

La digitalisation des constructions

Pascal Dessuet

Professeur à l'ICH Chargé d'enseignements aux universités de Paris Est Créteil (Paris XII) et de Paris Sorbonne (Paris I) ; AON France – Directeur Délégué Construction Immobilier

I – Problématique de nature de responsabilité : RC contractuelle dans le cadre d'un contrat de Vente ou de louage d'ouvrage

Il s'agit de la question du statut juridique des acteurs du numérique dans le cadre d'une construction :

L'irruption du numérique dans la construction, conduit à évoquer deux séries de problèmes

A - Premier problème : Le cadre juridique de l'intervention des installateurs : Louage d'ouvrage ou vente ?

Nombre des intervenants dans la construction d'un bâtiment connecté appartiennent davantage à la comète du numérique et du digital qu'à celui du BTP.

De ce fait, ils ont parfois une certaine tendance à se considérer comme des fabricants ou des créateurs de logiciels qu'ils commercialisent dans le cadre d'un contrat de vente, procédant à leur livraison et leur installation sur place, bien davantage que comme des locataires d'ouvrage titulaires d'un contrat de louage d'ouvrage directement avec le Maître de l'ouvrage, ce qui sera souvent le cas dans le cadre de travaux de rénovation énergétique par exemple, voire même tout simplement dans le cadre d'un contrat passé avec un constructeur intervenant dans la construction d'un ouvrage, accédant de ce fait, au statut de sous-traitant

La confusion est par ailleurs entretenue par le fait qu'en guise de contrat, ils proposent souvent à leur client, au dos de leur bon de livraison, un texte dénommé « Conditions Générales de Vente » qui achève de brouiller les cartes

La question est donc parfois posée du statut de ces nouveaux intervenants dans l'acte de construire dont beaucoup n'ont pas nécessairement conscience d'être devenus des locataires d'ouvrage et donc assujettis au régime de responsabilité pesant sur cette catégorie de contractant :

- Garantie légale de responsabilité légale et assurance obligatoire s'ils ont contractés directement avec le Maître de l'ouvrage notamment dans le cadre de travaux de rénovation énergétique
- Dans les autres cas, responsabilité contractuelle de droit commun applicable aux locataires d'ouvrage sous-traitant, c'est-à-dire un régime de responsabilité sans faute d'une durée de 10 ans, régime assez éloigné du bref délai de la vente, mais aussi des garanties d'assurance d'un vendeur. A cela s'ajoute les contraintes légales imposées au Maître de l'ouvrage par la loi de 1975 sur l'agrément des sous-traitants.

En vérité la problématique n'est pas nouvelle et puise ses racines dans notre histoire. Elle renvoie à des questionnements très anciens tenant à la nature hybride du contrat de louage d'ouvrage qui tient à la fois du contrat de vente et du louage de service :

Les juristes du 18^{ème} siècle, dont le célèbre Robert Joseph Pothier dans son traité sur le Louage, faisait déjà état de cette controverse reprenant dans les mêmes termes un débat qui remontait même au droit romain :

En p 352 N° 394 de son Traité, il énonçait déjà que le contrat de louage d'ouvrage avait beaucoup d'analogie avec le contrat de vente et citant des jurisconsultes de droit romain il ajoutait « *qu'on doute à l'égard de certains contrats, s'ils sont contrat de vente ou contrat de louage* »

« *Lorsque c'est l'ouvrier qui fournit la matière, c'est un contrat de vente, au contraire lorsque c'est moi qui fournis à l'ouvrier la matière de l'ouvrage que je lui fais faire, le contrat est un contrat de louage* » On retrouve là la terminologie de l'Art 1788 du Code Civil...

Une telle maxime peut s'entendre à propos d'un bien meuble, mais quid en matière immobilière à propos de la construction d'un bâtiment ? Considérerait-on cependant que l'entrepreneur serait un vendeur ? Evidemment non et par une acrobatie sémantique dont les juristes ont le secret depuis toujours, il énonçait à la suite :

« *Le marché que j'ai fait avec un entrepreneur pour qu'il me construise une maison, ne laisse pas d'être un contrat de louage, quoique par notre marché il doive fournir des matériaux, parceque le terrain que je fournis pour y construire la maison, est ce qu'il y a de principal dans une maison* »

Les jurisconsultes du XIX^{ème} pour leur part, à l'époque du courant de l'exégèse, c'est-à-dire d'une interprétation littérale des textes, vont débattre sans fin de la contradiction qu'ils croyaient pouvoir déceler entre deux articles issus du Code de 1804 et qui n'ont pas été modifiés depuis :

- L'Article 1787 qui dispose clairement que la notion de louage d'ouvrage est indifférente à la fourniture ou non de la matière écartant ainsi totalement l'hypothèse de la vente lorsqu'on fournit la matière dans le cadre de la construction d'un bâtiment

Article 1787 « *Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, **ou bien** qu'il fournira aussi la matière.* »

- L'article 1711 qui au contraire énonce que « *Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, **sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.*** » Laissant entendre qu'à l'inverse lorsque la matière n'est pas fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait – Le Maître de l'ouvrage – Alors, il ne s'agirait pas d'un louage mais d'une vente.

