

Les assurances construction

Axelle Astegiano-La Rizza

Maître de conférences HDR, Directrice adjointe de l'Institut des Assurances de Lyon,
Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3

1. En matière de travaux de construction, le législateur impose aux maîtres d'ouvrages et aux constructeurs au sens de la loi¹ de souscrire respectivement une assurance Dommages-ouvrage (DO) et une assurance Responsabilité civile décennale (RCD). Ces assurances obligatoires ont été mises en place par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 à la suite des propositions faites par la Commission interministérielle présidée par l'ingénieur des ponts et chaussées, Adrien Spinetta. Le constat était le suivant : les personnes, faisant construire ou acquérant un immeuble, étaient, en cas de malfaçons, exposées à des procès longs et coûteux pour déterminer les responsabilités² et se heurtaient à une non assurance ou à une sous-assurance importante des intervenants à l'acte de construire. La Commission proposa alors un modèle qui permettait de donner la priorité à une réparation rapide, radicalement séparée de la question de la recherche des responsabilités grâce à un système d'assurance dit « à double détente ». Une première assurance de choses, est ainsi souscrite par le maître de l'ouvrage lui garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement des travaux de réparation des dommages décennaux. Identifiée à une assurance de préfinancement, c'est ensuite l'assureur DO, légalement subrogé dans les droits et actions du propriétaire de l'ouvrage, qui agira, contre les constructeurs responsables couverts par une assurance obligatoire responsabilité civile décennale.

2. Ce système légal a vocation à prendre en charge les seuls dommages matériels, qualifiés de dommages décennaux affectant l'ouvrage après réception. Tous les autres dommages (matériels ou immatériels) après réception ou avant réception, ou encore les dommages liés aux garanties légales de parfait achèvement et biennale³ ressortent d'assurances facultatives. En pratique, ces garanties optionnelles sont proposées par les assureurs RCD et intègrent, en cas de souscription, le contrat d'assurance RCD qui devient un contrat socle ou multirisques. Quelques assurances de chose peuvent également être souscrites par le maître de l'ouvrage lui permettant, en dehors de la recherche de toute responsabilité, d'obtenir une indemnisation en cas de survenance de risques contractuellement garantis tels qu'un incendie ou un dégât des eaux.

Ces garanties facultatives restent régies par le droit commun de l'assurance tandis que les assurances obligatoires construction sont minutieusement réglementées. Leurs grandes règles de fonctionnement sont prévues aux articles L. 241-1 et suivants du Code des assurances et le contenu des contrats d'assurance doit « *comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types*⁴ » prévues à l'article A. 243-1⁵ du Code des assurances. Néanmoins, le droit commun de l'assurance n'est pas forcément écarté dans la mise en œuvre de ces assurances obligatoires. Comme le rappelle une partie de la doctrine⁶, confortée par la jurisprudence⁷, il reste applicable en l'absence de dispositions spécifiques.

¹ C. civ., art. 1792-1 et s.

² Durée moyenne de la procédure : 8 ans.

³ C. civ., art. 1792-3 et 1792-6.

⁴ C. assur., art. L. 243-8.

⁵ C. assur., art. A. 243-1, ann. 1 pour les assurances de responsabilité civile et ann. 2 pour les assurances dommages-ouvrage.

⁶ En ce sens, v. par ex. L. Mayaux, Rép. Dalloz, *Assurances terrestres (1° Généralités)*, 2014, n° 68 et s.

⁷ V. les exemples cités dans le présent rapport.

3. L'assurance étant obligatoire, son absence est pénalement sanctionnée⁸. Seule échappe aux sanctions pénales, la personne physique qui construit un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint⁹. A ces sanctions pénales s'ajoutent de possibles sanctions civiles¹⁰.

4. Afin de permettre aux assujettis de satisfaire leur obligation légale, les assureurs sollicités, et ayant refusés, peuvent être contraints de délivrer une garantie d'assurance par le Bureau Central de Tarification (BCT), tant en assurance DO qu'en assurance RCD¹¹. Celui-ci est également compétent pour les demandes faites après l'ouverture du chantier, voire après la fin des travaux. Une telle souscription tardive est toujours possible dès lors que le seul fait de l'engagement des travaux ne rend pas certaine la survenance du dommage et ne remet donc pas en cause le caractère aléatoire du contrat d'assurance¹².

5. La loi du 4 janvier 1978 eut le mérite de mettre en place un système unique, exceptionnellement novateur. Mais dans le même temps, il généra un certain nombre de difficultés, particulièrement quant au champ d'application exact des assurances obligatoires ainsi que sur l'absence de limites financières des garanties. Face à une jurisprudence ayant tendance à trop étendre l'assurance obligatoire, une réforme s'imposait. Pour ce faire, une mission de réflexion fut confiée à un groupe d'universitaires et de professionnels¹³ dont le rapport servit de base à l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 qui redélimita, notamment, le champ d'application de l'assurance construction¹⁴. Suivirent les lois n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 et n° 2008-735 du 28 juillet 2008 qui légalisèrent les plafonds de garantie¹⁵ et l'arrêté du 19 novembre 2009¹⁶ qui réforma les clauses types.

De ces évolutions législatives et du travail jurisprudentiel, il en ressort un champ d'application de l'assurance obligatoire plus clair (I) ainsi que l'établissement d'un régime cohérent tant pour l'assurance Dommages-ouvrage (II) que pour l'assurance Responsabilité civile décennale (III).

I) Champ d'application de l'assurance obligatoire : une clarification indispensable

6. Aujourd'hui, la loi définit clairement les ouvrages soumis à l'obligation d'assurance (A) et exclut les équipements professionnels de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire (B). Les dommages matériels décennaux, couverts par l'assurance obligatoire, ont également fait l'objet de précisions jurisprudentielles et légales (C).

A) Exclusions ciblées des ouvrages

⁸ C. assur., art. L. 243-3 : l'assujetti, qui contrevient aux dispositions de l'article L. 241-1 (assurance RCD) ou de l'article L. 242-1 (assurance DO) est passible d'un emprisonnement de 10 jours à 6 mois et d'une amende de 75000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

⁹ C. assur. art. L. 243-3, al. 2.

¹⁰ Tel est le cas par exemple en cas de revente de sa maison par un particulier dans le délai de dix ans suivant l'achèvement de sa construction. Celui-ci sera personnellement responsable vis-à-vis du nouvel acquéreur de toutes les conséquences résultant du défaut d'assurance.

¹¹ Le BCT ne peut statuer qu'en matière d'assurance obligatoire.

¹² CE 19 janv. 1988, n° 182447 et 186387.

¹³ H. Perinet-Marquet, C. Saint Alary Houin et J.-P. Karila.

¹⁴ Applicable à toute convention conclue après le 9 juin 2005.

¹⁵ Mais le décret d'application (décret n° 2008-1466 du 22 déc. 2008), n'ayant été publié que tardivement, les plafonds ne sont effectivement appliqués que depuis le 1^{er} janvier 2009.

¹⁶ Arrêté entré en vigueur le 28 novembre 2009.

