

## Assurances de la construction (Droit allemand)

Jonas KNETSCH  
Professeur à l'Université de La Réunion

[jonas.knetsch@univ-reunion.fr](mailto:jonas.knetsch@univ-reunion.fr)

Les assurances de la construction sont peu étudiées par la doctrine allemande et, de l'aveu d'un spécialiste, le sujet est jusqu'à présent le « parent pauvre » de la recherche en droit immobilier, malgré son importance pratique<sup>1</sup>. Surprenant pour un juriste français, ce constat s'explique principalement par deux séries de considérations : Tout d'abord, les assureurs se sont pendant longtemps prévalus de l'inassurabilité des malfaçons et n'ont pas cherché à développer cette branche de l'assurance. Ensuite, le législateur s'est abstenu à édicter une réglementation spécifique de la responsabilité contractuelle du constructeur, laquelle est traitée en droit allemand comme la simple inexécution d'un contrat d'entreprise.

Un rapport sur les « assurances de construction » en droit allemand se doit dès lors d'être réorienté vers la question plus large des garanties dont jouit le maître de l'ouvrage en cas de malfaçons. Celles-ci relèvent, pour l'heure, essentiellement du droit des sûretés. Le rapprochement entre assurances et sûretés qui en résulte n'est d'ailleurs guère étonnant : toutes deux poursuivent un même objectif, celui d'octroyer une sécurité face à un risque, et constituent ainsi sinon des équivalents fonctionnels, du moins des figures juridiques similaires<sup>2</sup>.

Pour donner un aperçu de l'état positif du droit allemand, il faudra commencer l'étude des assurances de la construction par la cause de leur place discrète en droit de la construction<sup>3</sup>. Une fois présenté le principe traditionnel de l'inassurabilité de la

---

<sup>1</sup> W. VOIT, « Neue Versicherungsformen am Bau – Die Baufertigstellungs- und die Baugewährleistungsversicherung », *BauR* 2007 (numéro spécial 1a), p. 235 (« eher stiefmütterlich behandelt »).

<sup>2</sup> N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, th. Paris 2, 2007, n° 11 : « l'assurance, entendue à la fois comme un contrat et comme une activité économique, sert de modèle pour organiser la garantie du paiement de certaines créances, se substituant ainsi au modèle traditionnel de la garantie de l'impayé que sont les sûretés ».

<sup>3</sup> Ne seront pas traitées dans ce rapport les assurances offrant une garantie *pendant* la phase de construction de l'ouvrage (*Bauleistungsversicherung*). Comparables aux assurances de dommages en cours de chantier, ces garanties sont régies par un corpus de conditions générales élaborées par les entreprises d'assurance (ABU et ABN). Sur cette forme d'assurance, v. K. JOHANNSEN, in : E. Bruck/H. Möller (sous la dir.), *Versicherungsvertragsgesetz – Großkommentar*, t. 7, de Gruyter, 2014, p. 629 et s. ainsi

responsabilité du constructeur (I), il sera plus aisé de comprendre les instruments de garantie actuels, les sûretés constituées par le constructeur au profit du maître de l'ouvrage (II), ainsi que ceux du futur, l'assurance de garantie des travaux de construction (*Baugewährleistungsversicherung*) (III).

### **I. La responsabilité du constructeur, un risque traditionnellement inassurable**

L'inassurabilité des dommages liés à une mauvaise exécution de travaux de construction s'explique essentiellement par les spécificités de l'assurance de responsabilité civile professionnelle (*Berufshaftpflichtversicherung*) en droit allemand<sup>4</sup>. Les conditions générales, élaborées pour ce type d'assurance par la Fédération allemande des compagnies d'assurances et approuvées par l'Autorité fédérale de surveillance (*Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherungen [AHB]*), prévoient dès l'article 1<sup>er</sup> que « la garantie ne couvre pas les droits dont dispose le cocontractant de l'assuré en vue de l'exécution du contrat, fussent-ils d'origine légale »<sup>5</sup>.