Pour finir aujourd'hui, le débat est toujours présent en jurisprudence, essentiellement à propos du contrat de sous-traitance dans ses rapports avec la vente, mais il est aujourd'hui assez largement tranché par la Cour de Cassation

Il tenait jusqu'ici au fait que régime de la sous-traitance étant très favorable, notamment quant aux conditions de paiement du sous-traitant, un certain nombre de fabricants essayent de se glisser sous ce régime protecteur, d'où la nécessité de deux contrats de louage d'ouvrage, l'un entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, l'autre entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant pour l'exécution d'une partie du premier.

Il pourrait demain tenir au fait que l'assurance facultative du sous-traitant offre des garanties plus larges que celles du fabricant et donc être lancé par les assureurs du sous-traitant qui a installé un élément connecté, dont l'intérêt de démontrer qu'il s'agit davantage d'une vente que d'un louage d'ouvrage, afin de ne pas engager leur garantie

Partant du fait que certes qu'en vertu de l'Art 1582 C Civ, la vente est un contrat aux termes duquel, le vendeur s'oblige **à livrer**, alors que l'entrepreneur s'engage lui, **à faire**, la Cour de Cassation a

principalement posé comme critère distinctif de la vente, le fait d'intervenir ou non sur le site, considérant en quelque sorte, qu'intervenir sur le site allait bien au-delà de la notion de livraison et c'est ce qu'illustre un arrêt de principe datant de 1996¹

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Basse-Terre, 5 juillet 1993), que les consorts X... Y..., maîtres de l'ouvrage, ont, par marché du 29 janvier 1990, chargé la société CRCM, depuis en redressement judiciaire, de la construction d'un immeuble ; que la société CRCM a fait appel à la société Sicobois pour le lot menuiserie ; que, n'ayant pas été réglée, cette société a assigné en paiement les maîtres de l'ouvrage ;

*Attendu que, pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que **les prestations effectuées par la société Sicobois ont consisté exclusivement en la fourniture d'éléments de menuiserie et en leur pose** ;*

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, en effectuant cette pose, la société Sicobois n'avait pas exécuté pour partie le contrat d'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Mais comme à l'habitude les choses ne sont pas toujours aussi simples et on trouvera également des décisions postérieures qui vont prendre en compte d'autres critères.

Certes on n'utilise plus aujourd'hui le critère de **la part réciproque de la main-d'œuvre sur les matériaux**, mais bien plutôt du caractère spécifique de la commande pour estimer comme dans cet arrêt de 2010, qu'il s'agit d'un louage et non d'une vente. Le fait de commander cinq types de fenêtres aux dimensions différentes pour une construction neuve et selon diverses caractéristiques notamment d'ouvrant ne permet pas de considérer qu'il y avait contrat de louage d'ouvrage².

*Mais attendu que saisie de conclusions de la société Bilfinger ayant soutenu que la question était de déterminer, au sens de la jurisprudence existante en la matière, si la livraison des produits préfabriqués avait pu intervenir dans le cadre d'une production courante ou standardisée ou s'il avait fallu adapter l'appareil de production, et ayant constaté que l'offre et la commande d'éléments préfabriqués prévoyaient la prestation et le coût "Bureau d'études" incluant les plans d'ensemble des diverses façades, coupes et détails nécessaires à la fabrication, les listes des panneaux préfabriqués, les plans de fabrication de chaque type de pièces, les notes de calcul nécessaires à l'établissement des plans, **la cour d'appel, qui en a souverainement déduit que la multiplicité des données à prendre en compte pour établir les notes de calcul et les plans de fabrication constituaient un travail spécifique nécessitant une adaptation constante aux exigences des plans de fabrication conçus pour la seule exécution des éléments destinés au chantier et qui, sans dénaturation et sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu retenir que le contrat liant les parties était un contrat de sous-traitance, a légalement justifié sa décision de ce chef ;***

A l'inverse on retiendra parfois le contrat de vente³ :

*Mais attendu, d'une part, qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, **que la preuve n'était pas rapportée que le marché passé entre la société Mmg et la société Oxxo comportait, en plus de la fourniture des menuiseries, une prestation de pose de ces dernières, ni que les menuiseries fabriquées l'étaient en vertu de spécifications particulières**, alors qu'au seul vu des 39 menuiseries objet des 3 factures produites, il n'apparaissait que 5 types de dimensions différentes, que, pas davantage, la preuve n'était rapportée qu'il ne s'agissait pas de produits standards, les dimensions des*

¹ Cass Civ 3ème 31 janvier 1996 N° de pourvoi : 93-19662 Publié au bulletin

² Civ 3e civ., 18 nov. 2009, Sté Bilfinger Berger Freiburg GmbH c/ Sté Remax structures, n° 08-19.355 : Bull. civ. III, n° 252 ; D. 2010. 741, note F. Labarthe

³ Cass Civ 3e civ., 17 mars 2010, Sté Oxxo menuiseries c/ Sté Général Foy investissement, n° 09-12.208

