

L'assurance construction en Europe

En matière d'assurance construction, le droit français, on le sait, met en scène un dispositif de garantie à double détente, résultant d'une association singulière entre une assurance de responsabilité et une assurance de biens : une garantie obligatoire pèse d'abord sur toute personne intervenant à l'acte de bâtir en qualité de constructeur, ce afin de leur permettre de trouver une couverture automatique pour les cas où ils engageraient leur responsabilité décennale ; une assurance dite « dommages ouvrage » vient ensuite s'adosser à la première ; mise à la charge du maître d'ouvrage, elle vise essentiellement à l'épargner d'une longue et, semble-t-il, incertaine procédure d'indemnisation, pour lui verser au seul vu des malfaçons les fonds nécessaires à une intervention rapide et, à bien des égards, salvatrice, sur un immeuble qui pourra être ainsi remis en état sans risquer que de nouveaux désordres apparaissent avec le temps. Nous y reviendrons, ce système a largement fait ses preuves, même s'il accuse aujourd'hui quelques limites. De l'avis des spécialistes de la matière¹, nous n'en changerions pour rien au monde ; tout au plus peut-on concevoir de l'aménager, mais il n'est alors précisément question de le faire avant tout que pour en assurer la pérennité pour les temps à venir au regard des problèmes, de financement notamment, auxquels le dispositif est en proie depuis les années 2000.

Pour nos voisins européens pourtant, ce système, pour protecteur qu'il soit des intérêts du maître de l'ouvrage, est logiquement appréhendé avec une certaine suspicion, pour deux raisons au moins. D'abord parce que les causes qui ont justifié sa mise en place à la fin des années 1970² témoignent d'un certain dérèglement de la responsabilité civile en la matière, ce qui atteste d'un manque de cohérence du dispositif d'un point de vue juridique. Ensuite parce que ce système pourra leur sembler excessif, tant au regard des contraintes qui pèsent sur les parties à l'acte de bâtir, que des sommes qu'il engage ces dernières à verser pour verrouiller une indemnisation aussi efficace que complète.

Un manque de cohérence, disons-nous, car si nous avons aujourd'hui digéré cette contrariété, le dispositif *Spinetta* est né d'un échec : un échec, au fond, à faire simplement appliquer le droit de la responsabilité civile dans un domaine où les sommes engagées ont eu raison de l'automatisme de la responsabilité de plein droit qui a toujours pesé dans notre droit sur les constructeurs. Dans le cas, classique, où un architecte était aux prises avec un entrepreneur qu'il accusait d'être à l'origine des malfaçons découvertes après la livraison de l'ouvrage (et que ce soit d'ailleurs au titre de leur responsabilité biennale ou décennale), on en était venu à laisser se poursuivre pendant plusieurs années des débats jugés parfois insolubles quant à la part fautive de chacun, alors même que l'obligation de résultat qui leur incombe ainsi que la solidarité qui les unit en termes de responsabilité, aurait dû logiquement tordre le cou à ces mêmes débats. Ainsi l'assurance dommages ouvrage peut-elle être considérée comme l'*ersatz* d'un système de responsabilité qui, autrefois, n'a pas pu faire ses preuves.

Quant au caractère excessif du dispositif, il relève principalement de ce que le droit français a privilégié en ce domaine les assurances obligatoires, quand les autres pays européens, comme

¹ V. notamment à cet égard la préface d'Hugues Périnet-Marquet à l'ouvrage dressant le bilan des trente ans de pratique de la loi *Spinetta* : J. Bigot et M. Périer, *Risques et assurances construction*, Editions l'Argus de l'Assurance, collection « Les fondamentaux de l'assurance », 2007, spéc. p. 7.

² Loi n° 78-12 du 4 janv. 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JO 5 janv. 1978, p. 188. Le dispositif a été modifié à plusieurs reprises dans les années 2000, soit par l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 destinée, notamment, à en clarifier les termes, ainsi que par les lois n° 2006-1771 et n° 2008-735 du 30 décembre 2006 et du 28 juill. 2008, qui légalisèrent les plafonds de garantie, puis par un arrêté du 19 novembre 2009 qui est venu réformé les clauses types figurant dans les polices d'assurance du secteur.

nous allons le voir, ont plutôt opté pour des assurances facultatives, du moins en ce qui concerne celles contractées aux fins de remédier aux malfaçons affectant l'ouvrage (I).