Ces droits qualifiés d'*Erfüllungsansprüche* ne visent pas seulement le droit à exécution forcée en nature<sup>6</sup>, mais aussi tous les autres droits qui tendent à se substituer à l'exécution (*Erfüllungssurrogate*). L'article 1<sup>er</sup> AHB précise, en effet, que la garantie d'assurance ne saura être mise en œuvre pour satisfaire les obligations qui sont liées à la résolution du contrat (*Rücktritt*) et à la réduction du prix (*Minderung*) ou pour prendre en charge les dommages-intérêts que le maître de l'ouvrage peut réclamer au lieu et place de l'exécution du contrat (*Schadensersatz statt der Leistung*)<sup>7</sup>.

Compte tenu de l'importance du contentieux en la matière, ces exclusions quasi systématiques<sup>8</sup> constituent une source d'insatisfaction récurrente de la part des constructeurs, lesquels s'attendent souvent à une prise en charge de l'ensemble des

---

que H. BUSCHBELL, in : M. Terbille/K. Höra (sous la dir.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, C. H. Beck, 3<sup>e</sup> éd. 2013, § 32.

<sup>4</sup> Sur cette question, v. C. VAN RINTELEN, « Lücken im Haftpflichtversicherungsschutz – Umfang und Grenzen des Versicherungsschutzes im Baubereich », *NZBau* 2006, p. 401 et déjà U. ARMBRUST, « Haftpflichtversicherungsschutz während der Gewährleistungsperiode », *VersR* 1988, p. 1005. – Il est à noter que l'assurance de responsabilité civile du constructeur n'est pas obligatoire. V. B. AHLWEDE, « Die Bauversicherungen im Überblick », *NZBau* 2006, p. 409.

<sup>5</sup> Art. 1.2 AHB : « Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche, auch wenn es sich um gesetzliche Ansprüche handelt, auf Erfüllung von Verträgen, Nacherfüllung, aus Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, auf Schadensersatz statt der Leistung [...]. »

<sup>6</sup> Ces droits ne peuvent à l'évidence être satisfaits par l'assureur personnellement.

<sup>7</sup> V. *supra* note 5.

<sup>8</sup> Régulièrement mise à jour, les AHB forment un modèle de conditions générales des garanties d'assurance de responsabilité civile qui, pour faire partie d'un contrat d'assurance, doivent être intégrées dans la police par accord entre l'assureur et l'assuré et relèvent à ce titre de la législation sur les conditions générales contractuelles (§§ 305 à 310 BGB). Malgré leur nature contractuelle, la Cour fédérale de justice a reconnu que leur utilisation systématique et les conditions de leur élaboration justifiaient de leur reconnaître un rôle dans l'ordonnement du droit des assurances (*rechtsordnungsartigen Charakter*). V. BGH, 28 juin 1952, réf. II ZR 215/51, BGHZ 6, p. 373.

dommages liés à une mauvaise exécution du contrat en contrepartie des primes versées pour garantir son risque de responsabilité civile professionnelle<sup>9</sup>.

Tout au plus, le constructeur pourra-t-il prétendre à une garantie des conséquences de l'inexécution qui ont touché des intérêts étrangers à l'exécution du contrat proprement dite, notamment les dommages collatéraux (*Begleitschäden*) occasionnés en marge des travaux de construction. Dès lors que le dommage ne s'inscrit pas (ou pas seulement) dans la sphère contractuelle, le maître de l'ouvrage peut se prévaloir d'une atteinte à ce que la doctrine allemande qualifie d'« intérêt à la préservation de l'intégrité de sa personne et de son patrimoine » (*Integritätsinteresse*). Cependant, la jurisprudence témoigne de la difficulté, en pratique, de distinguer les dommages dont la réparation équivaldrait à une exécution par équivalent du contrat et les dommages consécutifs (*Mangelfolgeschäden*), seuls garantis par le contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle<sup>10</sup>.