5 types retenues dans les 3 factures ne permettant pas d'en apprécier la nature spécifique ou non, le fait qu'il s'agissait d'une construction neuve ne pouvant que militer en faveur de menuiseries standards, **la cour d'appel, qui a relevé que le simple fait que les fenêtres que la société Oxxo avait vendues, lui avaient été commandées en plusieurs tailles et selon diverses caractéristiques notamment d'ouvrants était insuffisant à caractériser l'existence d'un contrat d'entreprise avec la société Mmg, en a exactement déduit que la loi du 31 décembre 1975 était sans application en l'espèce.**

Ou encore tout récemment⁴ :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 juin 2017), que la société M-Real Alizay (la société M-Real), qui exploite une usine de pâte à papier, a commandé à la société Thermodyn la fabrication et la fourniture d'un rotor neuf ; que celui-ci, **installé en décembre 2007**, a été endommagé à la suite d'un incident survenu en décembre 2008 ; qu'après une expertise judiciaire, la société M-Real, aux droits de laquelle vient la société Metsa Board Oyj, et son assureur, la société IF Assurances France IARD, ont assigné la société Thermodyn **en garantie des vices cachés** ;

.../..

Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que, **si le rotor était destiné à être intégré dans un ouvrage plus important, en l'espèce dans une turbine préexistante, et si la fabrication du rotor a été effectuée au vu de plans et croquis fournis par la société M-Real et précédée d'études destinées à définir les parties d'équipements à réaliser, la proposition de la société Thermodyn portait essentiellement sur la fourniture d'un bien**, à savoir un « rotor avec des aubages Thermodyn (équilibré basse vitesse) » ainsi qu'un « jeu de diaphragmes, de garnitures et de porte garnitures » ; qu'il ajoute **que les informations données par la société M-Real à la société Thermodyn ne constituaient, pour le rotor litigieux, que le minimum de renseignements indispensables à l'examen de la demande et qu'elles ne traduisaient pas des exigences spécifiques impliquant une fabrication particulière et propre à la société M-Real** ; qu'il relève aussi que le prix fixé ne comprenait pas les prestations d'installation du rotor, assurées par une société tierce, et que les parties étaient convenues d'un prix fixe avec référence aux conditions générales de vente, fabrication et montage dans les ateliers de la société Thermodyn ; **que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le contrat portait sur des choses déterminées à l'avance et non sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre**, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a, sans se contredire, pu en déduire que le contrat était un contrat de vente et non d'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé ;

B - Second problème : l'éligibilité des équipements numériques aux garanties légales de responsabilité

Une fois tranché le débat sur le fait que ces intervenants souscrivent des contrats de louage d'ouvrage et non des ventes, se pose une seconde question à propos de l'objet même de leur prestation : l'équipement ainsi installé, accède-t-il au statut d'élément d'équipement de l'ouvrage ?

La question est d'importance, car la responsabilité décennale des constructeurs suppose que le désordre ait son siège dans un élément constitutif ou un élément d'équipement de l'ouvrage.

Si l'Article 1792 du C Civ ne pose aucune condition de siège pour les désordres, il vise néanmoins les désordres « qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ».

La question intéresse aussi bien le traitant direct avec le Maître de l'ouvrage que le sous-traitant car sa garantie d'assurance est définie par rapport aux garanties légales de responsabilité. Pour que le sous-

⁴ Cass Com 5 décembre 2018 N° de pourvoi : 17-24.293

traitant soit couvert, le désordre doit satisfaire aux conditions posées par les Articles 1792 et s du Code Civil

Il est donc indispensable de déterminer si l'élément de l'ouvrage sur lequel on s'interroge, entre bien dans la catégorie des « **éléments d'équipement de l'ouvrage** ». S'agissant des éléments d'équipement numériques, la question vient du fait qu'on aurait volontiers tendance à les assimiler à des éléments mobilier...

Certains praticiens prennent en compte le procédé de fixation de l'équipement pour décider de son incorporation ou non, dans la catégorie des éléments d'équipement immobiliers, pouvant être le siège d'un désordre affectant la destination de l'ouvrage.

Ils introduisent ainsi des notions de droit des biens⁵ qui n'ont pas lieu d'interférer dans le raisonnement : (*Immeuble par destination ou non*).

La question n'est pas nouvelle, Fremy Ligneville avocat à Paris dans son Traité sur la législation des bâtiments et des constructions⁶ faisait état d'un arrêt de la Cour de Metz du 17 octobre 1843, précisant que la responsabilité décennale s'applique seulement aux constructions d'immeubles en ouvrages de bâtisses et non aux constructions d'ouvrage mobilier, qui ne sont devenus immeuble que par destination et qu'ainsi elle ne s'applique pas au mécanicien qui a construit un pressoir, bien que ce pressoir soit devenu immeuble par destination.

Par ailleurs, on rappellera que l'actuel Art 1792 ne fait précisément pas cette distinction pour juger de l'impropriété à la destination : L'Art 1792 lorsqu'il traite de l'impropriété à la destination vise en effet l'élément d'équipement dans sa généralité (dissociable ou non) :

*« Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou **l'un de ses éléments d'équipement**, le rendent impropre à sa destination. »*

Il s'en suit une jurisprudence constante⁷ considérant que **la responsabilité au titre de l'élément d'équipement dissociable ne se limite pas à la seule garantie de bon fonctionnement mais peut également déboucher sur une RC décennale :**

Au total, le seul impact du procédé de fixation de l'élément sur le régime juridique, concerne en fait la prise en compte des désordres affectant la solidité de l'élément lui-même, sans considération des conséquences sur la destination.

