

Responsabilité et assurance-construction

Le « *lifting* » inachevé...

(Commentaire de l'ordonnance du 8 juin 2005)

S'il est un feuilleton inépuisable, c'est bien celui de l'assurance-construction entraînant à sa suite, à chaque modification, la responsabilité des constructeurs, tant et si bien d'ailleurs qu'on ne sait plus tout à fait aujourd'hui laquelle est l'accessoire de l'autre.

On a aussi le sentiment, à la lumière de l'un des points de la réforme récente apportée par l'ordonnance du 8 juin 2005¹ (que nous nous proposons d'analyser) que le droit est un éternel recommencement.

En effet, voici que l'on renoue, (et c'est heureux) pour les éléments d'équipement professionnels, avec le système de responsabilité des constructeurs de ...1967. Ce dernier qualifiait déjà, avec raison, de vente la fourniture d'appareils mis en place dans l'état où ils sont livrés (article 13 du décret du 22 décembre 1967, devenu article R 111-28 du CCH) !

Pour autant, le dernier épisode nous laisse en haleine, car la réforme est incomplète, s'intéressant à la responsabilité des sous-traitants, elle a oublié de les soumettre à la responsabilité décennale et à l'obligation d'assurance, ce que pourtant les spectateurs, unanimes réclamaient fortement...

La loi du 4 janvier 1978, issue du rapport SPINETTA, et s'inspirant d'une démarche purement technique, avait artificiellement introduit dans notre droit quelques concepts inattendus, de nature « *économico-technique* », spécialement au titre des « *parties de la construction dénommées composants, conçues et fabriquées pour remplir dans un bâtiment un ou plusieurs rôles déterminés avant toute mise en oeuvre* », insérant ainsi dans le code civil ce trop fameux article 1792-4, régissant des éléments qualifiés finalement d'« *EPERS* » (« *Eléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire* », parce qu'on n'a jamais su comment les appeler !

¹ ordonnance n° 2005-658 (publiée au *Journal Officiel* le 9 juin 2005). Commentaires déjà parus, par ordre chronologique : BIGOT, *Semaine Juridique* 2005, I-148, p. 1219 ; LEGUAY, *Lamy Immobilier*, bulletin d'information n° 126, p.5 ; RDI 2005, p. 250 ; PAGES DE VARENNE, *Construction Urbanisme*, septembre 2005, p.8 ; KARILA, *Dalloz* 2005, p.2236 ; *Le Moniteur* n° 5312, cahier détaché n° 2 ; PERINET-MARQUET, *Le Moniteur* n° 5312, p. 114 ; *Le Moniteur* n° 5313, p. 94 ; MALINVAUD, *RDI* 2005, p. 237 ; COURTIEU, *RCA* octobre 2005, p. 7.

Cette réforme avait mêlé la notion d' « *ouvrage* » (articles 1792 et 1792-1) à celle de « *bâtiment* » (articles 1792-2 et 1792-3), ce qui avait entraîné quelques difficultés d'interprétation. De manière plus heureuse, le législateur de 1978 avait utilement imposé l'obligation d'assurance en matière de construction. Mais ses travaux préparatoires montrent qu'il n'avait en vue que la protection du « *logement* » et de l' « *habitat* », raison pour laquelle il parlait de « *bâtiment* » dans deux articles sur la responsabilité des constructeurs, ainsi que dans ceux du code des assurances établissant le principe de l'obligation d'assurance.

Or, s'il était légitime de n'assujettir à l'obligation d'assurance que les seuls travaux de « *bâtiment* », encore eut-il fallu se préoccuper de définir le contenu de cette notion. On a, en pratique, considéré que les choses allaient de soi, sans doute aussi parce que traditionnellement « *bâtiment* », s'oppose à « *génie civil* ».

Pourtant, aujourd'hui comme hier, cerner le contenu de l'obligation d'assurance (au surplus pénalement sanctionnée), exige impérieusement de savoir clairement ce que l'on entend par « *bâtiment* », même si l'on sent bien l'opposition évidente entre cette dernière notion et celle de « *génie civil* ».

Et c'est à cet instant de l'histoire que commence ce nouvel épisode de notre feuilleton, épisode riche en rebondissements, (et aussi en temps morts...) jusqu'au récent dénouement (provisoirement définitif) apporté par l'ordonnance précitée du 8 juin 2005, qui :

- en vertu d'une loi d'habilitation n° 2004-1343, du 9 décembre 2004,
- s'attache, dans le cadre de son habilitation, à la détermination du champ de l'assurance-construction en s'inspirant des réflexions excellentes de trois éminents juristes, judicieusement missionnés à cet effet, les professeurs Périnet-Marquet, Saint Alary-Houin et notre confrère Karila, (voir leur rapport déposé le 18 décembre 1997 et publié à la RDI, 1998, p.1),
- en a aussi profité pour, sortant parfois du cadre de son habilitation, tenter d'atténuer certains excès de la responsabilité de deux intervenants, tentative à peu près réussie au bénéfice des sous-traitants, mais finalement sans grande portée pour ce qui concerne le contrôleur technique.

Penchons-nous d'abord sur les avatars de la notion de « *bâtiment* » (I), avant d'apprécier la réforme (II), et de conclure.

I) LES AVATARS DE LA NOTION DE « *BÂTIMENT* »

Plusieurs tentatives courageuses se sont livrées à l'exercice périlleux que constitue

l'établissement d'une définition en la matière :

- le pouvoir réglementaire (I.1) d'abord, par un effort louable mais voué à l'échec, la question ne relevant pas de son domaine de compétence,
- divers avis (I.2), ministériels ou non, par définition non obligatoires, ce qui en matière pénale ne servait à rien et n'obligeait pas non plus le juge civil à faire autre chose que de s'en inspirer, s'il voulait bien cependant en accepter la démarche, ce qui ne fut pas le cas...

Il en est même résulté une regrettable dérive jurisprudentielle (I.3), à laquelle les praticiens ont tenté de réagir (I.4), avant que la commission Périnet-Marquet n'en soit saisie (I.5).

La présentation des tous premiers épisodes est très largement empruntée à la synthèse très complète qu'en a établi le remarquable rapport de la commission Périnet-Marquet.

I.1) La tentative de l'arrêté du 17 novembre 1979

Au titre de la rédaction des clauses types prévues par l'article L. 310.7 du code des assurances, un arrêté ministériel du 17 novembre 1978 avait défini :

- **les travaux de bâtiment** comme ceux « *dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir, et qui offrent une protection au moins partielle, contre les agressions des éléments naturels extérieurs*»,
- **les notions d'ouvrage, de parties d'ouvrage ou d'éléments d'équipement, au sens de l'article 1792-4** du code civil, comme « *les parties de la construction dénommées composants, conçues et fabriquées pour remplir dans un bâtiment un ou plusieurs rôles déterminés avant toute mise en oeuvre* ».

Malheureusement, le Conseil d'État annulait pour excès de pouvoir, le 30 décembre 1979, l'article A. 241-2 du code des assurances dans sa rédaction issue de l'arrêté précité du 17 novembre 1978, et ce à la requête de la FNTP, qui craignait qu'il en résulte une assurance obligatoire des travaux de génie civil.

Faut-il rappeler qu'antérieurement c'était le Conseil d'Etat, consulté pour avis sur le projet de loi, qui avait souhaité que cette définition ne figure pas dans la loi, mais dans les textes d'application...

Il a donc fallu essayer de trouver quelques palliatifs.

1.2) L'échec des définitions proposées par des textes non obligatoires

Le COPAL (dans divers avis), le ministère de l'Environnement (dans deux circulaires n°79-38 du 5 avril. 1979 et n°81-04 du 21 janv. 1981) et des réponses ministérielles s'essayèrent à livrer des définitions.