7. Dans son état initial, le champ d'application de l'assurance obligatoire quant aux ouvrages n'était pas clairement délimité. Ainsi les articles L. 241-1, pour l'assurance Responsabilité civile et L. 242-1, pour l'assurance Dommages-ouvrage, imposaient-ils aux constructeurs et aux maîtres de l'ouvrage la souscription d'une assurance en cas de « *travaux de bâtiment* » sans définir ces derniers. Or, cette définition s'imposait car, pour la Commission Spinetta, les domaines de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire ne se recoupaient pas totalement. Le premier était plus vaste, incluant la construction de tout ouvrage, et notamment d'ouvrage de génie civil, tandis que le second devait être limité aux « *travaux de bâtiment* ». Mais l'interprétation jurisprudentielle fut autre. A partir de 1991, en l'absence de critères légaux quant à la définition de travaux de bâtiment, les juges ont préféré lui substituer la notion de « *technique de travaux de bâtiment* » faisant ainsi entrer artificiellement dans le domaine de l'assurance obligatoire les travaux de génie civil. Cette solution, initiée par la Première chambre civile¹⁷, fut reprise par la Troisième¹⁸. Il en résulta une coïncidence quasi-parfaite du domaine de l'assurance obligatoire décennale avec celui de la responsabilité décennale.

8. Une des principales finalités de l'ordonnance du 8 juin 2005 fut de restituer à l'assurance obligatoire son véritable champ d'application. Par souci de lisibilité, elle commença par aligner les deux champs d'application¹⁹, préférant n'exclure que dans un second temps certains ouvrages identifiés. Par conséquent, tous les ouvrages sont concernés par l'obligation d'assurance sauf ceux légalement exclus par l'article L. 243-1-1 du Code des assurances.

Ce dernier article comporte deux alinéas :

- Le premier vise expressément des ouvrages et des éléments d'équipement non soumis aux obligations d'assurance (exclusions absolues), s'agissant des gros ouvrages de génie civil (maritimes, lacustres, fluviaux et les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires), ou des ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents ainsi que les éléments d'équipement de l'un ou l'autre de ces ouvrages.

- Le second alinéa vise d'autres ouvrages de génie civil (ouvrages de voiries, ouvrages piétonniers, parcs de stationnement, 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) et leurs éléments d'équipement. Tous sont exclus des obligations d'assurance, sauf si l'ouvrage ou l'élément d'équipement dont il s'agit est accessoire à un ouvrage lui-même soumis aux obligations d'assurance (exclusions relatives).

La notion d'accessoire n'a pas été définie par la loi mais 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 nécessaires pour que ces ouvrages soient soumis, en tant qu'accessoires d'un ouvrage lui-même assujetti, à l'obligation d'assurance. D'une part, ces ouvrages doivent être situés sur l'unité foncière du futur bâtiment et d'autre part, ils doivent être commandés par le maître de cet ouvrage ou pour son compte²⁰.

¹⁷ V. à propos d'un mur de soutènement : Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 1991, *RGAT* 1991.402, note critique J. Bigot ; Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1993, *RGAT* 1993.609, note A. d'Hauteville.

¹⁸ Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, *Bull. civ.* III, n° 85 ; Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1993, *RGAT* 1994.568, note J.-P. Karila.

¹⁹ Ainsi, les termes « *bâtiment* » et « *travaux de bâtiment* » furent remplacés par ceux de « *construction* » et « *travaux de construction* », qui ont une signification similaire au mot « *ouvrage* ».

²⁰ Le groupe de travail de suivi de l'ordonnance qui a été constitué par les principaux assureurs français intervenant dans le domaine de la construction a considéré que la notion d'accessoire devait être appréciée au cas par cas en fonction d'un faisceau d'indices que sont la simultanéité, ou pour le moins la continuité dans un temps rapproché entre l'opération de construction de l'ouvrage ou de l'élément d'équipement accessoire et l'ouvrage principal soumis à obligation d'assurance ; l'adaptabilité technique entre les opérations de construction

B) Eviction de certains éléments d'équipement professionnels de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire

9. L'ordonnance du 8 juin 2005 a également mis un terme aux errements jurisprudentiels quant à l'inclusion des éléments d'équipement professionnel dans le champ d'application de l'assurance obligatoire.

Pour mémoire, la présomption de responsabilité de l'article 1792 du Code civil est reprise par l'article 1792-2 concernant les éléments d'équipement de l'ouvrage. En l'absence de définition légale des éléments d'équipement, la doctrine, dans son ensemble²¹, suggérait de distinguer entre les éléments d'équipement jouant un rôle dans la fonction construction et soumis à l'obligation d'assurance, de ceux ayant une fonction purement industrielle ou commerciale et qui devraient en être exclus. Mais la jurisprudence s'était montrée fluctuante en incluant les équipements professionnels²² dans le champ de l'assurance obligatoire avant de sembler revenir à une position plus conforme à l'esprit de la loi²³. Par la création de l'article 1792-7 du Code civil, l'ordonnance consacre la non application de la responsabilité décennale aux éléments d'équipement professionnels dont la vocation exclusive est de permettre une activité professionnelle²⁴ et partant, leur exclusion de l'assurance obligatoire.

C) Champ d'application quant aux dommages matériels décennaux

10. Seul le dommage décennal répondant aux critères posés par le Code civil est couvert par l'assurance obligatoire. La question de la qualification est donc primordiale et suscite parfois des interrogations. Actuellement, le dommage lié au défaut de performance énergétique fait débat²⁵. Selon la qualification retenue, il sera, ou non, pris en charge par l'assurance obligatoire. Au-delà, des précisions jurisprudentielles et légales ont dû être apportées sur le temps de la révélation de dommage décennal ainsi que sur celui de son siège.

11. Bien que la règle soit évidente, les dommages doivent se révéler pendant le délai décennal, elle doit être nuancée par la possible indemnisation d'un dommage réservé à la réception, mais dont l'ampleur et le caractère décennal se sont révélés postérieurement²⁶ et l'indemnisation des dommages évolutifs. Ces derniers, apparus postérieurement au délai décennal, sont la suite logique et/ou l'aggravation de désordres décennaux initiaux ayant fait l'objet d'une dénonciation dans le délai. Pour être pris en charge, ces désordres évolutifs doivent donc être l'aggravation de désordres d'origine et affecter les mêmes ouvrages²⁷. Au contraire, un désordre futur est un désordre, dénoncé dans le délai décennal, mais ne présentant pas encore les caractéristiques de gravité requis pour être qualifié de dommage décennal. Néanmoins, il est acquis de façon certaine qu'il les présentera. Pour qu'il soit pris

de l'ouvrage principal et l'ouvrage accessoire, l'un et l'autre devant être envisagés globalement d'un point de vue technique ; l'affectation totale, ou pour le moins manifeste de l'ouvrage ou de l'élément d'équipement accessoire à la destination de l'ouvrage principal.

²¹ V. par ex., J. Bigot et A. d'Hauteville, *Responsabilités et assurance-construction*, éd. l'Argus, 1980, p. 60,

²² Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, n° 93-20229, *Resp. civ. et assur.* 1996, chron. 26, H. Groutel ; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1996, n° 95-11010, *RDI* 1997. 99, note G. Legauy ; Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, *RDI* 2003. 187, note Ph. Malinvaud.

²³ Cass. 3^e civ., 22 janv. 1998, arrêt « Danno », n° 95-18414, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n° 352, note H. Groutel.

