque j'ai été consulté par le Gouvernement belge dans le cadre de la réforme qui a abouti à la mise en place d'une assurance obligatoire généralisée (voir n°68), je n'ai aucunement plaidé pour l'adoption d'un système à double détente, ni d'ailleurs pour l'extension de la responsabilité décennale à l'impropriété à la destination. Tout simplement parce que les activités de construction sont fondamentalement différentes Outre Quiévrain, et que l'imposition d'un dispositif identique au nôtre semblait présenter plus d'inconvénients que d'avantages. A noter : je n'aurais eu, au demeurant, aucune chance d'être entendu, compte tenu de la méfiance qui existe en Belgique, comme dans nombre d'autres États européens, à l'égard de la loi Spinetta (voir document 10) !

C'est, me semble-t-il, à la condition que les principes qui régissent la matière soient compris et respectés, autrement dit en évitant de faire, comme on le voit trop fréquemment dans la politique législative actuelle, *tabula rasa* du passé, que le droit français de l'assurance construction sera en mesure d'accompagner les évolutions nombreuses et profondes du monde de la construction qui se profilent pour les années à venir.

Paris, le 7 février 2020

Plan détaillé

Introduction

Titre 1. Les principes fondamentaux de l'assurance construction en France

A/ Le système à double détente

1. Un principe qui s'inscrit dans une conception globale cohérente

- a) Étude générale (doc 1)
- b) Article de synthèse (doc 2)

2. Un principe qui connaît peu d'exceptions

- a) Une exception légale, l'assurance dommages-ouvrage avant la réception des travaux. Le concours possible avec la garantie de livraison
 - a.1 Sur la garantie de livraison en général
 - a.1.1 Quant à l'étendue de l'obligation à la charge du garant (doc 3)
 - a.1.2 Quant à la nature juridique de la garantie (doc 4)
 - a.1.3 Quant à la qualification de l'obligation du garant (doc 5)
 - a.2 Sur le concours entre les deux garanties (doc 6)
- b) Une exception résultant des clauses-types, l'assurance dommages-ouvrage sanctionnée pour non-respect des délais
 - b.1 L'étendue de la sanction encourue par l'assureur dommages-ouvrage en cas de non-respect des délais (doc 7)
 - b.2 Les conséquences d'une telle sanction en termes de recours (doc 8)
- c) Une exception due à la jurisprudence, l'assurance dommages-ouvrage mobilisée après expiration de la période décennale (doc 9)

B/ Une conception atypique à l'échelle européenne : la spécificité française

1. L'éclairage donné par *Elios* sur la spécificité française (doc 10 et 11)

- a) La réelle originalité du système français
 - a.1 Un constat historique
 - a.2 Des règles juridiques particulières
 - a.2.1 Obligation d'assurance
 - a.2.2 Responsabilité des constructeurs
- b) La mise en évidence de similitudes en termes de tendances et d'objectifs

- b.1 L'approche comparative fonctionnelle
- b.2 Illustrations
 - b.2.1 Le cas du NHBC
 - b.2.2 La problématique de l'*in solidum*
- c) Les apports des projets pilotes, bilan sommaire
 - c.1 Le débat sur l'euro-compatibilité de la loi Spinetta
 - c.2 La réflexion sur une assurance obligatoire généralisée en Belgique

2. Une conséquence indirecte (et malheureuse) de la disparité des régimes, la défaillance des assureurs *low cost*

- a) La problématique
 - a.1 Chronique d'une catastrophe annoncée (doc 12)
 - a.2 Le rôle du fonds de garantie (doc 13 et 14)
 - a.3 La situation aujourd'hui (doc 15)
- b) Corollaire : la responsabilité des intermédiaires mandataires de l'assureur
 - b.1 La responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires ne crée pas d'immunité au profit de ces derniers (doc 16)
 - b.2 La responsabilité spécifique des assureurs du fait de leurs mandataires présente-t-elle encore un intérêt ? (doc 17)

Titre 2. Le régime juridique de l'assurance construction en France

A/ L'empreinte de l'ordre public

1. Le contenu des garanties obligatoires et les clauses contractuelles restrictives

- a) Dans les assurances obligatoires en général
 - a.1 Une typologie des assurances obligatoires (doc 18)
 - a.1.1 Sur la notion d'assurances « à contenu obligatoire »
 - a.1.2 Plus généralement sur l'instauration d'un droit des assurances obligatoires
 - a.2 La notion d'exclusion de garantie
 - a.2.1 La recherche d'une définition (doc 19)
 - a.2.2 Illustration sur le terrain de la charge de la preuve (doc 20)
- b) En assurance construction en particulier
 - b.1 Secteur d'activité : la recherche d'un équilibre
 - b.1.1 L'activité de constructeur de maisons individuelles inclut celle d'entrepreneur (doc 21)
 - b.1.2 Un contrat d'assurance couvrant les activités d'une entreprise peut stipuler ne pas s'appliquer à l'activité de constructeur de maisons individuelles (doc 22)
 - b.2 Une inflexion préoccupante (doc 23)