L'avis du COPAL, publié dans le *Moniteur des travaux publics*, du 21 février 1986, propose :

- « *d'éliminer tout ce qui ne présente pas un caractère de permanence, ainsi que tout ouvrage d'art ou de génie civil* »,
- d'écarter « *tout ce qui n'est pas un corps creux à l'intérieur duquel l'homme est appelé à se mouvoir* »,
- d'adopter des critères positifs, « *ceux correspondant à la fonction construction, c'est-à-dire des ouvrages, soit de fondation, soit d'ossature, soit de clos, soit de couvert* », quatre idées étant en définitive retenues, celles :
 - a) d'abri, de protection contre les agressions des éléments naturels extérieurs,
 - b) de construction élevée sur le sol, ou le sous-sol,
 - c) d'espace vital permettant à l'homme d'utiliser cet abri,
 - d) de liaison permanente avec des éléments d'équipement connexes;

Pour les installations sportives, le COPAL suggère que :

- les ouvrages relevant du domaine de « *l'infrastructure* », comme les constructions sportives tels que les stades, soient exclus de l'obligation,
- les équipements et locaux annexes entrent dans le domaine du bâtiment;
- pour les courts de tennis, seuls les tennis couverts soient qualifiés de bâtiments, tandis que ceux de plein air, ouvrages de génie civil, ne relèveraient pas de l'obligation.

Pour sa part, la circulaire ministérielle précitée du 5 avril 1979 avait tenté de préciser le champ d'application de l'assurance obligatoire en établissant une liste d'ouvrages exclus. La circulaire répudiait le terme « *génie civil* », terme se référant plus, selon elle « *à la destination des ouvrages ... qu'à des techniques particulières de construction* » et recouvrant des travaux « *appartenant au domaine infrastructure et industrie* ».

Cette démarche intéressante et assez complète sera précisément reprise, bien plus tard, par notre ordonnance du 8 juin 2005, y compris en ce qui concerne la notion d' « *infrastructure* », dont nous verrons cependant qu'elle demande à être précisée.

Enfin, plusieurs réponses ministérielles avaient été apportées, sans faire vraiment avancer les choses...

1.3) Les errements de la jurisprudence

Force est de constater qu'ainsi livrée à elle-même, la jurisprudence a fortement dérivé. La Cour de cassation a même tenté de s'en justifier dans son rapport annuel de 1994. L'évolution de la jurisprudence a été marquée par deux décisions importantes, rendues en 1991 et 1996, ce qui suppose de commencer par relater ce qui s'est passé avant 1991.

Par ailleurs, le Bureau Central de Tarification a apporté une contribution plus réaliste, mais malheureusement limitée, puisque n'intervenant qu'au hasard de ses saisines.

a) Avant 1991

La jurisprudence antérieure à 1991 ne s'est pas vraiment sentie concernée par les critères d'interprétation esquissés ci-dessus.

Elle a soumis à assurance obligatoire bon nombre d'ouvrages ne constituant pas des bâtiments, tels que des :

- **silos à grains** : (Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1989, *RGAT* 1990.160, obs. Bigot, *Resp. civ. et assur.* 1990, com. 95, obs. GROUTEL, *RDI* 1990.223, obs. Dubois);
- **courts de tennis** : (Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *RGAT* 1990.585; 2 mai 1990, *Resp. civ. et assur.* 1990, n°307, *RGAT* 1990.585, obs. d'Hauteville, *RDI* 1990.514, obs. Dubois);
- **piscines** : (Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *RGAT* 1989.870, obs. Bigot, cette *Revue* 1989.482, obs. Dubois; *contra*, CA Aix, 22 juin 1982, *Gaz. Pat* 1983-1 *somm.* 13, cette *Revue* 1983,252, obs. Durry);
- **pieux soutenant une station d'épuration** : (Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1989, mêmes références que l'arrêt du 14 juin cité *supra*);
- **revêtements d'une route et de trottoirs** : (CA Paris, 14 déc. 1990, *RDI* 1991.80, obs. Leguay. *Contra*, toutefois, pour l'exclusion de travaux de VRD

du champ de l'assurance obligatoire: CA Paris, 23 oct. 1992, RGAT 1992.866, obs. Bigot).

Plusieurs décisions du **Bureau Central de Tarification** ont également contribué à mieux préciser le champ d'application de l'assurance obligatoire. Ainsi :

- des **abris démontables** installés sur les quais de la SNCF n'ont pas été considérés comme des travaux de bâtiment (décision du 30 juin 1981)
- la même solution a été adoptée pour un **élément d'équipement industriel** (décision du 23 déc. 1987 : « *considérant qu'il résulte de l'instruction que si, d'une part, le Vivitron 35 MV est un élément lourd contribuant à la fonction de recherche et que par ses caractéristiques d'installation il constitue un immeuble par destination, d'autre part, que sa dépose pour démontage ou son remplacement ne pourrait s'effectuer sans détérioration, ou enlèvement de matière du bâtiment qui l'abrite, cet équipement ne participe pas à l'une ou l'autre des fonctions de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert de ce bâtiment, n'entre pas dès lors dans le champ d'application de l'article 1792-2 du code civil* »).

En 1991 la Cour de cassation a pris un parti encore plus général et finalement bien aventureux.

b) L'arrêt du 26 février 1991 et les « **travaux faisant appel aux techniques de travaux de bâtiment** »

A l'époque, l'assurance-construction relevait de la première chambre civile de la Cour de cassation. A propos d'un mur de soutènement, et par un arrêt remarqué du 26 février 1991 (RGAT 1991.402, note critique J. Bigot, *Bul. civ.* I, n°75), cette formation a livré sa formule (devenue fameuse depuis) définissant bien malencontreusement les travaux de bâtiment comme ceux « *faisant appel aux techniques de travaux de bâtiment* ».

La troisième chambre civile a, hélas, repris cette formulation, à propos d'un autre mur de soutènement (Cass. civ. 3ème, 16 juin 1993, *Bul. civ.* III, n° 85, JCP 1993.IV, n°2095, p, 254, 01993.IR.167, *Gaz. Pal.* 1994.1. *Pan.* 2).

C'est ainsi qu'ont été considérés comme des travaux de bâtiment, au motif qu'ils avaient « *fait appel à des techniques de travaux de bâtiment* », ceux relatifs à :

- **un mur de soutènement**; par, outre les arrêts précités, Cass. civ. 1ère, 31 mars 1993, RGAT1993.609, note d'Hauteville, *Bul. civ.* I, n° 153 ; Cass. civ. 1ère, 15 déc. 1993, RGAT 1994.568.
- un « **mur de soutien** » (CA Dijon, 19 nov. 1996, RGDA 1997.781, note d'Hauteville),

- et ce, alors même que dans certains cas, les murs de soutènement considérés étaient éloignés du bâtiment et non destinés à « *soutenir celui-ci ou à assurer la stabilité de ses fondations* » ;
- **une piscine découverte** (CA Dijon, 9 sept. 1993, RDI, 1994.471, obs. Dubois);
- **une station de métro** : (Cass. civ. 1ère, 9 avr. 1991, RGAT 1991.608, note critique Bigot);
- **une dalle en béton armé**, destinée à supporter ultérieurement le montage d'une piscine extérieure préfabriquée: (Cass. civ. 1ère, 30 janv. 1996, *Resp. civ. et assur.* 1996, comm. n° 154; *RGDA* 1996.392, note d'Hauteville)
- **un tennis découvert** : Cass. civ. 1ère, 9 mai 1994, *RGAT* 1994.1192, note Karila; CA Dijon, 9 sept. 1993, cette *Revue* 1994.47 1, obs. Dubois; CA Aix, 13 févr. 1996, *Juris-Data*, n° 040583);
- **un tennis** : (23 juin 1992, *RGAT* 1992.574, obs. Bigot, *Resp. civ. et assur.* 1992, n°430, RDI 1993.106, obs. Dubois; 9 mai 1994, *Bul. civ. I*, n° 167, p. 123, RDI 1994.470, obs. Dubois, *RGAT* 1994.1192, obs. Karila);
- **un silo à grains** : (Cass. civ. 1ère, 20 déc. 1993, RDI 1994.272, obs. Dubois).

c) La tentative de justification apportée par le rapport annuel pour 1994

Pour la Cour Suprême, il s'est agi de protéger les « *intérêts des particuliers qui, ignorant le plus souvent les subtilités d'un langage très technique, auraient pu découvrir — mais trop tard — que l'entrepreneur qu'ils avaient choisi n'était pas couvert par son assurance de responsabilité pour tous les ouvrages relevant de sa compétence professionnelle* ».