²⁴ Sur cette notion d'exclusivité, voir le rapport sur la responsabilité des constructeurs.

²⁵ Le présent rapport n'envisagera pas la qualification de dommage de nature décennale.

²⁶ Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, n° 92-16533 ; Cass. 3^e civ., 23 avr. 1997, n° 95-13482, *RDI* 1997. 448 ; Cass. 3^e civ., 7 sept. 2010, n° 09-15811 et 09-15893.

²⁷ Cass. 3^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17400, *RDI* 2006. 108.

en charge par l'assurance obligatoire, la jurisprudence judiciaire exige que le caractère de gravité se révèle pendant le délai décennal²⁸ au contraire de la jurisprudence administrative qui se contente de la certitude de la survenance d'un dommage décennal dans un « *délai prévisible*²⁹ ».

12. Le siège des dommages mérite également quelques précisions. Ainsi, les dommages affectant, après réception, les ouvrages existants³⁰ ont été la source de nombreuses difficultés d'interprétation dès l'instant où ils correspondaient aux critères du dommage décennal. Leur prise en charge, ou non, par l'assurance obligatoire fit l'objet de vives controverses et fluctuations jurisprudentielles. Dans un premier temps, la jurisprudence estima que ces dommages décennaux n'entraient dans le champ d'application de l'assurance obligatoire, que si les existants ne pouvaient être dissociés des travaux neufs, autrement dit, s'ils en étaient devenus techniquement indivisibles³¹. Puis, la Première chambre civile opta pour une interprétation plus large en se contentant de la constatation d'un dommage de nature décennale sans condition d'indivisibilité³².

L'ordonnance du 8 juin 2005 met fin à ces divergences en excluant les dommages aux existants du champ d'application de l'assurance obligatoire sauf pour ceux qui, du fait des travaux effectués, ont perdu toute existence technique propre et sont totalement incorporés dans l'ouvrage neuf³³. Ce n'est que lorsque ces deux conditions cumulatives sont remplies que le dommage décennal de l'existant est pris en charge par l'assurance obligatoire. Sous l'impulsion du nouveau texte, la Cour de cassation a choisi, pour les contrats non soumis aux nouvelles dispositions légales³⁴, de réaffirmer la condition d'indissociabilité pour la prise en charge des dommages décennaux sur les existants.

Désormais, la couverture des dommages aux existants est donc hors du champ de l'assurance obligatoire. Du côté des constructeurs, leur couverture relève du contrat d'assurance responsabilité civile générale (garantie facultative). Pour les maîtres de l'ouvrage, une convention professionnelle signée le 8 septembre 2005 entre l'Etat, les assureurs et les représentants des maîtres d'ouvrage veille à la délivrance effective d'une garantie facultative et en détermine les modalités³⁵.

II) L'assurance Dommages-ouvrage (DO) : le préfinancement rapide du sinistre

13. L'assurance Dommages-ouvrage est une assurance de chose pouvant être mise en œuvre par le maître de l'ouvrage, ou propriétaire de l'ouvrage, dès la constatation d'un dommage de la nature physique de ceux dont sont responsables les constructeurs et les constructeurs non

²⁸ Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 00-21091 ; Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, n° 09-15093, *RGDA* 2011. 123, note M. Perier ; Cass. 3^e civ., 23 oct. 2013, n° 12-24201.

²⁹ CE 31 mai 2010, n° 317006 ; CE 11 déc. 2013, n° 364311, *RDI* 2014. 215.

³⁰ Les existants peuvent se définir comme les parties anciennes de l'ouvrage existant avant l'ouverture du chantier sur, sous ou dans lesquelles sont exécutés les travaux ou être entendus comme les ouvrages existants environnants la nouvelle construction.

³¹ Arrêt SOGEBOR : Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, n° 92-11996, *D.* 1995. 279.

³² Arrêt Chirinian : Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2000, n° 97-19143, *JCP* 2000, II, 10299, *RGDA* 2000. 548, note J.-P. Karila : « *lorsque la technique de travaux de bâtiment mis en œuvre par l'entrepreneur a provoqué des dommages de nature décennale dont les conséquences ont affecté aussi bien la partie nouvelle que la partie ancienne, la garantie décennale est due* ».

³³ C. assur., art. L. 243-1, II.

³⁴ Cass. 3^e civ., 5 juill. 2006, n°05-16277, *RGDA* 2006. 706. Les nouvelles dispositions sont applicables aux contrats conclus à partir du 9 juin 2005.

³⁵ La convention prévoit la mise en place d'une instance de régulation spécifique chargée d'examiner les difficultés survenant lors de la souscription de l'assurance ou dans le règlement des sinistres.

réalisateur au sens de la loi³⁶, soit un dommage de nature décennale. Pour que cette assurance puisse jouer efficacement son rôle de préfinancement, les assujettis et assurés (A) bénéficient d'une étendue temporelle, substantielle et financière de la garantie large (B) ainsi que d'une procédure d'indemnisation qui fait l'objet d'une réglementation et d'une interprétation jurisprudentielle à la faveur des assurés (C).

A) Assujettis et assurés

14. Les assujettis à cette obligation d'assurance sont visés par les articles L 242-1 et L. 242-2 du Code des assurances. Il s'agit du propriétaire de l'ouvrage, que celui-ci soit un particulier ou une société de construction, du mandataire propriétaire de l'ouvrage, comme par exemple le maître d'ouvrage délégué ou le syndic de copropriété pour les travaux portant sur les parties communes et l'administrateur de biens pour les mêmes causes, du vendeur de l'ouvrage (premier vendeur), du promoteur immobilier. En revanche, le constructeur de maisons individuelles n'est pas tenu de souscrire une telle assurance³⁷.

Sont exonérés, totalement, l'Etat, lorsqu'il construit pour son compte³⁸, les personnes morales de droit privé exerçant une activité d'une certaine importance³⁹ et les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat⁴⁰, lorsqu'elles font réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation⁴¹.

15. Concernant les bénéficiaires, si le maître de l'ouvrage est le premier assuré et bénéficiaire de l'assurance, celle-ci va suivre le bien jusqu'à la date d'expiration de la garantie, soit 10 ans après la réception des travaux. Bénéficiant donc de plein droit aux propriétaires successifs de l'ouvrage, en cas de transfert de propriété, le souscripteur, propriétaire et assuré initial, perd le bénéfice du contrat, au profit du nouveau propriétaire⁴². Néanmoins, le vendeur, qui n'a plus la qualité d'assuré, peut néanmoins, dès lors qu'il a pris en charge le coût des réparations d'un sinistre survenu après la vente, réclamer à l'assureur DO le bénéfice de l'indemnité d'assurance, en tant que légalement subrogé dans les droits du propriétaire⁴³.

B) Etendue temporelle, substantielle et financière de la garantie

16. Théoriquement, l'assurance doit être souscrite avant la date d'ouverture du chantier⁴⁴. La durée de la garantie est expressément prévue : elle prend effet à l'expiration de la garantie annale de parfait achèvement⁴⁵. Sa durée de principe n'est donc pas de 10 mais de 9 années. Toutefois, les dommages décennaux survenus postérieurement à la réception pendant le délai

³⁶ C. assur., art. L. 242-1.