Eu égard à l'étendue de la garantie responsabilité civile professionnelle, l'« inassurabilité » traditionnelle des malfaçons en matière de construction ne s'avère pas être le résultat de simples considérations actuarielles. Elle trouve davantage son origine dans un choix économique opéré par les assureurs allemands, soucieux de réserver l'assurance de responsabilité civile professionnelle aux seuls sinistres qui sont détachés du risque d'entreprise ordinaire et en particulier du risque d'une mauvaise exécution des contrats. Cette restriction importante s'explique par ailleurs par la volonté des assureurs de responsabiliser leurs assurés et de proposer des garanties d'assurance à des tarifs peu coûteux<sup>11</sup>.

Le champ restrictif de la garantie de l'assurance de responsabilité civile du constructeur rend indispensable le recours à d'autres instruments pour garantir les droits du maître de l'ouvrage contre le constructeur.

## **II. Les sûretés, garantie des droits du maître de l'ouvrage**

Les parties au contrat de construction conviennent quasi-systématiquement de la constitution d'une sûreté (*Sicherheitsleistung*) destinée à garantir la bonne exécution du contrat et, partant, la satisfaction des droits du maître de l'ouvrage en cas de mal-

---

<sup>9</sup> C. VAN RINTELEN, art. préc. (note 4), *NZBau* 2006, p. 401, spéc. p. 402 (« Überrascht wird der Versicherungsnehmer aus dem Baubereich im Schadensfall aber häufig von der Reichweite des Erfüllungsauschlusses. »).

<sup>10</sup> V. not. les références données par C. VAN RINTELEN, art. préc. (note 4), *NZBau* 2006, p. 401, spéc. p. 403 et s.

<sup>11</sup> Sur cette question, v. les développements très éclairants de U. HÜBNER, « Zu Ausschluß und Definition des Nutzungsausfalls bei der Lieferklausel (§ 4 II 5 AHB) », *VersR* 1985, p. 810.

façons<sup>12</sup>. Le Cahier des conditions générales régissant l'exécution de travaux de construction (*Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen* [VOB/B])<sup>13</sup> mentionne dans son § 17 trois types de sûretés personnelles, la consignation (*Hinterlegung*) ou la rétention (*Einbehalt*) de sommes d'argent et le cautionnement (*Bürgschaft*), dont seuls les deux derniers sont importants dans la pratique.

S'agissant du droit de rétention, les parties reconnaissent généralement au maître de l'ouvrage un droit de ne pas s'acquitter de la totalité du prix de la prestation et d'en retenir à titre de sûreté une fraction allant jusqu'à 10 %<sup>14</sup>. Fréquent dans la pratique, ce *Sicherungseinbehalt* doit en principe être déposé sur un compte bloqué (*Sperrkonto*) afin d'éviter des difficultés lors de la restitution de la sûreté<sup>15</sup>. Dans la pratique, cette obligation semble cependant peu respectée, du moins dans le délai imparti par la VOB/B. Au titre du § 17 al. 3 VOB/B, le constructeur peut remplacer la rétention d'une partie du prix par une autre forme de sûreté, généralement par un cautionnement.

Depuis la réforme du droit des obligations entrée en vigueur en 2002, le § 17 VOB/B distingue deux formes de cautionnement. Tandis que le cautionnement dit d'exécution (*Vertragserfüllungsbürgschaft*) est destiné à garantir le droit à une bonne exécution du contrat de construction, le cautionnement de garantie des vices (*Gewährleistungsbürgschaft*) vise à sécuriser les droits du maître de l'ouvrage qui naissent après la réception, notamment en cas de malfaçons. Régies par le droit commun<sup>16</sup>, ces deux formes de cautionnement obéissent au formalisme prévu par le § 17 al. 4 VOB/B. Selon ce texte, la caution doit avoir été acceptée au préalable par le maître de

---

<sup>12</sup> § 17 al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> VOB/B : « Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen. » – La jurisprudence a précisé que l'existence d'une sûreté doit résulter d'une stipulation expresse et qu'elle ne peut être déduite du seul renvoi à la VOB/B, d'un usage d'affaires ou du paiement d'un acompte s'élevant à 95 % du prix convenu. V. BGH, 21 janvier 1993, réf. IX ZR 90/92, NJW 1993, p. 1261.