Si l'on confronte cette préoccupation et les arrêts rendus, on constate que dans la plupart des cas, le débat n'intéressait pas de simples particuliers :

- les murs de soutènement étaient bien souvent fort éloignés des bâtiments,
- la station de métro n'intéresse les particuliers qu'en qualité d'utilisateurs, mais non de maître de l'ouvrage ...
- la dalle en béton armé destinée à supporter une piscine extérieure préfabriquée ne concernait pas, semble-t-il, un particulier,
- le silo à grains ne fait pas de doute à ce sujet.

Ne restent donc que les tenniss, bien insuffisants pour justifier un tel parti.

Il est vrai que le rapport ajoutait rejeter la distinction « bâtiment »/ « génie civil », jugée « inopportune et mal adaptée dès lors qu'elle se réfère plus à la destination des ouvrages qu'aux techniques utilisées pour la construction. »

Et d'ajouter alors « C'est, en définitive, et très concrètement, ce dernier critère qui a été retenu : dès lors que la réalisation de l'ouvrage a fait appel aux techniques des travaux de bâtiment, elle relève de la garantie obligatoire de l'assurance de responsabilité ».

Pourtant les opérations de génie civil sont d'une autre dimension que celles de « pur » bâtiment. Elles sont lancées sous la maîtrise d'ouvrage de personnes morales (publiques ou non) fréquemment elles-mêmes dispensées de recourir à l'assurance. On avait donc perdu de vue ces données fondamentales.

Les choses ont été de mal en pis quand, en 1996, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a étendu cette interprétation aux locaux autres que d'habitation.

d) L'arrêt du 26 mars 1996 et l'extension de la notion de « techniques de travaux de bâtiment » à des locaux autres que d'habitation

Rencontrant un dispositif de décalage d'un silo, la première chambre civile a proclamé qu'aucune distinction ne devait être faite, pour l'assujettissement à l'assurance obligatoire, « selon que les techniques de travaux de bâtiments mises en oeuvre concernent un local d'habitation ou un local industriel et commercial » (Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *Bull. civ.*, n° 149, p. 104, RDI 1996,380, obs. Malinvaud et Boublis, 242 obs. Leguay; RDI 1997.96, obs. Leguay, *Resp. civ. et assur.* 1996, chron. 26, obs. Groutel, *RGDA* 1997.90, note Karila).

Ainsi, des éléments d'équipement d'un ouvrage construit selon les « techniques des travaux de bâtiment » se sont trouvés dits soumis à l'obligation d'assurance, bien qu'ils n'aient, de toute évidence, eu qu'une vocation exclusivement industrielle.

La troisième chambre n'a, quand même, pas suivi cette voie (Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, RDI 1996.84, 1997.99, obs. Leguay, *RGDA* 1997.502, note Karila), à la différence des juges du fond, qui ont fait entrer, sans hésitation, dans le champ d'application de l'obligation d'assurance des ouvrages industriels tels que:

- **une station d'épuration** (TGI Lille, 26 juin 1996, *HLM Nord Artois et Sté Bâtir c/ Sté Sodete.*),
- **une prise d'eau**, à la sortie d'un bassin en tête de canalisations appelé exutoire, au prétexte qu'elle forme, avec les stations de pompage et les bassins, un ensemble constituant des travaux de technique de bâtiment: (CA Rouen, 13 févr. 1997, *RGDA* 1997.525, note Périnet-Marquet);

- **le socle du transformateur d'une centrale électrique** : (CA Toulouse, 2 juin 1997, *Juris-Data*, n°042618).

De tels excès ont amené des concertations diverses, à plusieurs niveaux.

1.4) Les tentatives des praticiens

En juin 1995, un accord était conclu entre la FFSA et la FNB en vue de formuler un certain nombre de propositions. Les travaux en résultant aboutissaient, en avril 1996, à la mise en place, sous les auspices du ministère de l'Équipement, de commissions de réflexion axées principalement sur les thèmes suivants :

- l'expertise et la gestion des petits sinistres l'équilibre du marché de l'assurance,
- la définition juridique du champ de l'assurance construction,
- l'application aux industriels du système d'assurance-construction,
- la « *démarche-qualité* » dans la construction,
- l'entretien des bâtiments et la responsabilité décennale.

Au vu des résultats présentés, le ministère de l'Équipement proposait en novembre 1996, vingt-quatre mesures, articulées autour de six objectifs :

- accroître la responsabilité des acteurs pour moduler la tarification de l'assurance,
- développer le partenariat et la coopération des acteurs,
- équilibrer les responsabilités,
- préciser le champ de l'assurance construction,
- alléger les contraintes de la gestion de l'assurance de dommage,
- améliorer le dispositif dans le secteur de la maison individuelle.

C'est afin de poursuivre cette réflexion que la commission Périnet-Marquet, a été instituée en mai 1997 par le ministère de l'Équipement.

I.5) Les travaux de la commission Périnet-Marquet et l'ordonnance du 8 juin 2005

Dans le cadre d'une large concertation, cette commission a entendu notamment assureurs, constructeurs, promoteurs, organisations de consommateurs, sociétés d'HLM, et contrôleurs techniques, en vue (selon sa mission) de «*proposer toute solution permettant de circonscrire l'obligation d'assurance*».

La jurisprudence, en voulant faire coïncider à tout prix le domaine de l'assurance obligatoire et celui de la responsabilité décennale, avait en effet abouti à faire regrettablement basculer dans le champ de l'assurance obligatoire des travaux de génie civil, au simple prétexte (inadapté) de leur exécution «*suivant des techniques de travaux de bâtiment*».

Prétexte inadapté, car techniquement, cette formulation ne correspond à rien. Comme l'avaient fait valoir les professionnels entendus par la Commission Périnet-Marquet, «*un ouvrage de génie civil peut fort bien être réalisé selon les techniques employées dans les ouvrages de bâtiment*» ! Cette démarche de la Cour Suprême illustre le danger auquel s'expose le juriste s'il raisonne, en quelque sorte, en vase clos et oublie que le droit dépend quand même un peu de la technique.

Il est vrai que laisser les techniciens établir le droit n'est pas plus satisfaisant. La réforme SPINETTA en est l'éloquente illustration dans certains de ses aspects...

Tout est donc question de concertation.

Quoi qu'il en soit, on a pu légitimement parler à l'époque d'une crise de l'assurance construction, puisque les assureurs couvraient des sinistres atteignant des ouvrages qu'ils n'avaient ni prévu, (ni accepté) de garantir en délivrant leurs polices, ne s'agissant pas de «*bâtiments*» au sens classique du terme, mais d'ouvrages de génie civil ! Cette situation était d'autant plus regrettable que :

- le système d'assurance est géré en capitalisation,
- le défaut d'assurance est pénalement sanctionné.