³⁷ Il n'est en effet ni propriétaire de l'ouvrage, ni son mandataire, ni vendeur de la maison individuelle qu'il construit. Néanmoins, il arrive fréquemment qu'il propose à son client une assurance Dommages-ouvrage qu'il a déjà souscrit dans le cadre d'un contrat global.

³⁸ C. assur., art. L. 243-1.

³⁹ Leur activité doit être supérieure au seuil fixés aux articles L. 111-6 et R. 111-1 du Code des assurances. Deux des trois éléments suivants doivent être réunis : total du dernier bilan supérieur à 6,2 millions d'euros, chiffre d'affaires du dernier exercice supérieur à 12,8 millions d'euros, nombre moyen d'employés supérieur à 250.

⁴⁰ Ord. n°2004-559 du 17 juin 2004, art. 1.

⁴¹ C. assur., art. L. 242-1, al. 2.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1992, n° 90-14597, *RGAT* 1992. 563, note J. Bigot ; Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, n° 92-11996, *D.* 1995. 279 ; Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, n° 03-19318.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 91-16046, *RGAT* 1995. 393, note A. D'Hauteville ; Cass. 3^e civ., 9 févr. 2010, n° 08-18970.

⁴⁴ C. assur., art. L. 242-1, al. 1. Mais aucune sanction spécifique n'est spécialement prévue en cas de souscription tardive du contrat d'assurance.

⁴⁵ C. assur., art. L. 242-1, al. 7.

de la garantie de parfait achèvement peuvent relever de l'assurance Dommages-ouvrage, lorsque, après mise en demeure⁴⁶ restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations. La jurisprudence y assimile aussi les dommages de nature décennale réservés lors de la réception⁴⁷.

Par exception, l'article L. 242-1, alinéa 8, du Code des assurances envisage la mise en œuvre de l'assurance Dommages-ouvrage, pour des dommages de nature décennale, avant la réception de l'ouvrage. Il est alors exigé une mise en demeure de l'entrepreneur adressée par le maître d'ouvrage au constructeur d'achever les travaux et que, à la suite de son caractère infructueux⁴⁸, le contrat de louage d'ouvrage soit résilié pour inexécution par l'entrepreneur de ses obligations⁴⁹.

Ces prises en charge exceptionnelles par l'assureur DO⁵⁰ posent la question de la recevabilité de son recours subrogatoire contre l'assureur RCD. En effet, seuls les dommages clandestins à la réception (ce caractère s'appréciant par référence au maître de l'ouvrage) ressortent du domaine de la garantie décennale. Le champ d'application de l'assurance DO et celui de l'assurance RCD ne coïncident donc pas parfaitement.

17. Par combinaison de ces dispositions avec le droit commun de l'assurance, l'assureur peut être tenu de garantir des dommages de nature décennale au delà du délai légal dix ans lorsque l'assuré n'a eu connaissance de ceux-ci qu'après l'expiration de cette période⁵¹. En effet, l'article L.114-1 du Code des assurances dispose que l'assuré a deux ans pour agir à compter de l'événement mais que le délai ne court qu'à partir du moment où l'assuré en a connaissance. La connaissance du dommage décennal peut donc être postérieure à sa réalisation, qui a nécessairement eu lieu dans les 10 ans. Néanmoins, la solution, aujourd'hui, adoptée en assurance construction obligatoire est plus rigoureuse et ne respecte pas la lettre du texte car la jurisprudence fait forcément courir le délai biennal à compter de la fin du délai de 10 ans, portant le délai à un maximum de 12 années⁵².

18. Concernant l'étendue substantielle de la garantie, seules les exclusions autorisées par la clause type⁵³ peuvent être opposées par l'assureur à l'assuré : il s'agit des dommages résultant du fait intentionnel ou du dol du souscripteur ou de l'assuré, des effets de l'usure normale, du défaut d'entretien ou de l'usage normal, de la cause étrangère.

Pour autant, si l'assureur ne peut prévoir d'autres exclusions contractuelles que celles légalement prévues, les règles du droit commun de l'assurance continuent, là-aussi de s'appliquer. Ainsi, par exemple l'indemnité peut être réduite en cas d'aggravation du risque non déclaré⁵⁴.

⁴⁶ La nouvelle clause type, art. A 243-1, ann. 2, entrée en vigueur le 28 novembre 2009, a modifié la forme de la mise en demeure en imposant de la faire par lettre recommandée avec avis de réception. En pratique, il est préférable de respecter ce formalisme. Sur le plan contentieux, dans l'hypothèse où ce formalisme ne serait pas respecté, on peut s'interroger sur la faculté de l'arrêté d'ajouter ainsi une condition de forme là où la loi n'en prévoyait pas.

⁴⁷ Cass 1^{re} civ., 4 juin 1991, n° 89-16060, *RGAT* 1991.591, note J. Bigot.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 1994, n° 92-13276, *RGDA* 1994. 1161.

⁴⁹ La mise en liquidation ou en redressement judiciaire de l'entrepreneur vaut résiliation de fait du contrat de louage d'ouvrage : Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, n° 00-10358 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2003, n° 00-10506.

⁵⁰ La garantie de l'assureur DO ne concerne que les dommages de nature décennale et ne saurait être étendue à toutes les réparations nécessaires à la remise en état de l'ouvrage. V. Cass. 3^e civ., 8 mars 1995, n° 93-11627, *RGDA* 1996. 138.

⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, *RGDA* 1999. 1037 ; Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 2003, n° 00-12046.

⁵² Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, *RGDA* 2005. 653.

⁵³ C. assur., A. 243-1 du Code des assurances, ann. 2 « exclusions ».

⁵⁴ C. assur., art. L. 113-9. Cet article prévoit la réduction proportionnelle de l'indemnité en fonction du taux de prime qui aurait été dû si les risques avaient été correctement déclarés.

19. En revanche, l'assureur ne pourra opposer à l'assuré que très peu de limites financières. Tout d'abord, aucune franchise ne peut être imputée sur l'indemnité d'assurance⁵⁵. Néanmoins, la jurisprudence admettait que l'assureur Dommages-ouvrage puisse stipuler un plafond de garantie à la condition qu'il respecte le contenu de la clause type figurant à l'Annexe 2 de l'article A. 243-1 du Code des assurances, se référant à un plafond limité au coût total de la construction revalorisée⁵⁶. L'intérêt pour l'assureur d'un tel plafond était, certes, très relatif, la garantie devant couvrir l'ensemble des travaux afférents à la remise en l'état de l'ouvrage, dans la limite du coût total de la construction. Mais, depuis la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008⁵⁷ alignant les plafonds de garantie en assurance DO sur ceux de l'assurance RCD⁵⁸ et la réforme des clauses type par l'arrêté du 19 novembre 2009, tout plafond, pour les ouvrages destinés à l'habitation, est illicite (contrairement à la solution antérieurement admise). Désormais, seuls les contrats DO concernant des ouvrages hors habitation peuvent stipuler un plafond de garantie.