2. L'obligation de contracter et ses conséquences

- a) Obligation d'assurer à la charge de l'assureur
 - a.1 La question théorique (retour sur doc 18)
 - a.2 Une réponse audacieuse de la jurisprudence en 1982 (doc 24)
- b) Sanction encourue par le dirigeant d'une personne morale assujettie
 - b.1 Une faute séparable des fonctions (doc 25)
 - b.2 Une faute intentionnelle ou une faute commise intentionnellement ? (doc 26)

B/ La coexistence des assurances obligatoires et facultatives : une dualité de régimes

1. Une frontière difficile à tracer

- a) Questions transversales
 - a.1 Impropriété à la destination et performance énergétique (doc 27)
 - a.2 La réception (doc 28)
 - a.3 L'installation d'un élément d'équipement
 - a.3.1 L'insaisissable régime juridique de l'élément d'équipement : la vocation à fonctionner (doc 29)
 - a.3.2 L'insaisissable régime juridique de l'élément d'équipement (suite) : l'installation sur existants (doc 30 et 31)
- b) De quelques cas particuliers
 - b.1 Le géotechnicien est-il un constructeur ? (doc 32)
 - b.2 Quelles responsabilités dans le cadre de l'utilisation du BIM ? (doc 33)

2. Une frontière à laquelle s'attachent de lourdes conséquences

- a) Le régime de droit commun des assurances facultatives
 - a.1 L'exemple de la TRC (tous risques chantier) et la qualité d'assuré (doc 34)
 - a.2 L'exemple de la garantie effondrement avant réception (doc 35 et 36)
- b) Illustration de la différence de régimes, le sort des exclusions
 - b.1 Sur le terrain du droit commun (doc 37)
 - b.2 En cas d'application des clauses-types (doc 38)
- c) Une influence possible des assurances obligatoires sur les assurances facultatives (doc 39)

Conclusion : un droit autonome ?

- a) Une obligation originale à la charge de l'assureur dommages-ouvrage (doc 40)...
- b) ...qui peut entrer en conflit avec les règles du droit de la responsabilité des constructeurs (doc 41)...
- c) ... et s'inscrit dans une perspective plus large de la spécificité de l'assurance construction (doc 42),...
- d) ... laquelle semble également adoptée par le juge administratif (doc 43).

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- Absence d'ouvrage, 186
- Action directe, 165, 166, 167
- Activité déclarée, 108 et s., 115 et s.
- Action oblique, 166
- Affectation de l'indemnité, 188, 191
- Approche de droit comparé fonctionnelle, 59
- Assujettis à l'obligation d'assurance, 152 et s.
- Assurance dommages-ouvrage
 - Plafonnement des garanties, 30, 160
 - Réparation pérenne et efficace, 182 et s.
 - Subrogation, 43 et s.
- Assurance de responsabilité décennale
 - Assujettis à l'obligation, 154
 - Plafonnement des garanties, 30, 160
- Assurance « tous risques chantier », 163
- Assurances facultatives, 133 et s.
- Assurances obligatoires, 89 et s.
- Assurances « à contenu obligatoire », 96, 97, 109, 160, 177 et 193
- Bâtiment, 30
- BIM, 156
- Bureau central de tarification (BCT), 120 et s.
- Capitalisation, 73
- Carence de l'assuré DO, 46
- Caution, 26, 31
- Champ d'application des assurances obligatoires, 30, 147 et s.
- Clause base réclamation, 30, 178
- Clause d'exclusion, voir exclusion
- Clauses-types, 39, 89
- Concours entre garanties, 35
- Condammations *in solidum*, 61, 62.
- Constructeur de maisons individuelles
 - Activité, 109, 113
 - Garantie de livraison, 20 et s.
- Constructeur (définition), 154
- Coordonnateur sécurité protection de la santé, 152
- Exception de subrogation, 46
- Défaillance
 - Assureurs, 71 et s.
 - Constructeurs, 19, 47
- Délai à la charge de l'assureur DO, 39, 41
- Dépassement de délais, 41
- Dommage
 - Avant réception, 18 et s.
 - Évolutif, 184
 - Réservé, 36
- Double détente
 - Exceptions, 16
 - Origine, 6
 - Principe, 9
- Droit belge, 68
- Durée de la garantie, 30, 73, 160, 178, 195
- Effondrement (avant réception), 165 et s.
- Élément d'équipement, 142 et s.,
- Elios, 48 et s.
- Europe, 48 et s.
- Euro-compatibilité, 66
- Exclusion de garantie
 - Charge de la preuve, 102, 105
 - Notion, 102
 - Validité, 171 et s.
- Exception de subrogation, 46
- Existants, 149, 150.
- Expiration délai décennal, 45, 182 et s.
- Faute du dirigeant, 127 et s.
- FFA, 112
- FGAO, 74 et s., 99
- Fonctionnement de la garantie dans le temps, 30, 73, 160, 178 et s., 195
- Fonds de garantie (FGAO), 74 et s., 98, 99
- GAIPEC, 53