Le rapport de la Commission Périnet-Marquet étant déposé le 18 décembre 1997, le ministère de l'Équipement proposait, en octobre 1998, à la commission technique de l'assurance construction un premier projet de réforme, retenant une définition par exclusions, modifiée le mois suivant.

On y utilisait la notion de «*travaux de construction*», comme critère d'applicabilité de la garantie légale. En mars 1999, une nouvelle version retenait le concept de «*construction d'un ouvrage immobilier*», ensuite abandonné au profit de la notion initiale de «*travaux de construction*».

Ce texte aurait dû normalement être revu par la suite, dans le cadre d'une concertation interministérielle, mais tout cela s'est finalement endormi dans les placards de l'Administration, le sujet ne semblant pas prioritaire...

Pour que les choses bougent, il a fallu, la loi d'habilitation du 9 décembre 2004, autorisant que soient prises, par ordonnance, des dispositions ayant notamment pour objet de :

- préciser le champ d'application de l'assurance dans le domaine de la construction,
- soumettre les actions en responsabilité du sous-traitant aux mêmes délais de prescriptions que celles de la responsabilité des locateurs d'ouvrage.

C'est en application (extensive ...) de cette habilitation qu'est intervenue l'ordonnance du 8 juin 2005. Elle modifie (ou crée) certains articles au sein des codes :

- civil,
- des assurances,
- de la construction et de l'habitation.

II) LA REFORME DU 8 JUIN 2005

S'inspirant, sur certains points, du rapport Périnet-Marquet, elle y ajoute quelques touches personnelles et modifie :

- le champ d'application de l'assurance obligatoire en matière de construction immobilière (II.1), pour :
 - supprimer les ambiguïtés nées de la notion de « *bâtiment* »,
 - préciser l'étendue de l'obligation d'assurance en ce qui concerne les « *existants* »
 - faire échapper la responsabilité biennale à l'obligation d'assurance,
- le régime de responsabilité de certains des intervenants à l'acte de construire (II.2) en :

- réglant le sort des éléments d'équipement à usage professionnel,
- alignant la durée de la responsabilité des sous-traitants sur celle de l'entreprise principale,
- tentant, au surplus, de voler au secours de contrôleurs techniques un peu accablés par la jurisprudence.

II.1 - Réforme de l'assurance construction

II.1.1) Principes

Les principes fondamentaux ont été :

- le bannissement des termes « *bâtiment* » et « *travaux de bâtiment* » dans les codes :
 - civil, au titre des responsabilités et garanties des constructeurs,
 - des assurances, en ce qui concerne le domaine de l'assurance obligatoire de responsabilité décennale,
- leur remplacement dans ces mêmes codes par ceux d'« *ouvrage* » et de « *travaux de construction* ».
- l'adoption d'un mécanisme « *tout sauf* » pour la délimitation du champ d'application de l'assurance obligatoire. Le principe nouveau est que tous les ouvrages sont soumis à l'assurance obligatoire, sauf ceux qui en sont déclarés expressément exclus, en fonction d'une liste apportée par le texte.

Ces modifications ne vont pas sans susciter quelques interrogations sur les principes d'interprétation qui devront être mis en œuvre, car la liste des ouvrages exclus, même présentée comme limitative, ne répond pas pour autant à toutes les situations susceptibles de se présenter en pratique. Il faudra donc interpréter, mais comment ?

Devra-t-on retenir un principe d'interprétation restrictive ? La réponse est certainement affirmative s'il s'agit d'appliquer une sanction pénale pour défaut de souscription d'une assurance obligatoire. Mais dans ce cas on est alors amené à ne retenir que l'interprétation la plus favorable à la personne poursuivie, puisque le doute ne peut que lui profiter. Par suite, on considérera que l'obligation n'a pas lieu : à l'interprétation pénale restrictive doit correspondre une interprétation extensive du domaine de l'exclusion.

Il ne peut en aller différemment sur un plan purement civil, visant (par exemple) à sanctionner les conséquences de la faute constituée par le défaut de souscription d'une police « *Dommages-Ouvrage* », circonstance ayant conduit la victime à être mal ou tardivement indemnisée.

D'autres idées générales gouvernant classiquement la matière peuvent incliner à aller dans le même sens. Il suffit pour cela de mettre en œuvre d'autres principes, tels que celui selon lequel l'accessoire suit le principal, de façon à ne pas faire que, sur un même ouvrage, on puisse envisager l'application d'un double régime. Ce principe de l'accessoire est déjà partiellement prévu par le nouveau texte. Mais son application pourrait être élargie, puisqu'il ne s'agit que d'un principe de droit commun.

Va dans le même sens toute interrogation sur la notion d'« *infrastructure* », utilisée par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances pour exclure un certain nombre d'ouvrages du champ de l'obligation d'assurance (« *infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, hélicoptuaires, ferroviaires* »).

En effet, comme l'exprime le « *Petit Robert* », l'« *infrastructure* » s'entend des parties inférieures d'une construction (telles que les fondations). S'agissant d'ouvrages de génie civil, l'« *infrastructure* » correspond à l'ensemble des terrassements et ouvrages qui concourent à l'établissement de la plate-forme d'une voie de chemin de fer (remblais, souterrains, tunnels, passages à niveau, ponts, viaducs, etc). On devine déjà qu'il va être difficile de ne pas appliquer le même régime à l'infrastructure et à la superstructure.

D'ailleurs, en termes d'aviation (et d'après la même source), l'infrastructure désigne alors l'ensemble des installations au sol (pistes, bâtiments, émetteurs de radio, etc.), ce qui, de plus fort, élargit singulièrement encore le domaine de l'exclusion, sans dénaturer l'esprit de la réforme, surtout si on met en œuvre le principe selon lequel l'accessoire suit le principal.

Cette même équivoque régnait déjà dans la circulaire de 1979, considérant que les travaux de « *génie civil* » appartiennent « *au domaine infrastructure et industrie* », adoptant ainsi une acception large du terme « *infrastructure* », entendu plutôt comme visant les réalisations de grande ampleur destinées à un usage commun. La notion participe même de l'idée d'« *Equipement* » d'un pays.

Bien plus, la notion de « *bâtiment* », aujourd'hui répudiée, n'a été chassée qu'en raison de l'application déviante qui en avait été faite. Pour autant, il ne faut pas oublier que le principe fondamental demeure l'opposition entre « *bâtiment* » (au sens d'habitat ou logement) et « *génie civil* ». L'obligation d'assurance n'est de l'essence que de la première catégorie.

Dans la seconde catégorie, la dimension de l'opération, les intérêts en jeu et la personnalité des parties sont d'une autre ampleur. La protection légale s'impose moins, à telle enseigne (on l'a déjà relevé) que les maîtres d'ouvrage importants en sont expressément dispensés au titre de l'obligation de souscription d'une police « *Dommages-Ouvrage* ».

Ces mêmes maîtres d'ouvrage (qui sont parfois en même temps maître d'œuvre) traitent avec des entreprises choisies dans le cadre de consultations rigoureuses avec des entreprises normalement assurées. Ce n'est qu'au niveau de ces dernières que la question va se poser :

- soit parce qu'elles auront sollicité une garantie particulière qu'elles auront été contraintes de revendiquer avec le concours du BCT, qui continuera ainsi à préciser le champ de l'assurance obligatoire,
- soit parce qu'elles ne l'auront pas fait ce qui leur sera reproché comme étant (par exemple) la non-satisfaction à l'une des conditions d'un règlement particulier d'appel d'offres.