Ce particularisme du droit français se vérifie tout autant lorsqu'on regarde les conditions de garantie, à la fois quant à la mise en œuvre des procédures d'indemnisation et quant aux sommes susceptibles d'être versées aux victimes des désordres par l'assureur (II).

Mais nous constaterons également que ces différences de principe s'atténuent largement dans la pratique de la matière, laquelle s'efforce tout aussi bien dans les autres pays de mettre en place des circuits d'indemnisation efficaces, du moins autant que la nature du chantier envisagé et les moyens financiers des intervenants le permettent.

I) L'obligation d'assurance

C'est peut-être en partie cette « obsession » du législateur français à multiplier les assurances obligatoires, fort nombreuses aujourd'hui, qui l'ont naturellement conduit à choisir d'associer la responsabilité décennale des constructeurs à de telles assurances (A). Pourtant, le fossé entre le droit français et ses voisins européens n'est pas si large qu'il y paraît, car s'il reste vrai que ceux-ci n'ont pour l'instant jamais été convaincus par un tel système, la pratique elle-même incite, voire oblige les constructeurs à se doter de telles garanties, de sorte que celles-ci se trouvent, *de facto*, préalablement nécessaires à l'acte de bâtir (B).

A) L'obligation légale

Ce qui caractérise peut-être le mieux le droit français de l'assurance construction par rapport aux autres pays, c'est sa propension à vouloir protéger le mieux possible le maître d'ouvrage victime de malfaçons, et ce jusqu'à lui imposer, on l'a vu, de contracter une assurance dommages ouvrage destinée au préfinancement des travaux de réfection. La législation récente lui confère même un aspect consumériste, quand elle prétend distinguer selon la destination qui est faite de l'immeuble en cause. Comme l'observe Axelle Astegiano-La Rizza dans son rapport³, si la jurisprudence avait pris l'habitude d'admettre que l'assureur dommages ouvrage limite sa garantie en plafonnant celle-ci au coût total de la construction revalorisée, une loi du 28 juillet 2008 est venue depuis interdire un tel plafonnement lorsque l'immeuble concerné est destiné à un usage d'habitation. On notera d'ailleurs que l'assiette de l'assurance dommages ouvrage ne coïncide pas toujours parfaitement avec celle de l'assurance responsabilité décennale ; ainsi, l'assureur dommages ouvrage peut être par exemple tenu d'indemniser la victime pour des dommages survenus après réception de l'ouvrage mais pendant le délai de la garantie de parfait achèvement, dès lors qu'après une mise en demeure infructueuse, l'entrepreneur n'a pas daigné effectuer les réparations nécessaires. De même, l'assureur dommages ouvrage sera tenu d'indemniser le maître d'ouvrage à raison de dommages survenus avant toute réception des travaux, lorsque le défaut d'achèvement de ceux-ci par l'entrepreneur a conduit à une résiliation du contrat. Il s'ensuit que l'assureur dommages ouvrage ne pourra dans ces cas se retourner utilement contre l'assureur responsabilité décennale, mais qu'en tout état de cause – et c'est cela qui compte en droit français – le maître d'ouvrage sera bien indemnisé.

L'absence de consécration par les autres pays de ce système d'assurances obligatoires à double détente tend à éloigner ce sentiment consumériste qui imprègne, peu ou prou, le droit français. Comme l'observe d'ailleurs Simon Taylor à propos du droit anglais, ceci peut s'expliquer parce que les pouvoirs publics se polarisent davantage sur la capacité financière des sociétés d'assurance plutôt que sur la protection, encore assez peu développée dans ce pays, des assurés dans leur relation avec leur assureur⁴. Et la réflexion, semble-t-il, vaut également pour les maîtres

³ V. le rapport français sur les assurances construction, spéc. n° 19.