C) Procédure d'indemnisation règlementée

20. La déclaration de sinistre par le propriétaire de l'ouvrage va déclencher la mise en œuvre de la procédure de constatation et d'indemnisation des dommages telle que prévue par la loi. Le déroulement de celle-ci est prévu et réglé par l'article L. 242-1 du Code des assurances et les clauses types de l'assurance DO⁵⁹. Procédure imposée à laquelle il n'est pas permis de déroger, elle constitue le cœur du dispositif de la loi de 1978 en assurant une indemnisation rapide du maître de l'ouvrage. Celle-ci est très minutieusement règlementée et se décompose en deux grandes étapes.

La première, dont le point de départ est la déclaration de sinistre par l'assuré, est constituée par une période de 60 jours⁶⁰ à disposition de l'assureur pour se prononcer sur le principe de sa garantie. Une fois la déclaration effectuée, l'assureur DO désigne un expert⁶¹, chargé de la rédaction d'un rapport préliminaire⁶². Sur la base de ce rapport, l'assureur notifiera sa décision à l'assuré⁶³. Le refus de garantie doit être expressément motivé⁶⁴. En cas d'acceptation, l'assureur devra faire une proposition d'indemnité dans les 90 jours à compter

⁵⁵ Seul le BCT, en cas de sa saisine pour refus d'assurance, peut fixer une franchise en cas de risque anormalement grave.

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 89-18923, *RGAT* 1992. 566, note J. Bigot.

⁵⁷ Une telle disposition insérée dans une loi relative aux contrats de partenariat public/privé, peut, *a priori*, surprendre. L'exposé des motifs de la loi précise qu'il s'agit, de « rétablir la symétrie entre l'obligation d'assurance dommages-ouvrage et l'assurance de responsabilité civile décennale », pour laquelle un tel plafond a été légalisé en 2006. V. ce rapport, III) C.

⁵⁸ V. ce rapport III), C : au coût total de la construction ou à 150 millions d'euros si le coût de l'ouvrage dépasse cette somme.

⁵⁹ C. assur., art. A 243-1, ann. 2, « obligations de l'assureur en cas- de sinistre ».

⁶⁰ Ce délai de 60 jours est d'ordre public.

⁶¹ L'expert peut être récusé discrétionnairement deux fois par l'assuré. L'expert est alors nommé par le juge des référés à la demande de l'assureur. Les récusations successives font également passer le délai de la première phase 60 à 70 jours, puis de 70 à 90 jours.

⁶² La phase d'expertise est, bien sûr, contradictoire.

⁶³ Initialement, l'assureur était tenu de communiquer le rapport d'expertise préliminaire à l'assuré avant notification de sa décision, quant à la mise en jeu des garanties. En l'absence de cette communication, la procédure était réputée non respectée et l'assureur encourait les sanctions légalement prévues (V. ce rapport II, C) : Cass. 3^e civ., 18 févr. 2004, n° 02-17.976 ; Cass. 3^e civ., 4 janv. 2006, n° 05-13.727, *RDI* 2006. 105, note P. Dessuet. Ce point a été modifié par les nouvelles clauses types entrées en vigueur le 28 novembre 2009 : art. A. 243-1, ann. 2, « Obligations réciproques des parties », B) 2°) a) al. 1 : « l'assureur communique à l'assuré ce rapport préliminaire, préalablement ou au plus tard lors de cette notification ».

⁶⁴ C. assur., art. A 243-1, ann. 2, « obligations de l'assureur en cas de sinistre », 2°, a.

de la réception de la déclaration de sinistre⁶⁵ (seconde étape). Si l'assuré accepte l'offre, le règlement de l'indemnité par l'assureur doit intervenir dans un délai de quinze jours⁶⁶.

Si l'assuré refuse l'offre d'indemnité proposée, il peut alors assigner l'assureur en justice et lui demander une avance forfaitaire et non révisable, égale au trois quarts du montant de l'indemnité notifiée à valoir sur le montant définitif⁶⁷.

21. Le non respect de cette procédure par l'assureur est très sévèrement sanctionné. Ainsi, si celui-ci ne respecte pas les délais de procédure légaux (défaut de réponse dans les 60 jours, non communication du rapport d'expertise ou encore dépassement du délai de 90 jours pour notifier l'indemnité à l'assuré), il perd la possibilité de contester devoir sa garantie. L'assuré acquiert alors un véritable « droit à garantie » interdisant à l'assureur de formuler ultérieurement tout motif de contestation⁶⁸. La jurisprudence est particulièrement rigoureuse quant à l'application de cette sanction en privant l'assureur de l'essentiel des arguments qu'il peut habituellement opposer à son assuré tels que l'absence de gravité décennale du désordre⁶⁹, le défaut d'aléa du contrat d'assurance⁷⁰ ou sa nullité⁷¹.

L'assuré a aussi la faculté, après notification à l'assureur, en cas de non respect des délais⁷², ou encore si l'offre d'indemnité proposée est manifestement insuffisante, d'engager les travaux nécessaires à la réparation des dommages⁷³. Enfin, l'indemnité versée sera de plein droit majorée d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal sous réserve d'une mise en demeure effectuée par l'assuré⁷⁴.

22. Exceptionnellement, l'assureur peut être dispensé de recourir à l'expertise contractuelle légalement prévue lorsque, au vue de la déclaration de sinistre, il évalue le dommage à un montant inférieur à 1800 euros ou si la mise en jeu de sa garantie est manifestement injustifiée⁷⁵. Dans ce dernier cas, il notifiera à l'assuré sa décision motivée de refus de garantie dans un délai de 15 jours à compter de la déclaration complète de sinistre⁷⁶. L'assuré peut contester la décision de l'assureur de ne pas recourir à une expertise. Ainsi, les clauses type lui donnent la possibilité de demander la nomination d'un expert et la décision de l'assureur doit d'ailleurs reproduire de façon apparente cette possibilité. Cependant, la jurisprudence estime que l'assureur demeure libre de ne pas donner suite à cette demande⁷⁷. L'assuré n'a, alors, d'autre choix que d'attirer l'assureur en justice.

Si l'assureur estime, au contraire, que sa garantie est due, il adressera, sans expertise, une proposition d'indemnité dans les 15 jours à son assuré⁷⁸.

⁶⁵ Toutefois, l'article L. 242-1, alinéas 6 et 7 du Code des assurances prévoit qu'en cas de difficultés exceptionnelles dues à la nature ou l'importance du sinistre, un délai supplémentaire de 135 jours peut être accordé à l'expert. Selon une réponse ministérielle du 3 mai 1990, les 135 jours s'ajoutent au délai initial de 90 jours le portant à 225 jours.

⁶⁶ C. assur., art. L. 242-1, al. 4.

⁶⁷ C. assur., art. A. 243-1, ann. 2, « obligations réciproques des parties », B, 3°) C).

⁶⁸ F. Lesage, La garantie automatique de l'assurance dommages ouvrage, *RGDA* 2012. 305.

⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1991, n° 86-13604.

⁷⁰ Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2006, n° 04-13190.

⁷¹ Cass. 3^e civ., 28 janv. 2009, n° 07-21818.

⁷² Non respect des délais de 60 ou 90 jours ou de celui de 15 jours pour régler l'indemnité après acceptation.

⁷³ Sous réserve d'engager des travaux correspondant une appréciation objective. L'assureur conserve la possibilité de les contester, à condition de rapporter la preuve de leur inutilité.