Les développements qui vont suivre proposeront, après avoir rappelé quelques définitions, quelques exemples de situation dans lesquelles la réponse à des hypothèses de doute ne peut être apportée qu'en s'inspirant de ces principes.

II.1.2) Mise en œuvre de ces principes

Le sens des nouveaux termes employés appelle quelques précisions.

a) L'« ouvrage »

L'« *ouvrage* » est étymologiquement « *ce qui est fabriqué par l'homme* ». En cours de construction, c'est une « *œuvre* », et seulement ensuite un « *ouvrage* ». C'est d'ailleurs pourquoi on parle de :

- maître d'*œuvre*, pour viser le technicien régnant sur les travaux, lorsqu'ils sont en cours de réalisation,
- maître d'*ouvrage*, pour caractériser le profane qui bénéficiera du résultat après achèvement

Cela étant, il importe de souligner immédiatement que la substitution du mot : « *ouvrage* » au terme « *bâtiment* » entraîne un élargissement indéniable du domaine des responsabilités décennale et biennale, devenues applicables à ceux des ouvrages (même de génie civil) qui ne figurent pas dans la liste des exclusions.

La notion d'« *ouvrage* » est en effet beaucoup plus large que celle de « *bâtiment* », notion qui n'était devenue insupportable que du fait de la dérive jurisprudentielle dont elle avait été l'objet. L'ordonnance ainsi délivrée apparaît donc grosse d'un risque grave d'éventuels « *effets indésirables* ».

b) La « construction »

Qu'est-ce aussi qu'une « construction » ?

Avec raison, M. BIGOT souligne (*Semaine Juridique*, 2005, I-148) que ce terme désigne :

- « *un ouvrage construit par opposition au sol, aux matériaux et aux plantations* » (Assoc. H, Capitant, dir. G. Cornu, Vocabulaire juridique, V construction: PUF 1998),
- plus précisément « *le fait de lier ensemble divers matériaux et objets aux fins de créer un nouvel objet de nature et de destination différentes de celles de chacun de ses composants* ».
- « *à la fois un processus et un résultat* »
- « *une réalisation immobilière édifiée par l'homme en vue de son utilité : un immeuble d'habitation, une usine, un pont* ».

Cela étant, force est de constater qu'il n'y a plus (s'il y a jamais eu...) coïncidence entre les domaines respectifs :

- de la responsabilité décennale en matière d'ouvrages de construction,
- de l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale, cette obligation n'existant plus dorénavant que pour les ouvrages de construction expressément mentionnés.

c) La liste des ouvrages exclus

La liste des ouvrages exclus de l'obligation d'assurance, correspond (dans l'ensemble) à celle de la circulaire du 5 avril 1979, qui n'était pas mauvaise. Elle s'attachait principalement à exclure de l'obligation d'assurance les ouvrages de génie civil, principe fondamental à ne pas perdre de vue et qui devra tout jours guider l'interprète dans le doute sur l'assujettissement de certains ouvrages à l'obligation d'assurance.

La liste insérée dans le nouvel article L 243-1-1 du code des assurances comporte :

- des ouvrages et des éléments d'équipement **non soumis aux obligations d'assurance**, s'agissant notamment des gros ouvrages de génie civil,
 - ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux,
 - ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires,
 - ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et

d'effluents).

- d'autres ouvrages de génie civil et leurs éléments d'équipement **également exclus** des obligations d'assurance, **sauf s'ils sont accessoires à un ouvrage soumis** :
 - voiries, ouvrages piétonniers,
 - réseaux divers, canalisations, lignes ou câbles et leurs supports,
 - ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie,
 - ouvrages de télécommunications,
 - ouvrages sportifs non couverts (*quid* si l'ouvrage n'est que partiellement couvert ?) ainsi que leurs éléments d'équipements.

d) la notion d'« accessoire »

Pour guider l'interprète, le rapport de présentation de l'ordonnance illustre son propos par l'exemple des voiries et réseaux divers d'un lotissement, en soulignant que deux conditions sont, selon lui, nécessaires pour que ces ouvrages, normalement exclus des obligations d'assurance, y soient soumis en tant qu'accessoires d'un ouvrage lui-même assujéti.

Selon cette interprétation, pour être soumis à l'obligation, ces voiries et réseaux divers doivent être :

- situés sur « *l'unité foncière du futur bâtiment* ». C'était déjà l'idée de la commission Périnet-Marquet,
- commandés par le maître de cet ouvrage ou pour son compte.

Pour dissiper toute ambiguïté, le rapport ajoute qu'« *en revanche, les voiries et réseaux divers qui sont réalisés dans le cadre global de l'opération d'aménagement ne seront pas soumis aux obligations d'assurance* ».

Dans certaines hypothèses-limites, il subsistera encore des difficultés d'interprétation, alors d'ailleurs que la notion d'accessoire n'est pas définie pour autant.

A cet égard, notre confrère Karila suggère (*Dalloz* 2005, p. 2236) de retenir trois critères : « *physique, psychologique ou temporel* » :

- *critère physique* : serait accessoire un ouvrage ou un élément d'équipement

physiquement attaché à l'ouvrage (notion d'indivisibilité),

- *critère psychologique* : il suffirait que le maître de l'ouvrage y voie la continuation de son ouvrage principal sans nécessité d'un lien physique,
- *critère temporel* : l'un serait l'accessoire de l'autre uniquement s'il y a eu unité de temps et d'action,

La logique commanderait de retenir comme accessoire l'ouvrage s'intégrant dans un autre pour former un ensemble indivisible. Les autres critères paraissent moins pertinents. On aurait pu songer également à un critère économique, au sens où on l'a utilisé en matière mobilière pour analyser comme une vente la fourniture et la pose d'une installation si la valeur de la chose est supérieure à celle du travail.

Pour sa part, le rapport Périnet-Marquet avait :

- écarté tout critère temporel,
- retenu un critère physique à partir de la notion d' « *unité foncière* », reprise dans le seul rapport de présentation, mais non dans l'ordonnance : pour la Commission, étaient « *accessoires à un ouvrage soumis lui même à l'obligation d'assurance [ceux] réalisés soit dans le cadre de la même opération immobilière soit postérieurement mais sur la même unité foncière* ».

Cette notion d'accessoire était déjà utilisée par la jurisprudence, notamment en matière de VRD, et selon une acception physique.

Il ne s'agit en réalité que de l'application du principe constant et ancien selon lequel « *l'accessoire suit le principal* ». Et ce principe devrait guider constamment les interprètes, au travers spécialement d'hypothèses pratiques risquant de faire difficulté et qu'il n'est pas inutile d'évoquer ici, sous réserve bien entendu de l'appréciation qu'en feront souverainement les cours et tribunaux...

II.1.3) Tentative (imprudente) d'illustration par quelques exemples

Pour éclairer ce qui précède, nous allons nous risquer à envisager quelques situations concrètes en imaginant quel pourrait être maintenant le sort de certaines catégories d'ouvrages à la lumière des nouvelles dispositions, en rappelant qu'un ouvrage peut être soumis aux responsabilités légales et n'être pas assujéti à l'obligation d'assurance.

- **panneaux d'affichage lumineux sur autoroute,**

Nous pensons notamment à ceux implantés au dessus des voies de circulation et supportés

par des potences implantées de part et d'autre de la voie. Ils constituent des ouvrages éventuellement soumis à la responsabilité décennale, mais ne relevant pas du champ de l'assurance obligatoire. Il s'agit en effet, pour nous, d'ouvrages (ou d'équipements) accessoires à un ouvrage d'infrastructure routière, lui-même exclu par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances en son alinéa 1,

- **des « abribus »** nous semblent justiciables du même raisonnement.
- **une station de métro souterraine**

Elle constitue un ouvrage d'infrastructure ferroviaire soumis à la responsabilité décennale, mais exclu de l'obligation d'assurance par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances. Cet ouvrage s'apparente d'ailleurs au tunnel, lui-même incontestablement ouvrage ferroviaire.