En effet, l'article 1792-2 C Civ, qui traite de la prise en compte des désordres de solidité affectant l'ouvrage dans un de ses éléments d'équipement, dénommé improprement selon nous « ouvrage » pose une condition de fixité de l'élément.

Dans le Rapport Spinetta de 1977 p 31, il était d'ailleurs dit que les éléments d'équipement comprennent « **tous les aménagements intérieurs de l'espace délimité par le clos** » et donc aussi tous les appareils mécaniques et électriques qui sous l'empire de la loi de 1967, se trouvaient précisément rejetés de la sphère de la garantie des menus ouvrage comme l'on disait alors...

L'introduction des tous équipements numériques étaient donc en germe dans la loi Spinetta, c'est même ce qui la distinguait très nettement de la loi de 1967 et venait en souligner la modernité.

⁵ Art 522 C Civ sur la notion d'immeuble par destination

⁶ Fremy-Ligneville « Traité sur la législation des Bâtiments et construction » 25 février 1848 Carilian-Goeury et Dalmont p 84

⁷ Cass Civ 3ème 23 janvier 1991 N° de pourvoi : 88-20221 Publié au bulletin ; Cass Civ 3ème 12 juin 1991 N° de pourvoi : 90-12171 90-12728 Publié au bulletin ; Cass Civ 3ème 14 octobre 1992 N° de pourvoi : 91-11628 Publié au bulletin ; Cass Civ 3ème 11 juin 2014 N° de pourvoi : 13-16844 ; Cass Civ 3ème 27 octobre 2016 N° 15-24980 ;

On observera à cet égard que la jurisprudence semble vouloir adopter une position assez souple dans la notion d'équipement comme on a pu le voir avec l'Arrêt de février 2016 sur les immeubles végétalisés, reconnaissant aux végétaux dans cette hypothèse le statut d'élément d'équipement.

Restera à aborder un point qui sera abordé en troisième partie, qui est non plus l'éligibilité de ce type d'équipement aux garanties légales de responsabilité, mais la question de savoir si un désordre les affectant serait susceptible de satisfaire aux éléments constitutifs de cette responsabilité à savoir, d'entraîner une impropriété à la destination.

II – Problématique RC décennale : Défaillance des composants numériques et mise en jeu de la RC décennale : la question de la destination des ouvrages

+ On sait que la modernité de la loi Spinetta réside principalement dans une approche quasiment unique au monde, consistant à envisager les vices de construction non à raison de leur cause - fautive ou non-mais de leurs conséquences sur l'habitabilité de l'ouvrage, la loi parle de destination de l'ouvrage :

Le fait que l'ouvrage soit affecté d'un désordre affectant sa destination rend le constructeur titulaire du lot concerné responsable hors toute considération de faute.

Par conséquent le fait que l'immeuble de demain demeure un immeuble « vivable » selon nos standards de vie en 2020 entre totalement dans les prévisions de la loi en matière de RC décennale et de la définition la plus classique de la notion de destination :

Elle permettra ainsi de prendre en compte sans aucun problème, certains dommages collatéraux liées à l'application des nouvelles règles sur la performance énergétique et environnementale : qualité de l'air par exemple, mais aussi insuffisance de chauffage et même étanchéité à l'eau pour les maisons en bois

+ Qu'en sera-t-il des nouvelles attentes plus inattendues ? La réversibilité, l'immeuble plateforme de service etc....

La réponse se trouve dans cette évolution jurisprudentielle majeure consistant à la prise en compte par le juge d'une destination entendue non plus seulement de manière purement objective (*étanchéité à l'eau, sécurité conduisant à inclure le contrôle d'accès ou la vidéo surveillance dans un immeuble de bureau voire des cloison amovible qui ne répondraient pas aux exigences en matière de sécurité incendie, salubrité, température, isolation phonique,*), mais aussi subjective qui n'a plus désormais d'autres limites que l'imagination des parties.

A – La notion de destination : une notion parfaitement évolutive et adaptable

La destination, on le sait, entretient des rapports curieux avec le « contractuel », puisque tout à la fois, elle ne se confond évidemment pas avec la conformité contractuelle, tout en étant parfois définie par ce même contractuel, puisqu'on parle souvent de « destination conventionnelle de l'ouvrage»⁸, tandis que le juge conserve toujours la faculté de faire évoluer la notion de destination de l'ouvrage en dehors de toute norme contractuelle, dans la mesure où la loi ne détermine pas ce qu'est la destination d'un ouvrage...

Il s'agit là en fait de la prise en compte d'une définition « subjective » de la notion de destination en ce sens que la notion n'est plus seulement définie en fonction de critères abstraits et objectifs, élaborés par la jurisprudence en fil des décisions des juges du fond, mais également aussi, en tenant compte de la commune intention des parties.