⁴ V. le rapport anglais sur les assurances construction, spéc. n° .

d'ouvrage dans leur relation avec les constructeurs. Il n'y a guère que le droit espagnol qui se rapproche un tant soit peu du droit français dans son aspect consumériste ; loin de généraliser l'assurance obligatoire à toute personne faisant métier de concevoir et d'édifier des biens immobiliers, il impose tout de même une telle assurance à l'endroit des constructeurs pour les dommages ou vices à caractère structurel, lorsque l'immeuble en question est à usage d'habitation⁵. Mais là encore, aucune assurance dommages ouvrage ne vient pour autant compléter le dispositif.

Surtout, le rejet global de l'assurance obligatoire ne se cantonne pas à ce type d'assurance ; sous réserve de l'exemple espagnol qui vient d'être donné, l'assurance de responsabilité civile destinée à réparer les dommages clandestins attestant d'une mauvaise exécution de ses obligations contractuelles par l'entrepreneur est elle aussi souvent écartée, et parfois avec force. L'exemple du droit allemand est à ce titre particulièrement probant, puisqu'ici le principe est totalement inverse à celui du droit français : les dommages relatifs à une mauvaise construction sont inassurables, du moins lorsque le maître d'ouvrage prétend trouver dans l'indemnisation une forme d'exécution par équivalent de son contrat⁶. La responsabilité civile professionnelle allemande est ainsi faite qu'elle ne couvre que les dommages causés en dehors de la sphère contractuelle. Pas d'obligation d'assurance donc, car pas de *possibilité* d'assurance.

Toutefois, il serait faux d'affirmer que les garanties légales obligatoires n'ont pas cours dans les autres pays ; simplement, elles ne se rapportent pas précisément aux dommages causés à l'édifice eux-mêmes mais concernent, plus généralement, la garantie des risques professionnels et des dommages causés aux tiers à l'occasion des travaux. Le droit belge, par exemple, a depuis longtemps imposé aux architectes de s'assurer contre les risques liés à leur responsabilité professionnelle ; une assurance obligatoire d'ailleurs assez mal perçue par les principaux intéressés, puisque les autres corps de métiers – à l'exception des géomètres experts et des entrepreneurs de travaux publics – ne connaissent pas cette contrainte. Il n'empêche qu'une telle assurance ne garantit pas nécessairement l'indemnisation systématique des vices clandestins à la réception de l'ouvrage, qui eux dépendent d'autres types de polices (l'assurance « contrôle » notamment), toujours facultatives au regard de la loi. Mais la pratique rend souvent celles-ci, en Belgique comme ailleurs, quasi incontournables.

B) L'obligation contractuelle

Si l'assurance dommages ouvrage apparaît bien comme une spécificité française – quoiqu'elle peut être sans doute être envisagée à titre facultatif chez nos voisins européens –, il semble qu'il demeure assez rare que l'absence de contrainte légale en la matière ne conduise les constructeurs belges, italiens, espagnols, anglais ou allemands à ne pas proposer eux-mêmes aux maîtres d'ouvrage une assurance remplissant, peu ou prou, la même fonction que la garantie décennale à raison des désordres affectant la solidité de l'édifice.

Et si ce n'est pas la loi, c'est alors la pratique qui les y contraint. Simon Taylor observe ainsi dans son rapport⁷ que, lorsque le client d'une banque sollicite l'obtention d'un prêt pour l'acquisition d'un immeuble construit depuis moins de dix ans, celle-ci le lui refuse s'il n'accompagne pas sa demande d'une preuve de ce que ledit immeuble fait l'objet d'une garantie couvrant les défauts structurels. On peut donc gager en toute logique que les constructeurs et promoteurs immobiliers s'appliquent à systématiser la stipulation d'une telle garantie dans le contrat de construction, car cela les empêcherait autrement d'écouler la plupart de leurs produits.

Même le droit allemand, qui on l'a vu pose en principe que les désordres issus d'une mauvaise exécution de son contrat par l'architecte ou l'entrepreneur sont inassurables, s'est employé à trouver des solutions qui, dans la pratique, contrecarre plus ou moins bien cette règle

⁵ V. sur ce point le rapport espagnol de Ricardo Pazos sur l'assurance construction en droit espagnol, spéc. p. 4.