- **Quid d'une station de métro aérienne ?**

Elle constitue aussi un ouvrage ferroviaire. Mais il ne s'agit plus d'infrastructure au sens strict du terme, sauf pour ses parties inférieures. Mais en bonne logique, on ne voit pas de raison de lui conférer un sort différent, de celui de la station enterrée, alors surtout que l'on peut fort bien considérer que la superstructure est l'accessoire de l'infrastructure et participe du même régime. Il n'est d'ailleurs pas possible de scinder l'ouvrage en le soumettant à deux régimes différents !

La solution sera la même, que la station soit ou non couverte. D'ailleurs le notion de couverture fera difficulté. Le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances l'utilise pour les ouvrages sportifs, en ne soumettant à l'obligation que ceux qui sont couverts. Quid en effet du Stade de France ? Il est évident que l'aspect « *génie civil* » doit l'emporter pour conclure à la non-obligation d'assurance.

- **une gare SNCF**

Elle sera justiciable des mêmes principes, quelle que soit sa taille, qu'elle constitue une modeste halte de campagne ou une tête de ligne de la capitale.

- **une cabine de péage d'autoroute**

C'est un ouvrage soumis à la responsabilité décennale, mais c'est aussi un simple accessoire de l'infrastructure routière considérée et elle-même exclue de l'obligation d'assurance. C'est donc le régime applicable à l'élément principal qui prévaudra.

Il ne devrait pas en aller différemment pour un bâtiment plus important, tel que ceux que l'on rencontre près des postes de péage et qui abritent des services administratifs ou de

police dédiés à l'exploitation de l'autoroute. Ils sont d'ailleurs situés sur la même unité foncière, ce qui commande l'application du même régime.

- **un poste de transformation électrique**

Il s'agit ici d'un ouvrage de « *distribution d'énergie* », expressément exclu de l'obligation par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances. On doit considérer que l'exclusion concerne tant le bâtiment que les installations. Ces dernières relèveraient d'ailleurs du nouvel article 1792-7 du code civil excluant du domaine des articles 1792 et suivants les éléments d'équipement professionnels.

- **des ouvrages de génie civil exécutés dans le cadre d'activités de télécommunications (massifs, câbles, antennes)**

Ces travaux sont, pour nous, non assujettis à l'assurance obligatoire, en tant qu'accessoires de ceux de réalisation de « *réseaux divers* », eux mêmes exclus de l'obligation par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances.

- **des réseaux de câbles enterrés**

Les « *lignes et câbles* » sont exclus par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances.

- **un parc d'éoliennes**

Il constitue un ouvrage de « *production d'énergie* » exclu par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances. Cette exclusion vaut pour l'ensemble de l'installation (massifs, mâts, équipements). Au demeurant les équipements sont exclus de l'obligation d'assurance, puisqu'ils constituent des éléments professionnels échappant à la responsabilité bienno-décennale, en application du nouvel article 1792-7.

- **les bâtiments d'une aérogare et les équipements de l'aéroport**

Les « *infrastructures aéroportuaires* » sont exclues de l'obligation par le nouvel article L 243-1-1-I du code des assurances. On ne saurait limiter cette dérogation aux seules plates-formes. Il y a lieu de l'étendre aux accessoires que constituent les bâtiments situés sur la même unité foncière. De plus nous avons souligné tout à l'heure qu'en aviation la notion d'infrastructure s'élevait d'un cran pour concerner également les bâtiments.

A fortiori, les équipements divers, tels que les dispositifs d'éclairage ou de signalisation constituent eux aussi des accessoires d'autant plus dispensés de respecter l'obligation qu'ils ont également le caractère d'équipement à usage spécifiquement professionnel.

II.1.4) La garantie due au titre des ouvrages existants

On entend (classiquement) par « existants » : « les parties anciennes de la construction ou de l'ouvrage existant avant l'ouverture du chantier, et sur, sous, ou dans lesquelles sont exécutés les travaux ».

Aux termes de l'article L. 243-1-1-II nouveau du Code des assurances, « ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existant avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf en deviennent techniquement indivisibles ».

Deux conditions sont donc nécessaires pour l'obligation d'assurance. Il faut que :

- les existants soient totalement incorporés dans l'ouvrage neuf,
- cette incorporation totale les rende techniquement indivisibles des ouvrages neufs.

On a voulu ainsi :

- faire obstacle à la conception extensive exprimée par un arrêt *Chirinian* du 29 février 2000, (Cass. civ. 1^{ère}, Bull. cass. n° 65)

« Mais attendu que dès lors que la technique des travaux de bâtiment mise en oeuvre par l'entrepreneur a provoqué des dommages de nature décennale dont les conséquences ont affecté aussi bien la partie nouvelle de la construction que la partie ancienne, c'est à bon droit que l'arrêt attaqué a retenu que le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire mettait à la charge de l'assureur l'obligation de garantir le paiement de la totalité des travaux de réparation nécessaires à la remise en état de l'ouvrage en son entier; »

- rester conforme à la jurisprudence qui paraissait se dégager de l'arrêt *Sogebor* du 30 mars 1994 (Cass. civ. 3^{ème}, Bull. n° 70) où l'existant non dissociable du neuf est soumis à l'assurance de responsabilité obligatoire :

« Mais attendu qu'ayant constaté que l'on ne pouvait ni dissocier les « existants » des travaux neufs qui étaient devenus indivisibles par leur incorporation à l'immeuble, ni affirmer que la cause des désordres résidait seulement dans les parties anciennes, la mauvaise tenue des nouveaux travaux provenant d'une erreur de diagnostic du support vermoulu et donc d'une rénovation contraire aux règles de l'art, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef »

M. Périnet-Marquet fait observer (Le Moniteur, n° 5313, 95) que la question posée dans l'arrêt *Chirinian* ne portait pas sur le champ de l'assurance de responsabilité obligatoire « mais sur l'étendue de la garantie offerte dans le cadre d'une assurance obligatoire existante ». Et le libellé apporté par la réforme, reprenant l'idée exprimée par l'arrêt *Sogebor* ne rendrait pas

impossible le maintien de la jurisprudence *Chirinian*. Il ajoute qu'il aurait fallu plutôt « *modifier l'article L 241-1 du code des assurances pour lui faire préciser, in fine, que la garantie souscrite ne s'étend pas aux existants* ».

Malgré l'autorité qui s'attache à l'opinion ainsi émise, il ne nous semble pas qu'une équivoque existe sur ce point. La notion d'indivisibilité totale nous paraît se suffire à elle-même. L'intention des rédacteurs a été claire par leur reprise de la formulation de l'arrêt *Sogebor*.

De plus exclure complètement les existants du champ des obligations d'assurance aurait entraîné des difficultés insolubles, spécialement dans le cas (qui est le plus fréquent) d'une incorporation totale entraînant une indivisibilité manifeste.

Par ailleurs, dans sa rédaction définitive, l'ordonnance n'a pas repris le projet initial, qui imposait à cet égard aux sociétés d'assurance l'obligation de proposer cette assurance facultative aux maîtres d'ouvrages. C'était même l'un des points exprès de la loi d'habilitation.