⁷⁴ C. assur., art. L. 242-1 al. 5 ; Cass. 3^e civ., 23 mai 2012, n° 11-14091.

⁷⁵ C. assur., art. A 243-1, ann. 2 « obligations réciproques des parties », B) 1° d.

⁷⁶ Exemples de garanties manifestement injustifiées : action prescrite car diligentée plus de 10 ans après la réception ; action en règlement de l'indemnité d'assurance du maître de l'ouvrage prescrite ; caractère à l'évidence non décennal des dommages (dommages inesthétiques....).

⁷⁷ Cass. 3^e civ., 17 mars 2004, n°02-17355, *RGDA* 2004.450.

⁷⁸ L'assuré a tout intérêt de joindre un devis de réparation dès l'envoi de la déclaration de sinistre.

23. Avec l'indemnité d'assurance, le maître de l'ouvrage, doit obtenir le préfinancement des travaux de nature à mettre un terme aux désordres décennaux⁷⁹. A défaut, l'assureur DO est susceptible d'engager sa responsabilité, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. La jurisprudence considère donc que l'assureur Dommages-ouvrage est tenu d'une obligation légale de préfinancement de travaux efficaces et en déduit que, nonobstant l'expiration du délai décennal, l'assureur qui est intervenu pour le préfinancement de travaux pendant la durée légale de garantie, est tenu de procéder au paiement des réparations en cas d'inefficacité des premiers travaux (sinistre répétitif), ainsi que de prendre en charge tout autre dommage, même non décennal⁸⁰.

Contrepartie de cette obligation légale de préfinancement des travaux, le maître de l'ouvrage ne dispose pas librement de l'indemnité d'assurance, contrairement au droit commun de l'assurance. Cette obligation d'affection n'est pas expressément prévue par la loi mais résulte de la jurisprudence⁸¹. L'assureur peut donc obtenir la répétition des sommes non affectées à la prise en charge des travaux de réfection, tout comme celle dépassant le coût réel des travaux⁸².

III) L'assurance Responsabilité civile décennale : la responsabilisation des constructeurs

24. Second volet du mécanisme à double détente, l'assurance RCD participe de l'ambition de la loi de 4 janvier 1978⁸³ d'initier une évolution des mentalités de tous les participants à l'acte de construire en leur faisant prendre conscience de leurs responsabilités, tout en organisant leur solvabilité financière. La définition des assujettis est donc large et le créancier de l'indemnité, pas forcément celui envisagé par le législateur (A). A l'instar de toute assurance RC obligatoire, la protection de la victime occupe une place de choix qui se retrouve dans la conception de l'étendue temporelle et substantielle de la garantie (B). Cette même protection justifiait le caractère illimité de la garantie financière. Position intenable pour les assureurs, les plafonds de garantie ainsi que certains mécanismes d'assurance sont désormais licites (C).

A) Assujettis et créanciers de l'indemnité

25. Selon l'article L. 241-1 du Code des assurances, « *toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance* ». Les personnes concernées par l'obligation d'assurance sont donc celles que la loi répute constructeurs⁸⁴ et les autres personnes tenues légalement à garantie comme le fabricant d'un EPERS⁸⁵, notion

⁷⁹ Cass. 3^e civ., 7 déc. 2005, n° 04-17418, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 101, note H. Groutel. ; Cass. 3^e civ., 20 juin 2007, n° 06-15686.

⁸⁰ Prise en charge du dommage immatériel : Cass. 3^e civ., 7 déc. 2005, n° 04-17418, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. n° 101 ; Cass. 3^e civ., 24 mai 2006, nos 05-11708 et 05-12398 ; Cass. 3^e civ., 11 févr. 2009, n° 07-21761.

⁸¹ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, n° 01-17608, *RGDA* 2004. 100.

⁸² Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, *Bull. civ.* III, n°234.

⁸³ V. le rapport sur la responsabilité des constructeurs.

⁸⁴ C. civ., art. 1792-1 : l'architecte, l'entrepreneur, le technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ; toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ; toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.

⁸⁵Éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire : C. civ., art. 1792-4 : le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance.

débatte⁸⁶, le vendeur d'immeuble à construire⁸⁷, le promoteur immobilier⁸⁸, le constructeur de maisons individuelles⁸⁹, ou encore le contrôleur technique⁹⁰.

26. Dans l'esprit de la loi Spinetta, le créancier de l'indemnité d'assurance est principalement l'assureur DO subrogé exerçant un recours contre le constructeur responsable et son assureur. Néanmoins, rien n'empêche le maître de l'ouvrage victime, qui n'aurait pas souscrit d'assurance DO par exemple ou l'acquéreur de l'ouvrage, d'agir directement contre le constructeur et son assureur⁹¹. En effet, la jurisprudence estime que le défaut de souscription de l'assurance par le maître de l'ouvrage ne constitue pas en lui-même, une cause exonératoire de la responsabilité mise à la charge du constructeur au sens de la loi, de sorte que ce dernier ne peut échapper aux conséquences de sa propre responsabilité en reprochant au maître de l'ouvrage son défaut d'assurance⁹². Par ailleurs, certains maîtres de l'ouvrage ne sont pas tenus de souscrire une assurance DO, comme les maîtres d'ouvrage public⁹³.

Le maître de l'ouvrage ne commet pas non plus de faute s'il ne vérifie pas que le constructeur satisfait à son obligation légale d'assurance RCD⁹⁴.

Contrairement à l'assurance DO, la victime, propriétaire de l'ouvrage, n'est pas tenue d'affecter l'indemnité à la réparation des dommages⁹⁵.

B) Etendue temporelle et substantielle de la garantie

27. La réception constitue, selon l'article 1792-4-1 du Code civil, le point de départ du délai de 10 ans. Mais pour que l'ouvrage soit couvert dès l'instant de sa réception, il est nécessaire qu'à l'ouverture du chantier concernant cet ouvrage, le contrat d'assurance RCD soit en cours de validité, selon l'article L. 241-1 du Code des assurances. La garantie est ensuite acquise pendant 10 ans, sans paiement de prime subséquente⁹⁶.

Point déterminant l'effectivité des garanties, la notion d'ouverture de chantier ne faisait, initialement, l'objet d'aucune définition ni dans la loi, ni dans les clauses types. Traditionnellement, celle-ci était assimilée à la déclaration réglementaire d'ouverture du chantier⁹⁷(DROC). Mais cette assimilation était critiquée car la DROC reste un événement totalement étranger aux constructeurs intervenant sur le chantier. La jurisprudence adopta alors une position plus en adéquation avec la pratique. Ainsi, à défaut d'une stipulation contractuelle envisageant la définition de la notion d'ouverture du chantier, la jurisprudence a

⁸⁶ V. L. Karila et C. Charbonneau, *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, LexisNexis 2^e éd., 2011, n° 510 et s. et la jurisprudence citée.

⁸⁷ C. civ., art. 1646-1.

⁸⁸ C. civ., art. 1831-1.

⁸⁹ CCH art. L. 231-1.