L'idée n'est pas nouvelle car dans le cadre du vote de la loi Spinetta, le Sénateur Jacques Barrot énonçait déjà lors de la séance du 3 novembre 1977 : « *la non-conformité au contrat devient vite la non-conformité à la destination, puisque c'est lui qui définit celle-ci* »⁹

On trouve aujourd'hui plusieurs exemples de cette évolution :

La Cour de cassation a pu considérer s'agissant d'un bâtiment utilisé pour la fabrication de meubles en imitation « rotin », que l'impropriété à la destination de l'ouvrage pouvait résulter de l'altération de la

⁸ P Malinvaud L'impropriété à la destination peut-elle être conventionnellement définie ? Cass Civ , 3e civ., 16 mars 2004, Synd. coprop. 10, rue Temponières c/ SMABTP et autres - Pourvoi n° J 02-17.726, Arrêt n° 361 F-D – RDI 2004 p 303

⁹ Sénat, séance du 3 novembre 1977, p. 2545, intervention de M. J. Barrot

couleur du sol servant à définir et à contrôler la couleur des feuilles et fibres de matières plastiques rentrant dans la fabrication des meubles¹⁰

Attendu qu'ayant relevé que la couleur blanche du revêtement de sol avait été expressément spécifiée lors de la commande et que l'altération de cette couleur ne permettait pas un contrôle efficace de la coloration des feuilles et fibres en matières plastiques fabriquées par la société Hummer plastiques et utilisées par elle dans la fabrication de meubles, la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ce dommage portait atteinte à la destination de l'ouvrage, a légalement justifié sa décision ;

Plus récemment un arrêt de 2012, paraît à nouveau reprendre cette notion¹¹ :

Dans ce dernier arrêt, la Cour de Cassation semble en effet avoir pris en compte le fait que la vente faisait état « **d'appartement d'exception** » pour mesurer l'amplitude de l'atteinte à la destination.

La destination du bien semble là encore, avoir été définie par la voie conventionnelle, induisant par là même des exigences plus fortes en termes de qualité des prestations cette fois, et non plus en matière de performance énergétique, au niveau notamment de la qualité acoustique des cloisons intérieure, d'où la condamnation du Maître d'œuvre ayant rédigé la notice de vente, qui à ce titre, était tenu de concevoir un ouvrage conforme à cette destination conventionnelle.

Vu l'article 1792 du code civil ;

*Attendu que pour débouter la SNC de son appel en garantie des condamnations prononcées au profit des SCI et des époux X..., dirigé contre la société Zurich, la société Léon Grosse, la société Axa Assurances, prise en sa double qualité d'assureur en responsabilité civile et décennale de la société Léon Grosse, la MAF en qualité d'assureur de la société Ceria Coupel, la société ID + ingénierie, venant aux droits de Ceatec, la SMABTP en qualité d'assureur du BET Ceatec et la société Qualiconsult, au titre du préjudice lié aux cloisons, **l'arrêt retient** qu'en livrant un appartement ne répondant pas aux normes de la nouvelle réglementation acoustique alors qu'elle avait fait croire le contraire aux acquéreurs, la SNC a manqué à son obligation contractuelle de livrer un immeuble conforme à celui constituant l'objet de la vente, mais **que cette non-conformité contractuelle n'entraîne pas de désordre de nature décennale dans la mesure où les cloisons sont conformes aux normes en vigueur pour un logement de moindre qualité**, le seul problème, qui ne concerne que les rapports entre le vendeur et l'acquéreur, concernant la qualité de l'isolation phonique, qui est moyenne ou de qualité inférieure, sans que l'appartement soit inhabitable, alors qu'elle aurait dû être de grande qualité ;*

*Qu'en statuant ainsi, en appréciant l'impropriété à destination par rapport aux cloisons conformes aux normes en vigueur pour un logement de moindre qualité, tout en relevant que la SNC s'était engagée à vendre un appartement présenté comme devant être d'exception et alors que le contrat de maîtrise d'oeuvre stipulait que le maître d'oeuvre devait fournir au maître d'ouvrage la notice descriptive sommaire, **la cour d'appel a violé le texte susvisé ;***

Il en va de même avec un autre arrêt de 2016¹²

Mais attendu qu'ayant relevé que la rénovation des installations de conditionnement d'air était destinée à augmenter la fiabilité du site gérant l'ensemble de la billetterie et des réservations de la compagnie Air France, à optimiser les coûts d'exploitation et à améliorer le confort thermique des occupants et que la présence d'eau dans l'isolant diminuait le coefficient prévu d'isolation du

¹⁰ Cass Civ 3ème 28 février 2006 N° de pourvoi: 05-11827

¹¹ Cass Civ 3ème 10 Octobre 2012 Pourvoi N° 10-28.309 10-28.310, Publié au bulletin, Obs P Malinvaud RDI 2012 p 620 « L'impropriété à la destination s'apprécie par rapport à la destination convenue » ; Construction et Urbanisme décembre 2012 p 28 note C Charbonneau ; P Dessuet RGDA 2013/1 p 113

¹² Cass Civ 3ème 04 mai 2016 N° 15-14671 15-18717

calorifugeage de l'ensemble de l'installation, la cour d'appel a pu déduire de ce seul motif que le désordre constaté par l'expert traduisait une impropriété à destination de l'ouvrage et présentait un caractère décennal ;