Les existants exclus de l'obligation d'assurance relèveront de la responsabilité contractuelle de droit commun, qui est d'une durée de dix ans à compter de la réception, (Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2005: *Juris-Data n°2005-027585*; *Resp. civ. assur. 2005, comm. 156, obs. Groutel*),

II.1.5) Exclusion de la garantie biennale du domaine de l'assurance obligatoire

Sur proposition (rapport, § 55) de la Commission Périnet-Marquet, le mot « *décennale* » est ajouté aux alinéas 1 et 3 de l'article L 241-1 du code des assurances après le mot « *responsabilité* », dans le but avoué de faire échapper à l'obligation d'assurance les débiteurs de la seule garantie biennale.

Cette partie de la réforme est judicieuse, compte tenu :

- du caractère encore incertain du contenu de la responsabilité biennale,
- de ce que l'essentiel est de faire couvrir par l'assurance ce qui est fondamental, à savoir ce qui relève de la garantie décennale.

En revanche, à partir du moment où on parle d'« *ouvrage* » et non plus de « *bâtiment* », par une sorte d'effet boomerang, on assujettit à l'obligation d'assurance décennale ceux des ouvrages (de génie civil ou autres) qui ne sont pas cités dans la liste des exclusions...

II.2)- La réforme de la responsabilité des constructeurs

Elle consiste à :

- corrélativement à la précision du domaine de l'assurance obligatoire, supprimer le terme de « *bâtiment* » dans les articles 1792-2 et 1792-3 du code civil et lui substituer celui d'« *ouvrage* » : ainsi, il n'y aura plus d'« *éléments d'équipement indissociables ou non du **bâtiment*** » mais des « *éléments d'équipement indissociables ou non de **l'ouvrage***,
- ajouter au code civil deux nouveaux articles :
 - 1792-7 concernant les éléments d'équipement professionnels,
 - 2270-2, réduisant la durée de la responsabilité délictuelle du sous-traitant.
- modifier ou compléter le code de la construction et de l'habitation, pour ce qui concerne le contrôleur technique.

II.2.1) *Les éléments d'équipement à fonction exclusivement professionnelle sont exclus de la garantie bienno-décennale*

Avant que la réforme n'intervienne, la Cour de cassation avait, ici, perçu l'inconvénient d'une interprétation par trop extensive (Cass. civ. 3ème 22 juillet 1998, Bull. cass. n° 170) :

« Attendu que pour condamner l'entrepreneur au titre de la garantie décennale, l'arrêt retient que le marché conclu entre le maître de l'ouvrage et la société Danno comprenait l'édification d'un bâtiment et l'installation d'une machine à soupe automatisée et que ce matériel indispensable au fonctionnement de la porcherie constituait un élément d'équipement dont le mauvais fonctionnement rendait l'ouvrage impropre à sa destination

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le matériel atteint de désordres relevait des travaux de construction faisant l'objet de la garantie légale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision; »

Elle l'avait confirmé à propos d'une installation participant à la fabrication du champagne (Cass. civ. 3ème, 4 novembre 1999, Bull. cass. n° 209).

L'article 1792-7 nouveau est ainsi rédigé :

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

Reprenant la formulation générale inspirant la réforme, l'ordonnance ne parle plus de

« *bâtiment* », mais d' « *ouvrage* » et organise ainsi deux types d'exclusions,

- l'un concernant les éléments d'équipement dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage, toujours exclus,
- l'autre concernant les accessoires desdits éléments d'équipements, qui ne sont exclus que, précisément, s'ils revêtent ce caractère d' « *accessoire* ».

La notion d' « *activité professionnelle dans l'ouvrage* » doit être interprétée de manière extensive, quel que soit le domaine d'activité considéré (et même la contrepartie économique en résultant). La référence à l'« *activité économique* » aurait été plus judicieuse, mais on perçoit bien, ici encore, quelle a été l'intention du rédacteur.

En réalité, pour ne pas perdre de vue l'objectif de la réforme, il faudra finalement toujours distinguer, en quelque sorte, le « *contenant* » (l'ossature et les éléments apportant le clos et couvert) et le « *contenu* » (les équipements spécifiquement nécessaires à l'exploitation économique). Cette notion de spécificité est essentielle. Ce qui est banal est assujéti à l'obligation, à la différence de l'instrument spécialement dédié à l'activité considérée, comme la « *machine à soupe* » de l'arrêt précité du 22 juillet 1998.

La Commission Périnet-Marquet avait très exactement proposé de se référer à la notion d' « *éléments d'équipement nécessaires à la destination immobilière de l'ouvrage* ». Ce critère est excellent et on ne peut que regretter qu'il n'ait pas été repris par l'ordonnance, même s'il ne répond pas à toutes les situations envisageables.

Permet-il pour autant, par exemple, de déterminer au regard de l'obligation le statut d'un groupe électrogène de secours dans un hôpital ?

Il s'agit manifestement d'un élément d'équipement professionnel. Et il est certes indispensable à un fonctionnement sécuritaire de l'établissement, mais il n'est pas immédiatement nécessaire à la destination immobilière, à la différence de l'installation électrique, par exemple. Cet élément n'a pas non plus la même pérennité et il suppose en outre un entretien spécifique régulier.

Son régime ne pourra donc être que celui du droit commun des contrats (vente ou entreprise selon le cas), permettant déjà de répondre au but recherché sans qu'il soit nécessaire (ni possible maintenant) d'en passer par les articles 1792 et suivants du code civil.

Ces principes devront régir tout dispositif à usage spécifiquement professionnel, ainsi, un système de climatisation permettant le fonctionnement de locaux consacrés à l'abri d'un système informatique professionnel important sera soumis à la responsabilité décennale et à l'assurance obligatoire, à la différence du système informatique lui-même, qui échappera aux deux. Mais si la climatisation comporte, au sein d'une « *GTC* », des dispositifs informatiques,

ces derniers participeront de la fonction décennale...

Il en ira de même au sein de ces maisons dites intelligentes où la « domotique » et l'informatique règnent en maître. Pourtant le rythme de la caducité des « puces » électroniques est bien plus rapide que le cours des responsabilités nées des articles 1792 et suivants !

Il faut par ailleurs rappeler que l'une des idées fondatrices de SPINETTA aboutissait à une généralisation de la responsabilité décennale et de l'obligation d'assurance.

En effet, l'ingénieur général citait régulièrement, à chaque conférence de présentation de sa loi, l'exemple des salles de spectacle, pour dire que la défaillance généralisée des sièges portait atteinte à la destination de l'ensemble et entraînait donc l'assujettissement du tout (sièges et murs...) à la garantie décennale... Il ne parlait pas des appareils de projection, mais on devinait aisément sa pensée !

Cette réforme est heureuse, car, de fait, tous ces éléments d'équipement professionnels n'ont rien à voir avec le droit de la construction et ses responsabilités spécifiques, Ils relèvent plutôt du droit de la vente ou encore, pour leurs « constructeurs », du droit commun de la responsabilité née du louage d'ouvrage.

Il est cependant plaisant, comme nous l'avons noté en introduction, de voir que l'on rétablit en partie aujourd'hui le système de 1967, qualifiant de vente la fourniture d'appareils mis en place dans l'état où ils sont livrés (article 13 du décret du 22 décembre 1967, devenu article R 111-26 du CCH) !

On a ainsi parfois un peu l'impression que le droit tourne en rond...

II.2.2) réduction du délai de la responsabilité délictuelle des sous-traitants

Le nouvel article 2270-2 du code civil énonce :

« Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison des dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionné à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette même réception ».