⁶ V. sur ce point le rapport de Jonas Knetsch sur l'assurance construction en droit allemand, spéc. n°.

⁷ Rapport préc., spéc. n°

bien gênante. C'est ainsi par le biais du droit des sûretés que le maître d'ouvrage est protégé, et ce particulièrement en aménageant la rétention d'une partie du prix sur un compte bloqué, ou en recourant au cautionnement. Quant à celui-ci, il se décline sous deux formes : soit il s'agira d'un cautionnement d'exécution, qui garantit le bon accomplissement de ses obligations par le constructeur, soit il s'agira plutôt d'un cautionnement de garantie des vices cachés, qui couvrira simplement les dommages à l'édifice survenus après sa réception. Le problème est que le recours au droit des sûretés pèse lourd dans la capacité financière des constructeurs (les sommes dédiées au droit de rétention s'élèvent notamment à un quart de leur chiffre d'affaires) ; surtout, elles ne couvrent qu'imparfaitement la responsabilité du constructeur en cas d'insolvabilité ; à cet égard, le cautionnement fourni par les banques sera souvent limité par un plafond. Il est donc particulièrement intéressant de constater, avec Jonas Knetsch⁸, qu'un assureur allemand en est venu tout naturellement à proposer dans les années 90 un nouveau produit d'assurance, qui s'inspirait alors du modèle français tout en l'adaptant aux contingences du système allemand. Il ne s'agit certes que d'une assurance facultative, à laquelle n'est d'ailleurs pas associée d'assurance dommages ouvrage, mais il n'empêche que de plus en plus de constructeurs allemands se tournent aujourd'hui vers ce produit. Leurs clients, semble-t-il, ont parfaitement digéré ce surcoût supplémentaire, qui leur permet enfin de s'assurer efficacement contre tout risque d'insolvabilité des responsables. Ce rapprochement du droit français et du droit allemand par la pratique s'opère d'ailleurs aussi au titre des garanties couvrant les autres désordres que ceux affectant la structure de l'ouvrage. A l'instar de l'assurance de responsabilité biennale, une garantie de deux ans est désormais proposée aux fins de couvrir les défauts résiduels qui ne répondent pas aux normes de construction actuelles, ce qui achèvera de rendre le droit allemand aussi protecteur que le droit français si le législateur finit par prendre acte de cette évolution de la pratique.

Au reste, on relève aussi un certain nombre d'autres assurances facultatives dans les pays européens, dont certaines ont aujourd'hui acquis ce statut d'assurance « quasi-obligatoire ». C'est particulièrement le cas à l'occasion de gros chantiers, auxquels interviennent plusieurs entreprises de construction. Leur coopération rend là encore nécessaire d'adjoindre au projet plusieurs polices d'assurances, standardisées ou non, qui couvriront par là même totalement les maîtres d'ouvrage auxquelles elles sont, au fond, imposées. On citera pour exemple l'assurance belge « tous risques chantiers » ; cette assurance collective pour compte est attachée au chantier lui-même, ce qui évite ainsi de devoir garantir chacun des intervenants contre les risques de leur exploitation à l'égard des tiers, ou contre les malfaçons que leurs clients pourraient leur reprocher⁹.

Ainsi ces exemples portent-ils à penser que, dans ces pays où le rapprochement du modèle français n'a jusqu'à ce jour pas convaincu le législateur¹⁰, la pratique s'en est au fond largement arrangée, en multipliant les réponses aux attentes de maîtres d'ouvrage d'autant plus soucieux de se prémunir contre l'insolvabilité des corps de métier intervenant sur le chantier que la crise actuelle les encourage naturellement à la prudence. On relèvera d'ailleurs, pour conclure sur ce point, que dès 2006, la Commission européenne avait elle-même pris les devants en invitant les Etats-membres, dans le cadre de la directive « services¹¹ », à obliger les constructeurs à s'assurer systématiquement.

II) Les conditions d'assurance

⁸ Rapport préc., spéc. p. 5 et s.

⁹ V. le rapport de Nicolas Schmidt sur le droit belge, p. 4.