Garantie biennale de bon fonctionnement, 144
 Garantie effondrement avant réception, 165 et s.
 Garantie de livraison à prix et délai convenus, 20
 Étendue, 24
 Nature juridique, 26
 Qualification, 32
 Rôles respectifs avec l'assurance DO, 35
 Géotechnicien, 153
 Habitation, 68
 Immunité des préposés, 81
 Impropropriété à la destination, 58, 136 et s.
 Inopposabilité des exceptions, 98
In solidum, 61, 62.
 Installation d'un élément d'équipement, 142 et s.
 Intermédiaires d'assurance, 79 et s.
 Jurisprudence administrative, 72, 190
 Liberté de prestation de services, 71
 Lignes de force, 13
 Loi du contrat et loi du contrôle, 73
 Mandataires de l'assureur, 79 et s.
 Marché public d'assurance, 72, 190
 Menace grave et imminente d'effondrement, 168
 NHBC, 60
 Nouveaux désordres, v. réparation pérenne et efficace
 Objet assuré, 41
 Obligation d'assurer, 119 et s.
 Obligation de diligence, 46
 Obligation de faire, 32, 187
 Obligation de payer, 187
 Obligation solidaire, 61, 62
 Ordre public, 88 et s.
 Ouvrages soumis, 30, 174
 Performance énergétique, 136 et s.
 Piscine, 130, 176
 Plafonnement des garantie obligatoires, 30, 160
 Police TRC, 163, 164
 Préfinancement, 6, 9, 16, 46, 195
 Prescription biennale, 193
 Procédé technique, 116
 Rapport d'expertise, 193
 Réception, 140, 141
 Réclamation, clause base, 30, 178
 Recours de l'assureur DO
 Exceptions, 16
 Principe, 9
 Statistiques, 16
 Recours du garant de livraison, 28, 31 et 35
 Refus d'assurer, 119, 125
 Réparation pérenne et efficace, 182 et s.
 Réputés constructeurs, 154 et s.
 Responsabilité des intermédiaires, 79 et s.
 Risques en cours de chantier,
 Effondrement, 165
 Garantie de l'assureur DO, 18,
 Menace d'effondrement, 168
 Tous risques chantier, 163
 Sanctions de l'assureur DO
 Étendue, 41
 Conséquences, 43
 Secteur d'activité, 108 et s., 115 et s.
 Sinistres non encore manifestés (SNEM), 73
 Sous-traitant, 178, 179
 Spinetta, 3, 6
 Stipulation pour autrui, 166
 Subrogation, 43 et s.
 Techniques des travaux de bâtiment, 30
 Tous risques chantier (TRC), 163, 164
 Union européenne, 48 et s

RÉSUMÉ

Le droit de l'assurance construction a été, en quelque sorte, marqué au fer rouge par l'adoption d'un texte audacieux, la loi dite Spinetta du 4 janvier 1978. Les choix faits à l'époque par le législateur, interprétés depuis lors avec fermeté par la jurisprudence, expliquent la profonde originalité des règles qui régissent aujourd'hui l'assurance de l'acte de bâtir en France. Comme en témoignent les 43 publications ici présentées, cette originalité se manifeste à la fois par les principes généraux en vigueur, avec en particulier un système d'assurance à double détente qui n'a pas d'équivalent chez nos voisins européens, et par le régime juridique propre aux assurances obligatoires qui se démarque à plusieurs égards du droit commun de l'assurance. La mise en relief de la profonde originalité des règles qui régissent l'assurance construction permet de mieux comprendre les débats jurisprudentiels actuels et nourrit la réflexion à l'heure où se profile une possible réforme.

MOTS CLÉS

Assurance construction. Loi Spinetta. Originalité. Assurances obligatoires. Double détente. Europe.

ABSTRACT

The law of construction insurance has been, in a way, branded by the adoption of a daring text, the so-called Spinetta law of 4 January 1978. The choices made by the legislator at the time, strongly interpreted since then by case law, explain the profound originality of the regulations which today govern insurance of the act of building in France. As evidenced by the 43 publications presented herein, this originality is manifested both by the general principles in force, particularly with regard to the dual-trigger insurance system, for which our European neighbours have no equivalent, and by the legal regime concerning compulsory insurance, which differs in several aspects from ordinary insurance law. Highlighting the profound originality of the regulations which govern construction insurance makes it possible to better understand current case-law debates, and fuels reflection at a time in which possible reform looms before us.

KEYWORDS

Construction insurance. Spinetta Law. Compulsory insurances. Dual-trigger system. Europe.