⁹⁰ CCH, art. L. 111-24. Le contrôleur technique est soumis à la présomption de responsabilité des articles 1792 et 1792-2 du Code civil et à l'obligation d'assurance dans la limite du contrôle technique obligatoire portant sur les opérations de construction énumérées à l'article R. 111-38 du CCH et pour la mission relative à la solidité des ouvrages de viabilité, de fondations, d'ossature, de clos et de couvert et des éléments d'équipement qui font indissociablement corps avec ses ouvrages ainsi que sur les conditions de sécurité des personnes dans les constructions.

⁹¹ Cass. 3^e civ., 29 mars 2000, *RGDA* 2000. 156.

⁹² Cass. 3^e civ., 12 janv. 2000, *Resp. civ. et assur.* 2000, comm. n°133.

⁹³ V. ce rapport, I) A).

⁹⁴ Cass. 3^e civ., 12 janv. 2000, *RGDA* 2000. 541.

⁹⁵ Cass 3^e civ., 21 janv. 2004, *Bull. civ.*, III, n°10.

⁹⁶ Les primes payées pendant l'existence du contrat d'assurance sont capitalisées afin que l'assureur puisse faire face à ses engagements même après la résiliation du contrat, c'est-à-dire à une époque où il ne perçoit plus de primes.

⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, n°99-11562, *RDI* 2002. 303

considéré, à titre supplétif de la volonté des parties⁹⁸, puis de manière systématique⁹⁹, que la notion s'entendait comme le commencement effectif des travaux confiés au constructeur assuré.

Les nouvelles clauses types¹⁰⁰, entrées en vigueur le 28 novembre 2009, définissent expressément l'ouverture de chantier en l'identifiant à la date de la DROC¹⁰¹. Même si la solution n'est pas parfaite¹⁰², elle a le mérite de poser une date certaine et unique pour l'ensemble des intervenants tout en confirmant l'idée qu'il ne peut exister qu'une date d'ouverture de chantier pour tous, quel que soit le moment où ceux-ci interviennent.

28. A la suite d'un dommage décennal, l'assureur DO subrogé, ou le maître de l'ouvrage victime, peut exercer l'action directe légale contre l'assureur RCD du constructeur pendant 10 ans à compter de la réception de l'ouvrage. A l'instar de tout assurance RC, la jurisprudence accorde au tiers lésé, ou à son subrogé, un délai supplémentaire de deux années lorsque celui-ci a d'abord choisi d'agir contre le constructeur responsable durant les deux dernières années de prescription, avant d'agir directement contre l'assureur RCD¹⁰³. Au final, l'action directe de la victime contre l'assureur se prescrit au plus tard jusqu'à ce que ce dernier ne se trouve plus soumis au recours de son assuré : c'est-à-dire jusqu'à l'expiration du délai biennal qui court, au profit de l'assuré responsable, à compter du recours de la victime contre celui-ci, soit 12 années au maximum.

29. Concernant l'étendue substantielle de la garantie, l'assurance RCD couvre la responsabilité décennale telle que définie par le Code civil et par conséquent les dommages de nature décennale cachés à la réception¹⁰⁴. Tous les autres dommages ressortent de la responsabilité contractuelle de droit commun et des assurances facultatives. Tel est donc le cas par exemple, après réception, des dommages dits intermédiaires, qui ne présentent pas les critères décennaux requis par la loi¹⁰⁵.

30. En outre, comme en assurance DO, seules les exclusions et les déchéances prévues par la clause type, figurant à l'annexe 1 de l'article A. 243-1 du Code des assurances, sont autorisées. Ainsi au titre des exclusions, on retrouve tout d'abord le fait intentionnel ou le dol du souscripteur ou de l'assuré. Sont aussi visés les effets de l'usure normale, du défaut d'entretien ou de l'usage anormale, la cause étrangère. Ces dernières exclusions ne sont pas à proprement parler des exclusions mais plutôt des absences d'imputabilité permettant d'écarter la responsabilité du constructeur, le dommage résultant d'une cause, intrinsèque ou extrinsèque, ou de faits imputables à la victime.

⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 2003, n° 00-12631, *RDI* 2003. 441, *RGDA* 2003. 512 ; Cass. 3^e civ., 16 sept. 2003, n° 02-12607 *RGDA* 2003. 750 ; Cass. 3^e civ., 13 nov. 2003, n° 01-02428, *D.* 2003. 3005, *RGDA* 2004. 132 ; Cass. 3^e civ., 3 et 18 févr. 2004, n° 01-17825 et 02-18414, *RGDA* 2004. 471.

⁹⁹ Cass. 3^e civ., 27 sept. 2006, n° 05-15214, *RGDA* 2006. 957 ; Cass. 3^e civ., 16 nov. 2011 n°10-24517, *RTDI* 2012, 1, *LEDA*. 2012, n° 1 comm. n°7, *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 80, *RGDA* 2012. 369.

¹⁰⁰ Clauses issues de l'arrêt du 19 novembre 2009, *JO* du 27 novembre 2009

¹⁰¹ Au sens de l'article R. 424-16 du Code de l'urbanisme. Ce n'est que si les travaux ne nécessitent pas la délivrance d'un permis de construire que sera retenue la date du premier ordre de service, ou à défaut d'un tel ordre, la date de commencement effectif des travaux.

¹⁰² Et notamment, *quid* en cas de non respect du dépôt de la DROC par le maître de l'ouvrage ? v. obs. C. Charbonneau, *La réforme des clauses applicables aux contrats d'assurance construction obligatoires*, *Lamy assurances* 2011, act. G. 7.

¹⁰³ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996, n° 94-14560, *RGAT* 1996.705, note J. Kullmann ; Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2005, n° 03-13092, *RGDA* 2005.632.

¹⁰⁴ Sur cette notion, V. rapport responsabilité des constructeurs.

¹⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1988, n° 86-18956 ; Cass. 3^e civ., 27 avr. 1994, n° 92-17460, *RGAT* 1994.823.

L'assuré est également déchu de son droit à garantie en cas d'inobservation inexcusable des règles de l'art¹⁰⁶. L'assureur RCD doit alors verser toute l'indemnité d'assurance à la victime ou son subrogé et ce n'est qu'après ce versement qu'il pourra la récupérer auprès de son assuré.

31. En dehors de ces exclusions et de cette déchéance, toute clause contractuelle limitant l'étendue de la garantie sera réputée non écrite¹⁰⁷, comme par exemple la clause excluant de la garantie les dommages résultant de l'utilisation de procédés non traditionnels ou techniques non courantes¹⁰⁸ par le constructeur.

32. Néanmoins, certaines clauses contractuelles restent possibles dès lors qu'elles ne remettent pas en cause le champ d'application légal telles que les clauses subordonnant la garantie à la déclaration du chantier par l'assuré à son assureur¹⁰⁹ ou encore limitant la garantie à l'activité professionnelle déclarée par l'assuré¹¹⁰.

Dans cette dernière situation, le dommage décennal causé lors d'une activité non déclarée à l'assureur ne sera pas couvert. Théoriquement, l'attestation d'assurance, remise obligatoirement par le constructeur au maître de l'ouvrage à l'ouverture du chantier¹¹¹, doit l'informer complètement et exactement sur l'étendue de la garantie. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'une attestation-type, certaines attestations étaient incomplètes. Après avoir un temps opté pour l'inopposabilité des imprécisions de l'attestation d'assurance au maître de l'ouvrage-victime ou son subrogé¹¹², la jurisprudence a finalement préféré retenir la responsabilité délictuelle de l'assureur¹¹³. Afin d'éviter cette difficulté, les organisations professionnelles recommandaient aux assureurs d'utiliser des attestations d'assurance type, pratique que le législateur¹¹⁴ vient de consacrer en imposant l'insertion de mentions minimales dans l'attestation.