¹⁰ V. notamment à ce propos le rapport de N. Schmidt sur le droit belge, qui fait mention d'une intervention en 2007 de la Cour constitutionnelle, destinée à inviter le législateur à réformer la matière ; projet qui a cependant été délaissé après que le Gouvernement ait démissionné en 2010.

¹¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, 27 décembre 2006, L. 76/36.

L'étude des conditions de garantie porte à envisager non seulement celles qui concernent précisément la mise en œuvre des procédures d'indemnisation, mais aussi celles qui se rapportent au montant auquel l'assuré pourra prétendre en cas de préjudice. Quant aux premières, le droit français se distingue sans doute par un effort de clarification récent en la matière, ce qui nous semble ici peut-être l'avantage le plus prégnant d'un droit largement standardisé par le législateur (A). Quant à la question du montant en revanche, la loi *Spinetta* semble avoir atteint ses limites, les problèmes nouveaux posés en la matière, ainsi que les conséquences de la mondialisation, portant plutôt à postuler en faveur d'un rapprochement du droit français avec celui, plus libéral, de ses voisins européens (B).

A) La mise en œuvre des garanties

La question qui se profile naturellement lorsqu'on envisage de comparer un système d'assurances obligatoire à un système essentiellement libéral, est de savoir si les procédures d'indemnisation propres au premier modèle se révèlent à l'usage plus efficaces que celles qui dépendent d'un droit largement livré à la liberté contractuelle. Et ce, sans qu'il soit même question ici de songer au consumérisme ambiant qui imprègne le droit français. C'est avant tout une question de standardisation et d'agencement des diverses assurances en cause qui se pose ici. Est-on de toute façon mieux protégé lorsque le législateur prétend délimiter lui-même le champ de chaque assurance en définissant précisément le contenu de chacune d'entre elles ?

Dès l'abord, il convient de rappeler avec Axelle Astegianno La Rizza que la mise en place d'un système unique et novateur n'est pas sans engendrer un certain nombre de difficultés, d'interprétation notamment, quant au domaine de chacune des assurances obligatoires dont le législateur de 1978 s'est fait l'artisan. Ce n'est au fond qu'au bout de trente années de pratique judiciaire et d'une réflexion continue de la doctrine sur la matière que le dispositif a enfin bénéficié d'une cure de jeunesse, dont l'un des aspects positifs a été sans nul doute de clarifier le domaine ainsi que l'agencement des différentes garanties : il semble sur ce point que l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 ait eu raison des derniers errements quant aux immeubles concernés par le dispositif, en excluant de manière ciblée une liste d'ouvrages des « travaux de bâtiments » que la loi de 1978 elle-même n'avait pas définis ; de même, l'inclusion dans le dispositif des éléments d'équipements professionnels jouant un rôle dans la construction a tordu le cou aux hésitations jurisprudentielles sur le sujet. Pour autant, les difficultés demeureront toujours, les litiges relatifs au domaine respectif de chacune des garanties restant finalement assez nombreux même si les questions qu'ils posent n'ont rien de nouveau. Pour citer un exemple récent, on peut relever cette décision de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 20 mai 2015, qui rappelle qu'il incombe au maître d'ouvrage de démontrer que les défauts d'exécution, pour lesquels il prétend mettre en œuvre la garantie décennale, constituent non pas de simples malfaçons, relevant de la responsabilité civile professionnelle de l'entreprise, mais un dommage portant atteinte à la solidité d'un ouvrage¹². Il reste donc des difficultés incompressibles, tenant soit à ce que le champ des assurances obligatoires demeure malgré tout limité, soit parce que la garantie à mettre en œuvre a simplement été mal identifiée. Un droit standardisé, fût-il rectifié à la lumière d'une longue pratique jurisprudentielle, ne peut assurer une disparition totale des difficultés liées à l'interprétation du dispositif et à la correspondance de son domaine aux désordres relevés.

¹² Civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-14773, à paraître au Bulletin. En l'espèce, un entrepreneur avait été chargé de la réfection d'une toiture. Le maître d'ouvrage, observant des défauts d'exécution après réception desdits travaux, décidait d'engager la responsabilité décennale de l'entrepreneur. Or, les juges du fond avaient constaté que les défauts en question n'avaient occasionné aucune infiltration à l'intérieur des locaux, de sorte qu'ils ne pouvaient relever que du régime des malfaçons, relevant de la responsabilité civile professionnelle de l'entreprise.