Le Professeur Olivier Tournafond, s'est montré extrêmement critique sur cette évolution dans sa chronique¹³

Mais elle semble néanmoins irrémédiable comme l'avait déjà indiqué Mme Patricia Lescure¹⁴ et comme l'indique aussi le professeur Malinvaud dans sa chronique également précitée à propos de cet arrêt : « *L'arrêt, qui doit être publié au Bulletin, est important en ce que cet arrêt de cassation affirme haut et fort que l'impropriété à la destination doit être appréciée par référence à ce qui a été promis, notamment lorsqu'il a été promis au-delà des normes en vigueur. Cette référence s'impose donc aux juges du fond, dont l'appréciation demeure en principe souveraine, sauf à ce qu'ils s'en expliquent.* »

+ En matière de performance énergétique, la jurisprudence actuelle témoigne aussi de cette évolution vers la prise en compte de la destination conventionnelle. Nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer

Il existe en effet déjà un précédent célèbre avec l'arrêt de 2000 sur les capteurs solaires¹⁵

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 2 décembre 1997), que la société d'habitations à loyer modéré Immobilière 3 F, assurée selon police dommages-ouvrage" auprès de la compagnie Assurances générales de France (compagnie AGF), a, de 1986 à 1988, fait construire un immeuble vendu par lots en l'état futur d'achèvement, équipé, par la société Beutin, assurée par la Société mutuelle du bâtiment et des travaux publics (la SMABTP), de capteurs solaires en toiture devant fournir, par le pré-chauffage de l'eau chaude sanitaire collective, un appoint d'eau chaude, le chauffage complet de cette eau étant assuré par l'installation individuelle de chauffage au gaz des appartements ; qu'en raison de la déficience des capteurs solaires, la compagnie AGF, subrogée dans les droits du syndicat des copropriétaires, a assigné en garantie de la somme versée à son assuré les constructeurs et intervenants à la construction et la SMABTP ;

" Mais attendu qu'ayant constaté que l'immeuble était rendu impropre à sa destination par le non-fonctionnement de l'élément d'équipement constitué par les capteurs solaires, compte tenu des risques de surchauffe de l'eau chaude sanitaire collective, et parce que les objectifs d'économies d'énergie, consécutifs à la fourniture d'énergie mixte, promis aux utilisateurs par le promoteur, qui s'était prévalu de la qualification Solaire trois étoiles", n'étaient pas atteints, même si la fourniture d'eau chaude à température désirée pouvait être assurée par l'installation individuelle de chauffage au gaz et retenu exactement que la responsabilité décennale du constructeur était engagée, la cour d'appel a, sans se contredire et sans modifier l'objet du litige, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision"

Dans la mesure, où la destination contractuelle de l'ouvrage intégrait la notion de performance environnementale et d'économie d'énergie, le non-fonctionnement de l'installation permettant de satisfaire à cette destination conventionnelle, suffisait à engager la RC décennale des constructeurs, alors même, que l'immeuble en question, disposait également d'une installation de chauffage alimentée par le réseau classique de fourniture d'énergie.

On pourrait citer dans le même ordre d'idée, l'Arrêt de la Cour de Paris¹⁶ qui, pour retenir la responsabilité décennale des constructeurs, relève que « *la possibilité d'utiliser l'énergie solaire*

¹³ O Tournafond « Où l'on voit le défaut de conformité se métamorphoser en dommage décennal et l'impropriété à la destination s'apprécier par référence à une promesse particulière du contrat ». RDI 2013 p 156

¹⁴ Patricia Lescure « Garantie décennale et impropriété à la destination de l'ouvrage » RDI 2007 p 111.

¹⁵ Cass Civ 3ème 27 septembre 2000 N° 1287 pourvoi N° 98-11.986

¹⁶ Paris, 29 mars 2000, RDI. 2000, p. 345.

constituait l'un des facteurs concourant à définir la destination de l'ouvrage dont elle a influencé la conception et, à l'évidence, accru le coût dans des proportions que seul pouvait justifier l'espoir d'économies appréciables à l'usage ».

Par conséquent on est amené à se demander ce qu'il en sera des ilots urbains à énergie positive ? Il y a fort à parier que la jurisprudence intégrera le concept dans la destination spécifique de l'opération.

N'oublions jamais en effet, cette maxime de sagesse qui se trouvait énoncée clairement dans le rapport établi en 1997, sous la présidence du Professeur Périnet-Marquet, par M^e J.-P. Karila et M^{me} Saint-Halary-Houin, ne faisant en cela, que rester fidèle aux conclusions du législateur sur ce thème déjà évoqué dans les travaux préparatoires de la loi du 4 janvier 1978¹ :

« Les auteurs du présent rapport, tout en reconnaissant que cette notion donne effectivement lieu, parfois, à des applications surprenantes, se refusent néanmoins à proposer son encadrement. L'impropriété de destination est une notion de fait, appréciée souverainement, selon une jurisprudence constante, par les juges du fond (la Cour de cassation vérifie simplement la constatation effective, par les juges du fond, d'une telle impropriété :

Cass. 3^e civ., 31 mai 1995, RGAT 1995, p. 618, note A. d'Hauteville, 9 juillet 1997, JurisData n° 003314 ; Cette impropriété de destination doit s'apprécier par rapport à l'ensemble de l'ouvrage : Cass. 3^e civ., 7 déc. 1978, Bull. III, n° 174, 23 janv. 1991, Bull. III, n° 30 ; 28 févr. 1996, Bull. III, n° 57, RGAT 1996, p. 658, note J.-P. Karila).