C) Limites financières opportunes

33. Au contraire de l'assurance Dommages-ouvrage, les clauses types prévoient expressément l'existence d'une franchise, plus exactement un découvert obligatoire, l'assuré ne pouvant contracter une assurance pour la portion du risque constitué par la somme restant à sa charge¹¹⁵. En revanche, ce découvert obligatoire est inopposable au tiers lésé ou à son assureur DO subrogé¹¹⁶. L'assureur est donc tenu de lui verser l'intégralité de l'indemnité, à charge pour lui ensuite de récupérer le montant de cette franchise auprès de son assuré.

¹⁰⁶ L'arrêté du 19 novembre 2009, portant actualisation des clauses types, n'a pas modifié cette disposition. Il n'a fait que désolidariser la déchéance des exclusions en créant un article spécifique. V. sur ce point, P. Dessuet, l'arrêté du 19 novembre 2009 : de nouvelles clauses-types en matière de construction obligatoire, *RDI* 2010. 72.

¹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1993, n°91-10071 *RGAT* 1994. 172, note J. Bigot.

¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1993, *précit.* ; Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, n°93-13576 et 93-13577 ; Cass. 3^e civ., 29 nov. 1995, n°94-12784, *RGDA* 1996. 371, note H. Perinet-Marquet ; Cass. 3^e civ., 9 juill. 2003, n°02-10270, *RDI* 2003. 543 ; Cass. 3^e civ., 26 nov. 2003, n°01-16126 ; Cass. 3^e civ., 19 juin 2007, n°06-14980.

¹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2000, *RGDA* 2001. 81.

¹¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 avr 1997, n° 95-10.187 et Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1997, n° 95-19.416 ; *Resp. civ. et assur.* 1998, chron. 4.

¹¹¹ C. assur., L. 241-2, al. 2.

¹¹² Cass. 3^e civ., 3 mars 2004, n° 02-19122.

¹¹³ Cass. 3^e civ., 24 oct. 2012, n° 11-16012, *LEDA* 2012, comm. 168, note A. Astegiano-La Rizza ; Cass. 3^e civ., 29 mars 2006, n°05-13119 ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2006, n°04-20250.

¹¹⁴ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : C. assur., art. L. 243-2, al. 2.

¹¹⁵ C. assur., art. A. 243-1.

¹¹⁶ C. assur., art. A. 243-1, ann. 1. Cette solution est dérogoire au droit commun.

En revanche, ni la loi, ni les clauses types n'envisageaient un plafond de garantie que ce soit pour l'autoriser ou l'interdire. La jurisprudence préféra les considérer comme illicites¹¹⁷, car contraire à la finalité de la garantie décennale visant l'entière réparation du préjudice décennal subi. Cette garantie financière illimitée créa des difficultés pratiques : le marché était dans l'incapacité, pour un chantier donné avec intervenants multiples, de fournir à chaque constructeur une telle assurance illimitée tout comme il ne pouvait l'accorder lorsque l'opération envisagée était supérieure à un certain seuil.

Les assureurs ont alors tenté de contourner cette interdiction par différents moyens. Le premier fut la mise en place d'une sorte de politique tarifaire en insérant dans les contrats des limitations de garantie en fonction du montant des chantiers, tel que déclaré par le constructeur dans le questionnaire de déclaration des risques. Ainsi, les chantiers ne dépassant pas le seuil fixé contractuellement étaient automatiquement couverts par la police. Les autres devaient faire l'objet d'une déclaration spécifique à l'assureur, lequel conditionnait sa garantie au versement d'un complément de primes.

Le second moyen fut le recours à la technique de l'assurance collective pour les chantiers aux intervenants multiples. Dans ce montage, chaque constructeur dispose d'une première garantie personnelle avec un plafond limité de garantie. Cette première garantie, nécessairement insuffisante, est complétée par la mise en place, pour tous les intervenants, d'un contrat d'assurance complémentaire dit Police complémentaire de groupe (P.C.G.) ou Police complémentaire d'ouvrage. L'objet de cette police, dont le coût est variable selon les chantiers, est de compléter les plafonds de garantie dont disposent les assurés constructeurs au titre de leur police obligatoire de base dite première ligne. La P.C.G. est donc une police de responsabilité décennale collective de deuxième ligne qui apporte, pour l'ensemble des intervenants, un complément de garantie d'assurance de responsabilité décennale obligatoire dont le montant global est égal au coût total de construction. La valeur du chantier est ainsi prévue une seule fois pour tous les intervenants.

Techniquement, il s'agit d'une assurance collective pour compte commun de tous les constructeurs au sens de la loi, qui prennent la qualité d'assurés. Elle est généralement souscrite par le maître de l'ouvrage, ou l'attributaire du marché, car il dispose de la meilleure connaissance de l'ensemble des intervenants à l'opération et du coût prévisionnel global des travaux.

Ce schéma constitue une solution au fait que le marché¹¹⁸ ne peut offrir autant de fois la valeur de reconstruction de l'ouvrage que de constructeurs sur le chantier. Néanmoins, en l'état des textes antérieurs, le schéma restait illégal puisque le plafond stipulé dans les contrats individuels était illicite. L'assureur première ligne courait donc le risque que le plafond contractuellement prévu soit réputé non écrit¹¹⁹.

Finalement, le principe de plafonnement de la garantie responsabilité civile décennale a été pour partie retenu par la loi du 30 décembre 2006¹²⁰ et le décret d'application légalise même la pratique du contrat d'assurance collectif RCD développée par les assureurs¹²¹.

Désormais, pour les ouvrages destinés à un usage autre que l'habitation, les assurances RCD peuvent faire l'objet d'un plafonnement à hauteur du coût total de la construction déclaré par le maître de l'ouvrage ou à 150 millions d'euros, si le coût est supérieur à cette somme¹²². Bien sûr, les constructeurs demeurent susceptibles de réparer l'entier préjudice consécutif à

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1992, *RDI* 1992, 349, obs. G. Leguay.

¹¹⁸ Principalement de la réassurance.

¹¹⁹ Tel était particulièrement le risque dans les marchés publics où le maître de l'ouvrage, non tenu à la souscription d'une assurance dommages-ouvrage, ne souscrivait pas non plus de contrat collectif responsabilité civile décennale complémentaire.

¹²⁰ L. n°2006-1771 du 30 déc. 2006, décret d'application n° 2008-1466 du 22 déc. 2008.

¹²¹ C. assur., art. R. 243-1.

¹²² C. assur., art. R. 243-3.

leur responsabilité décennale, le coût total de construction de l'ouvrage ne coïncidant pas forcément avec le coût de réparation de l'ouvrage....Ils ont néanmoins la possibilité de souscrire des garanties facultatives complémentaires au delà du plafond contractuel, mais celles-ci n'étant pas soumises à l'obligation d'assurance, les assureurs seront alors libres de leur refuser ces garanties, sans recours possible auprès du BCT.