<sup>13</sup> La valeur normative de la VOB/B est comparable à celle des AHB. Il s'agit d'une formule de conditions générales applicables aux contrats de construction, élaborée par une commission de spécialistes du domaine de la construction et intégrée dans la quasi-totalité des contrats de construction relevant du droit allemand. Mise à jour à des intervalles réguliers, la VOB/B doit être qualifiée de conditions générales contractuelles au sens des §§ 305 à 310 BGB. Cependant, pour éviter des contestations, le législateur a exclu la VOB/B d'un contrôle du caractère abusif des clauses dès lors que la formule a été intégrée telle quelle dans le contrat. V. T. HÄNSEL, in : F. Graf von Westphalen (sous la dir.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, v<sup>o</sup> *Bauvertrag*, 2015, n<sup>o</sup> 4.

<sup>14</sup> § 17 al. 6, 1<sup>o</sup> VOB/B : « Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10 v. H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. »

<sup>15</sup> § 17 al. 6, 1<sup>o</sup> VOB/B. V. T. THIERAU, in : K. Kappellmann/B. Messerschmidt (sous la dir.), *Kommentar VOB Teile A und B*, 4<sup>e</sup> éd. 2013, n<sup>os</sup> 204 et 210 (le non-respect du dépôt de la somme retenue dans un délai de 18 jours ouvrés entraîne la déchéance de la sûreté, en d'autres termes la restitution immédiate de la somme retenue).

<sup>16</sup> Pour une présentation synthétique de la réglementation allemande du cautionnement (§§ 765 à 778 BGB) en langue française, v. F.-X. LICARI, in : *Lamy Droit des sûretés*, Fasc. 520, n<sup>o</sup> 5 et s.

l'ouvrage. Par ailleurs, le contrat de cautionnement doit être obligatoirement conclu sous la forme écrite et assorti d'une clause de solidarité emportant dispense du bénéfice de discussion (*Einrede der Vorausklage*)<sup>17</sup>.

Encore très majoritairement utilisées par les constructeurs, ces sûretés classiques présentent cependant de nombreux inconvénients sur le plan économique. Le droit de rétention tout comme le cautionnement sont des instruments coûteux et affaiblissent la surface financière des constructeurs. D'après des estimations réalisées en Rhénanie-Palatinat, la rétention de sommes d'argent représentent jusqu'à un quart du chiffre d'affaires des entreprises du BTP<sup>18</sup>. S'agissant des cautionnements, ils sont régulièrement octroyés par les banques des constructeurs et diminuent ainsi la ligne de crédit de ces derniers<sup>19</sup>. Enfin, en tout état de cause, ces deux instruments de garantie ne fournissent au maître de l'ouvrage qu'une protection insuffisante contre le risque d'insolvabilité du constructeur<sup>20</sup>.

Au regard de ces déficiences, les acteurs – privés et publics – du secteur de la construction ont élaboré, en étroite collaboration avec un assureur spécialisé dans le domaine de la construction, un nouveau produit d'assurance qui pourrait à terme se substituer aux sûretés classiques.