Elle s'avère, dès lors, impossible à réglementer, sauf à vouloir rentrer dans une casuistique incompatible avec la rigueur législative. Elle est, de surcroît, fréquemment utilisée pour protéger le maître d'ouvrage consommateur immobilier. Vouloir l'encadrer conduirait donc, indirectement mais nécessairement, à remettre en cause les droits acquis du consommateur immobilier ce qui poserait des problèmes évidents au regard de l'orientation actuelle de la législation. »

Sur cette base, il paraît assez évident qu'en l'état de ces dernières évolutions la Cour de Cassation ne prendrait plus cette décision rendue il y a maintenant plus de 15 ans en 2003, aux termes de laquelle elle avait estimé que la défaillance d'une installation domotique ne rendait pas l'ouvrage impropre à sa destination¹⁷:

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les désordres constatés dans "l'installation domotique" de l'immeuble affectaient un élément d'équipement dissociable au sens de l'article 1792-3 du Code civil, sans constater que ces désordres rendaient l'ouvrage principal impropre dans son ensemble à sa destination, la cour d'appel a violé le texte susvisé »

Dans cette affaire le demandeur faisait état des défaillances généralisées de l'installation domotique d'un groupe d'immeubles pour solliciter, plus de deux ans après la réception, la garantie décennale des constructeurs.

La Haute juridiction a refusé de considérer que la garantie décennale avait lieu de s'appliquer en l'espèce, relevant que, si l'installation litigieuse, élément d'équipement dissociable, souffrait bien de dysfonctionnements, ceux-ci n'étaient pas de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination dans son entier.

B - Une précision d'importance : la destination conventionnelle prise en compte est celle exprimée dans le marché de celui dont la responsabilité est recherchée

Sur le terrain des garanties légales, les promoteurs vendeur en VEFA sont tenus par référence à la responsabilité encourue par les constructeurs.

¹⁷ Civ. 3e, 26 févr. 2003, n° 01-14.352, Bull. civ. III, n° 47, RDI 2003. 279, obs. P. Malinvaud ; ibid. 439, obs. G. Leguay .

Art 1646-1 C Civil : *Le vendeur d'un immeuble à construire **est tenu**, à compter de la réception des travaux, **des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code.***

Il en découle que l'engagement de la RC décennale notamment sur le terrain de l'impropriété à la destination conventionnelle, supposera nécessairement de prendre en référence, la destination telle que définie dans la convention signée par les constructeurs concernés et non par ce qui est stipulée dans la VEFA.

Il convient de noter en effet que dans l'arrêt de 2012, cette censure sera limitée au seul cas du Maître d'œuvre qui avait rédigé la notice destinée aux acquéreurs, au motif que de ce fait, il avait donc nécessairement dans sa mission, l'obligation de concevoir un ouvrage dont la destination était d'être d'une qualité exceptionnelle.

Par conséquent le fait d'avoir conçu des appartements équipés de cloisons respectant les normes minimales applicables, pouvait être considéré comme ne satisfaisant pas à l'obligation d'être conforme à la destination convenue et par conséquent d'entraîner la mise en jeu de la RC décennale des constructeurs concernés.

S'agissant des autres constructeurs, dont les marchés de travaux ne faisaient pas état de cette exigence de qualité particulière, le pourvoi est rejeté pour des raisons identiques à celles qui avaient conduit à rejeter le pourvoi dans ses branches critiquant l'arrêt d'appel pour avoir considéré que la RC décennale du promoteur ne pouvait être établie, faute de reprise dans les marchés, des exigences spécifiques en matière de qualité acoustique.

+ La destination on le voit, entretient désormais des rapports curieux avec le « contractuel », puisque tout à la fois, elle ne se confond évidemment pas avec la conformité contractuelle, tout en étant parfois définie par ce même contractuel, puisqu'on parle souvent de « destination conventionnelle de l'ouvrage », tandis que le juge conserve toujours la faculté de faire évoluer la notion de destination de l'ouvrage en dehors de toute norme contractuelle, dans la mesure où la loi ne détermine pas ce qu'est la destination d'un ouvrage.

Cette dernière évolution, semble quelque peu inquiétante, car s'il est admissible que la destination d'un ouvrage, dans la mesure où la loi n'en donne aucune définition, puisse être définie par la volonté des parties et que dès lors, la destination particulière d'un bien induise une exigence plus sévère pour y satisfaire, au niveau de la sécurité ou des qualités acoustiques par exemple, on peut néanmoins être surpris, que des notions purement qualitatives sur le contenu des prestations promises, puissent se trouver également intégrées dans la destination d'un ouvrage.