Ce texte, par la généralité de sa formulation, envisage toutes les actions en responsabilité à l'encontre d'un sous-traitant au titre des dommages affectant l'ouvrage ou l'un de ses éléments d'équipement visés aux articles 1792, 1792-2 et 1792-3. Que la responsabilité encourue soit délictuelle ou contractuelle, la prescription est de dix ou deux ans à compter de la réception des travaux.

Cette réception ne peut être entendue que comme celle de l'ouvrage en son entier, ne serait-ce que compte tenu de l'impossibilité de voir les travaux du sous-traitant « *reçus* » avant ceux de l'entrepreneur principal !

Cependant, la formulation employée par l'ordonnance est trop générale. Elle pourrait faire croire qu'elle s'applique à l'action formée par un tiers à l'opération de construction. Il aurait fallu écrire : « *Les actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre un sous-traitant...* »

La réforme n'est en effet intervenue que parce que le sous-traitant était auparavant soumis à une responsabilité délictuelle de dix ans s'ouvrant à compter de la révélation du dommage ou de son aggravation, le maître d'ouvrage pouvant ainsi agir contre le sous-traitant alors qu'il n'était plus temps de le faire à l'encontre de l'entrepreneur principal !

Cela étant, il faudra qu'il y ait matière à qualification de sous-traitance, question hors du ressort de cette analyse, mais qui peut se révéler délicate dans certaines hypothèses hybrides où l'entreprise se distingue mal d'autres types de contrats.

Par ailleurs, il est bien regrettable que l'on n'ait pas profité de l'occasion pour :

- soumettre le sous-traitant à la responsabilité décennale.
- l'assujettir à l'obligation d'assurance.

On aurait ainsi réalisé ce que voulait mettre en place la théorie des groupes de contrats, dans le souci de limiter l'effet dévastateur de l'application de la responsabilité délictuelle entre membres d'un même ensemble « *juridico-économique* ».

En ce sens, l'œuvre de rénovation n'est qu'inachevée.

II.2.3) Le sort particulier des contrôleurs techniques

Cette réforme a aussi été l'occasion d'une tentative d'amélioration du sort des contrôleurs techniques, un peu malmenés par la jurisprudence, spécialement à raison de l'effet sournois des « *PUC* », couvrant tous les locateurs d'ouvrage, à l'exclusion des contrôleurs techniques.

Ce sauvetage, (au moins tenté, mais qu'on va voir inefficace, même si le rapport de présentation le veut, à la différence de l'ordonnance, « *interprétatif* ») prend place dans deux articles du code de la construction et de l'habitation :

- L 111-23, précisant que le contrôleur technique qui intervient à la demande du maître de l'ouvrage œuvre « *dans le cadre de son contrat* »,

- L 111-24 mentionnant que « *le contrôleur technique n'est tenu vis-à-vis des constructeurs a supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage* ».

Ces modifications ne changent rien :

- le devoir de conseil existera toujours,
- les contrôleurs techniques faisaient déjà valoir les termes de leur contrat et la limitation de leur mission, mission que le juge est toujours libre d'interpréter à sa façon,
- l'obligation « *in solidum* » à l'égard du maître de l'ouvrage n'est en rien supprimée. La « *part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge* » sera toujours égale au tout dans les relations du contrôleur technique avec le maître de l'ouvrage.
- à l'égard des constructeurs, la solidarité n'existait déjà pas, puisque les co-obligés doivent toujours, entre eux, diviser leurs recours (articles 1213 et 1214 du code civil). En application de l'article 1214 alinéa 2, « *l'insolvabilité se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables* » et « *la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge* » ne pourra être déterminée, demain encore, qu'en application des articles 1213 et 1214. Cependant M. Périnet-Marquet souligne (Moniteur n° 5312, p.117) que « *l'article 1214 n'est pas expressément d'ordre public* », mais l'ordonnance l'est-elle plus ?

En toute hypothèse, le caractère « *interprétatif* » de l'ordonnance proclamé par le rapport de présentation (sans valeur légale) est démenti par les dispositions de droit transitoire de l'article 2 de l'ordonnance elle-même.

II.3) - Application dans le temps

Le dernier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance prévoit qu'à l'exception de son article 2, (réduction de la durée de responsabilité des sous-traitants) ce nouveau régime ne s'applique qu'aux marchés, contrats ou conventions conclus après sa publication. Cette dernière est intervenue le 9 juin 2005.

En ce qui concerne la réduction de la durée de responsabilité des sous-traitants, l'application immédiate aux contrats antérieurs à l'ordonnance doit s'entendre comme limitant à dix ans à compter de sa publication la durée de responsabilité restant encore à courir.

Des précisions sont peut-être nécessaires.

En l'occurrence, la loi réduit le délai de prescription à dix ans depuis la réception des travaux.

Comme l'observe M. BIGOT, (op. cit.), lorsque la loi réduit la durée d'une prescription, le nouveau délai commence en principe à courir du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi ancienne (Cass. civ. 1ère 25 nov. 1973 D. 1974, p112, note Massip ; Cass. civ. 1ère, 12 juil. 1972: D. 1973, p. 361, note Chauveau.).

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées, selon ce même commentaire autorisé :

- Pour les contrats de sous-traitance conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance la durée de la prescription sera à l'évidence décennale,
- Pour les contrats de sous-traitance en cours d'exécution, la solution la plus logique serait l'application immédiate de l'ordonnance : le délai de dix ans commencerait à courir à compter de la réception des travaux en application de l'article 2270-2 nouveau du Code civil.
- Pour les travaux en sous-traitance réceptionnés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il serait selon BIGOT conforme à l'intention des rédacteurs de l'ordonnance ayant voulu protéger les sous-traitants d'une prescription trop longue de substituer à l'ancienne prescription en cours, le nouveau délai de dix ans décompté depuis la réception des travaux.

Conclusion

Cette réforme était attendue et depuis trop longtemps.

L'habilitation portait sur la précision du « *champ d'application de l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction* », mais l'ordonnance a été au delà, puisqu'elle a traité de l'étendue de la responsabilité encourue au titre des éléments d'équipement, ce qui est différent. Tout dépendra donc de la ratification qu'apportera le Parlement. On peut raisonnablement penser que, s'agissant d'un texte technique n'agitant pas normalement les passions, ce vice originel sera purgé sans trop de difficulté.

La réforme n'est pas parfaite (mais en existe-t-il ?).

Elle est heureuse, même si la notion d'ouvrage recèle des risques d'extension de l'obligation d'assurance à des ouvrages inattendus, notamment de génie civil. La liste des ouvrages exclus de l'obligation provient de la circulaire de 1979, qui était assez bien adaptée. Peut-être

faudra-t-il encore la compléter, chemin faisant, cependant la « *base* », telle qu'établie par des praticiens, était bonne.

Mais quand même... que de temps perdu, (notamment en jurisprudence hasardeuse) depuis la circulaire de 1979 et les travaux de la commission Périnet-Marquet.

La réforme est surtout l'illustration de la réussite que permet l'organisation d'une concertation effective pour l'établissement ou la modification de la règle de droit. L'insécurité juridique est toujours source de conflits et de déséquilibres contractuels.

Le droit et la technique ont tout à perdre à vouloir s'ignorer, comme l'illustrent respectivement :

- l'inexistante notion de « *travaux faisant appel aux techniques de travaux de bâtiment* »,
- les EPERS, hérésie que l'ordonnance aurait bien fait de supprimer, mais c'était effectivement en dehors de son habilitation (pas plus cependant que d'ajouter l'article 1792-7 ...)

Encore une occasion manquée...

C'est d'ailleurs ce que penseront les contrôleurs techniques.

Il faudra donc attendre le prochain épisode du « *feuilleton* ».

Albert CASTON
Docteur en droit
Avocat à la Cour de Paris