### **III. L'apparition d'une nouvelle garantie d'assurance : la *Baugewährleistungsversicherung***

Jusqu'au milieu des 1990, aucune entreprise d'assurance ne proposait aux constructeurs ou aux maîtres d'ouvrage un produit d'assurance qui couvre la responsabilité contractuelle en cas de malfaçons. La possibilité de garantir des défauts de construction était tout simplement inconnue<sup>21</sup> et aucun des acteurs ne semblait mettre en cause l'exclusion des droits à exécution (*Erfüllungsansprüche*) des polices d'assurance de responsabilité civile, très ancrée dans le droit des assurances. Encore aujourd'hui, les auteurs de publications juridiques et même des décisions de justice semblent

---

<sup>17</sup> § 17 al. 4 phrase 2 VOB/B : « Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben [...] »

<sup>18</sup> V. les statistiques citées par D. ENTRINGER, *Die Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung als neuartige Sicherungsinstrumente am Bau*, th. Darmstadt, 2009, p. 6.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> G. STEYER, « Die Baugewährleistungs-Versicherung als innovative Sicherheit », *RKW-Informationen Bau-Rationalisierung* 2005 (n° 6), p. 16.

<sup>21</sup> T. SRKAL, *Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, th. Munich, 1981, p. 161.

prendre pour acquis que « le travail bâclé sur un chantier n'est pas assurable » (« *Pfusch am Bau ist nicht versicherbar.* »)<sup>22</sup>.

L'idée d'une assurance de construction proposant une garantie qui couvre les malfaçons semble être arrivée en Allemagne dans les années 1990, lorsque plusieurs entreprises françaises de construction participaient aux grands travaux de réhabilitation du centre-ville de Berlin pendant la période post-réunification. S'inspirant du système français, un assureur allemand a alors élaboré un nouveau produit d'assurance dénommé « *Baugewährleistungsversicherung* » afin d'ouvrir un secteur du marché qui, au vu de l'expérience française, était à l'évidence plus accessible aux techniques assurantielles qu'il n'y paraissait<sup>23</sup>.

Loin d'être une simple copie conforme du système français, la nouvelle garantie d'assurance proposée par l'assureur VHV a été adaptée au contexte allemand et pallie des lacunes et insuffisances qui se sont fait sentir sur le marché français. Tout d'abord, à défaut d'un cadre législatif contraignant<sup>24</sup>, la garantie d'assurance est souscrite facultativement par le constructeur. À la différence du système français, la *Baugewährleistungsversicherung* est ensuite une simple assurance de responsabilité civile du constructeur garantissant la bonne exécution des travaux de construction ; aucune assurance de dommages souscrite par le maître de l'ouvrage ne vient compléter le dispositif. Enfin, le versement de l'indemnité d'assurance en cas de sinistre est soumis à une règle d'affectation stricte et n'est versée que sur présentation d'un justificatif qui prouve la réalisation de travaux de remise en état<sup>25</sup>.

La souscription d'une telle garantie par le constructeur présente pour le maître de l'ouvrage deux avantages par rapport aux solutions traditionnelles : D'une part, les travaux de construction sont encadrés par un expert de l'assureur qui a pour mission d'avertir ce dernier, avant et après la réception, d'éventuels risques de malfa-

---

<sup>22</sup> V. par exemple P. FISCHER, in : A. Wirth (sous la dir.), *Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2005, p. 1994 (« *Pfusch am Bau ist nicht versicherbar.* »). V. dans le même sens Tribunal régional supérieur de Celle, 2 février 2012, réf. 8 U 205/11, *VersR* 2014, p. 369. – Sur ce « dogme » de l'inassurabilité, v. surtout W. WILCKE, « *Folgeschaden und Unternehmerrisiko in der Haftpflichtversicherung* », *VersR* 1964, p. 107.

<sup>23</sup> L'entreprise VHV *Vereinigte Hannoversche Versicherung* est encore aujourd'hui le seul assureur qui propose un tel produit d'assurance.

<sup>24</sup> La garantie est régie par le droit commun des assurances et par les conditions de garantie qui ont été élaborées par l'assureur en coopération étroite avec une association représentant les intérêts des maîtres d'ouvrage et déléguée par le Ministère fédéral de la Construction. Ces *Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsversicherung* (VB BGV 2008) sont reproduites en annexe de la thèse de D. ENTRINGER, th. préc. (note 18), p. 293.