Inversement, on notera aussi que les droits d'inspiration libérale ont tôt fait de corriger certaines des lacunes dues au risque d'éparpillement et de confusion inhérentes à ce type de système. Le droit espagnol, là encore, nous semble être celui qui se rapproche aujourd'hui le plus du système français ; si l'on a vu qu'aucun système d'assurance à double détente n'y a été adopté, il reste que les dommages causés à l'ouvrage donnent lieu, depuis une loi du 5 novembre 1999¹³, à une répartition standardisée des dommages selon leur périodicité et leur gravité, quelque peu différente de celle que nous connaissons aujourd'hui, mais pour le moins toute aussi cohérente. On y trouve l'équivalent une assurance d'un an couvrant la réparation des dommages matériels affectant une bonne finition des travaux, suivie d'une assurance de trois ans garantissant les dommages entraînant un manquement aux conditions d'habitabilité de l'immeuble, et une assurance décennale, obligatoire comme nous l'avons vue, dédiée aux dommages structurels. Standardisées, les polices d'assurances tendent aussi à l'être dans les systèmes où le législateur ne s'est pas fait l'artisan d'un tel découpage, et s'en est tout bonnement remis à la liberté contractuelle. Ainsi, en droit anglais, l'assurance qui conditionne l'ouverture de crédit par les établissements bancaires doit répondre à des critères généraux qui se retrouvent automatiquement dans les polices relayées par le constructeur au profit de ses clients¹⁴ ; c'est donc au fond là encore par la pratique que l'on arrive dans ce pays à systématiser les conditions de mise en œuvre des garanties et, comme on peut l'espérer, à poser des solutions pérennes aux problèmes d'interprétation qui ont nécessairement surgis. Quant au droit belge et pour prendre un dernier exemple, Nicolas Schmidt rend compte d'un droit de l'assurance construction morcelé, enclin à l'éparpillement des polices, non seulement au regard des types de dommages qu'elles sont censées couvrir, mais également au regard du type de chantier concerné, tel que l'exemple nous est fourni avec les polices réservées aux gros chantiers. Pourtant, cet éparpillement, fruit d'un système essentiellement fondé sur la liberté contractuelle, ne se veut-il finalement autant, sinon plus à même d'appréhender les risques à couvrir lorsqu'on laisse ainsi soin aux parties d'affiner la définition de ceux-ci en fonction du type de travaux envisagé ? Au fond, on sait les difficultés qu'a engendrée en droit français l'absence de définition dans le dispositif de 1978 des « travaux de bâtiment »... ce alors même que les procédures d'indemnisation y étaient déjà réglementées de sorte que les maîtres d'ouvrage devaient toujours pouvoir s'y fier.

B) Le montant des garanties

C'est peut-être à cet égard qu'on peut penser que le modèle français se trouve aujourd'hui en situation de relatif échec. Ou que du moins les inquiétudes sont désormais plus nourries.

Ce n'est selon nous pas tant du côté des franchises qu'il faut regarder même si, sur ce point, le droit positif se montre moins protecteur à l'égard des constructeurs qu'il ne l'est vis-à-vis des maîtres d'ouvrage. S'il interdit ainsi clairement à l'assureur d'imputer toute somme sur le montant de l'indemnisation qu'il doit à ces derniers¹⁵, il admet parallèlement la pratique du « découvert obligatoire », qui défend aux constructeurs de s'assurer pour une partie du risque déclaré, une certaine somme étant ainsi automatiquement laissée à leur charge. Le droit espagnol nous paraît d'ailleurs plus rigoureux à cet égard. Aucune somme ne peut ainsi venir ponctionner le montant de l'indemnité au titre de la garantie d'un an couvrant les défauts de finition ; quant aux autres garanties, elles s'accommodent bien d'une franchise, mais celle-ci reste très légère puisque la loi en limite le montant à un pour cent du capital assuré¹⁶.

En revanche, l'assurance construction est sans doute remarquable en ce que cette matière traduit fort bien aujourd'hui la difficulté du droit français à réaliser pleinement le principe de

¹³ V. Ricardo Pazos, rapport préc.

¹⁴ V. S. Taylor, rapport préc., spéc. p. 3.

¹⁵ V. Axelle Astegiano- La Rizza, rapport préc., spéc. n° 19. L'auteur relève à ce sujet que ce n'est, par exception, que lorsqu'un constructeur saisit le Bureau Central de Tarification en cas de refus d'assurance que celui-ci peut, le cas échéant, autoriser le prélèvement d'une franchise, et ce d'ailleurs uniquement en cas de risque anormalement grave

¹⁶ V. Ricardo Pazos, rapport préc., spéc. p. 4 et s.

réparation intégrale du préjudice. C'est bien là que les inquiétudes trouvent d'avantage raison d'être. Certes, c'est encore la tendance actuelle au consumérisme qui sur ce point permet au maître d'ouvrage d'être idéalement protégé : si la jurisprudence avait fini par admettre que l'assureur puisse stipuler un plafond de garantie limité au coût total de la construction revalorisée¹⁷ – plafond qui restait en soi d'un intérêt limité –, la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 est venue purement et simplement interdire toute forme de plafond lorsque l'ouvrage est destiné à l'habitation. Dans le même temps cependant, par un décret s'inscrivant dans le sillage de précédentes mesures prises en 2006¹⁸, il autorisait dans les autres domaines les plafonds de garantie. Les assurances couvrant la responsabilité décennale peuvent aujourd'hui faire l'objet d'un plafonnement à hauteur du coût total de la construction déclaré par le constructeur, ou bien au montant de 150 millions d'euros, si le coût est supérieur à cette somme¹⁹. Ce plafond est, il est vrai, limité, et a surtout été pensé pour les très gros chantiers où même le recours à la réassurance atteignait ses limites au vu des sommes engagées. Il n'empêche que l'on en revient, au delà, à un système tout aussi libéral que celui en vigueur avant la loi de 1978. Des garanties facultatives complémentaires sont bien susceptibles d'être proposées, collectivement ou non, par les intervenants au chantier, mais elles ne deviendront réalité que si les assureurs, parfaitement libres de leur choix, assument de couvrir les sommes dépassant le plafond légal.

Voilà donc le droit français malmené dans l'un des principes dont il tire une bonne partie de sa spécificité par rapports aux pays voisins. Heureusement, le champ de la liberté contractuelle reste tout à fait résiduel pour ce qui concerne les dommages affectant la structure de l'immeuble, et l'on ne peut qu'espérer qu'il le reste. A l'opposé, le droit allemand, qui compense tant bien que mal le principe de l'inassurabilité de la responsabilité du constructeur par le recours au droit des sûretés, témoigne de ce que celles-ci exposent de manière évidente les maîtres d'ouvrage et acquéreurs successifs au risque d'insolvabilité des constructeurs. Et il n'est pas anodin de constater que, dans ce pays, la pratique s'est justement décidée à se rapprocher du système français par le truchement de nouveaux produits d'assurances, contournant l'interdiction de principe. Finalement, la rencontre du droit français et de celui des autres pays européens se fera peut-être à mi-chemin. D'un côté, des concessions à la rigidité d'un dispositif vieux de trente ans et que l'évolution des circonstances économiques nécessitent d'amender ; de l'autre, un effort de systématisation des assurances construction partiellement réalisé par des polices standardisées, de sorte que le « quasi-obligatoire » l'emporterait finalement sur le « totalement facultatif ». Ainsi et quelque soit la méthode, voilà que pourrait être pleinement satisfait le souhait formulé par la Commission européenne il y a déjà dix ans²⁰...

¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 89-18923, *RGAT* 1992. 566, note J. Bigot.

¹⁸ V. le décret n° 2008-1466 du 22 déc. 2008, pris en application de la loi n° 2006-1771 du 30 déc. 2006.

¹⁹ V. l'art ; R.243-3 du code des assurances.

²⁰ V. *supra* n°