<sup>25</sup> L'assureur souhaite ainsi éviter que l'indemnité ne puisse être détournée de sa finalité originale. – Sur ce problème en droit français, v. J. KULLMANN, in : *Lamy Assurances*, 2015, n° 991 avec d'autres références.

çons<sup>26</sup>. D'autre part, le maître de l'ouvrage peut, en cas d'insolvabilité du constructeur, agir directement contre l'assureur<sup>27</sup>.

À moyen ou à long terme, la *Baugewährleistungsversicherung* pourrait bien remplacer le système actuel des sûretés et constituer le modèle majoritaire pour sécuriser les droits du maître de l'ouvrage. Malgré des revendications de plus en plus pressantes<sup>28</sup>, le législateur allemand semble pour l'heure assez hermétique à l'idée d'une consécration de l'existence d'une assurance spécifique en matière de construction, voire d'instituer – à l'instar de la législation française – une obligation d'assurance<sup>29</sup>. De même, les rédacteurs de la VOB/B n'ont pas (encore) franchi le cap d'ancrer la nouvelle garantie d'assurance dans le § 17 au titre des instruments de garantie.

Dans la pratique, on peut cependant observer que les constructeurs recourent de plus en plus à l'assurance de garantie de la construction, en particulier lors de la réalisation de projets de construction privés<sup>30</sup>, et que leurs clients paraissent accepter le surcoût, lié à la souscription de l'assurance et à l'accompagnement du chantier par un expert de l'assureur, en y voyant la contrepartie d'une garantie plus complète<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 10.1 VB BGV 2008 : « Im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers [...] erwirbt der Auftraggeber [...] das Recht, die Mängelansprüche [...] unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung [...] an sich zu fordern („Direktanspruch“). » – Ce droit d'action directe lui est ouvert dès la remise du certificat d'assurance par le constructeur.

<sup>27</sup> Art. 7.1 VB BGV 2008 : « Das versicherte Bauvorhaben wird durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen während der einzelnen Bauphasen durchgehend begleitet. »

<sup>28</sup> Ces revendications émanent notamment de la Association de défense des intérêts des maîtres d'ouvrage (*Bauherren-Schutzbund*). V. par exemple le communiqué de presse du 12 mai 2006 : « Das französische Bauvertragsgesetz ist eine positive Errungenschaft unserer europäischen Nachbarn und die dortigen gesetzlichen Vorgaben zum Schutz des Verbrauchers auch in unserem Rechtssystem denkbar. » (téléchargeable sur [https://www.bsb-ev.de/uploads/media/2006-05-Pressemitteilung\\_BSB\\_Bauvertragsrecht.pdf](https://www.bsb-ev.de/uploads/media/2006-05-Pressemitteilung_BSB_Bauvertragsrecht.pdf)).

<sup>29</sup> Une telle mesure législative s'inscrirait en outre dans le projet de réforme actuel tendant à améliorer la protection des consommateurs contre l'insolvabilité en matière de construction. Sur le tout, v. W. VOIT, art. préc. (note 1), *BauR* 2007 (numéro spécial 1a), p. 235, spéc. p. 236.

<sup>30</sup> Les grandes associations de protection des consommateurs recommandent désormais aux particuliers d'insister sur la souscription d'une assurance lors de la conclusion d'un contrat de construction. V. W. VOIT, art. préc. (note 1), *BauR* 2007 (numéro spécial 1a), p. 235, spéc. p. 236.

<sup>31</sup> La prime d'assurance s'élève en général à environ 1,2 % du prix net de la prestation du constructeur. W. VOIT, art. préc. (note 1), *BauR* 2007 (numéro spécial 1a), p. 235 (note 2).