En effet, la notion de qualité exceptionnelle relève bien davantage du slogan publicitaire que de la définition d'une destination conventionnelle et à ce titre, elle ne devrait pouvoir être sanctionnée que sur le seul terrain du non-respect contractuel, voire de la publicité mensongère, mais certainement pas, par la mise en jeu de la RC décennale des constructeurs quand bien même l'exigence en question aurait-elle été reprise dans les marchés de travaux.

III - Problématique Assurance : l'assurabilité des techniques nouvelles

Pour parvenir à cet immeuble connecté, il faut mettre en œuvre des techniques tout à fait innovantes, le marché de l'assurance est-il prêt à suivre ?

+ S'il est une des caractéristiques de la Loi Spinetta, c'est l'obligation d'assurer qui pèse sur les assureurs...

Contrairement à la pratique quotidienne de la souscription qui laisserait entendre que seuls les travaux mettant en œuvre des « techniques courantes » au sens de la recommandation FFA sont susceptibles d'être assurés, il convient de rappeler qu'en réalité, la loi impose au marché de l'assurance de couvrir les ouvrages quelles que soient les techniques mises en œuvre, c'est le sens de l'Art L 243-4 C Ass

« Toute personne assujettie à l'obligation de s'assurer qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance dont les statuts n'interdisent pas la prise en charge du risque en cause en raison de sa nature, se voit opposer un refus, peut saisir un bureau central de tarification »

Lequel BCT a une compétence liée : dès lors qu'il constate que l'ouvrage n'est pas exclu de l'obligation d'assurance :

« Le bureau central de tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. Il peut déterminer le montant d'une franchise qui reste à la charge de l'assuré. »

Il n'a donc aucune possibilité d'agir sur l'étendue de la garantie obligatoire en ajoutant des conditions de garantie par exemple.

+ Néanmoins la saisine du BCT demeure assez exceptionnelle et la pratique de la souscription au quotidien lorsqu'on saisit tel ou tel assureur nous conduit nécessairement à prendre en compte la notion de technique courante et la manière dont le marché de l'assurance aborde la question. Quel regard portent les juristes sur cette pratique ?

Précisément la jurisprudence est en pleine évolution et sous les feux de l'actualité la plus récente. Il convient de distinguer l'approche Dommages Ouvrage et l'approche police RC décennale

a) Pour ce qui concerne l'approche RC décennale :

La lecture des polices démontre que le plus souvent on est sur une approche articulée sur l'objet de la garantie et sur la jurisprudence de 1997 et de 1998¹⁸, considérant que si les garanties sont délimitées dans leur étendue par les termes de la clause type, il existerait une marge de liberté pour en définir l'objet, faute de précision dans la clause type et que précisément, l'objet serait l'activité garantie.

Une fois admis le principe, la sanction en cas d'intervention pour une entreprise en dehors de l'objet tel que défini dans la police, serait naturellement la non-assurance.

Jusqu'en novembre 2018, la Cour de cassation était venue poser quelques limites à la liberté de définir l'objet :

Une de ces limites consistait à interdire l'introduction de considérations d'ordre technique dans le libellé des activités couvertes. La jurisprudence était jusqu'ici particulièrement claire consistant à s'en tenir à l'objet même de l'activité et non à ses conditions de mise en œuvre technique. Elle est toute

¹⁸ Cass. 1re civ., 29 avr. 1997, n° 95-10187 : Bull. civ. I, n° 131 ; RGDA 1997, p. 1044, note JP Karila – Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, n° 95-19416 : Bull. civ. I, n° 295 ; RGDA 1997, p. 1044, note JP Karila ; H Groutel L'objet de la garantie de l'assureur décennal, RCA 1998. Chron. 4 – Cass Civ. 1re, 1er déc. 1998, n° 96-21.785, RDI 1999. 277, obs. G. Durry . P. Dessuet, « Assurance responsabilité civile décennale. La non-assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur : une jurisprudence contestable », Gaz Pal, 2000, doctrine p. 460

entière résumée dans un arrêt de principe de 2008, qui casse un arrêt d'appel pour avoir pris en compte les stipulations de la police qui entendaient poser des limites techniques quant à l'activité d'étanchéité couverte à raison de ses modalités techniques de mise en œuvre. Dans cette espèce il était question de savoir si la mise de l'étanchéité par la mise en œuvre de techniques synthétique était ou non couverte ¹⁹ :

Vu les articles L. 243-8 et A. 243-1 du Code des assurances ;

Attendu que si le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses d'exclusion autres que celles prévues à l'article A. 243-1 du Code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclarée par le constructeur ;

Attendu que pour débouter M. Flament de sa demande en garantie par la société Axa assurances, l'arrêt retient que la société Sparte a entendu s'assurer pour les travaux d'étanchéité de toitures-terrasses et non pour des travaux d'application de résines synthétiques ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les travaux réalisés pour le compte de M. Flament avaient trait à la réfection de la toiture-terrasse de son logement, la cour d'appel, qui s'est fondée sur les modalités d'exécution de cette activité déclarée à l'assureur et non sur son objet, a violé les textes susvisés ;

Il est intéressant de noter que dans cet arrêt, la Cour d'Appel avait repris en partie la motivation des premiers juges selon laquelle l'utilisation de résine synthétique dans le cadre d'une activité d'étanchéité faisait l'objet d'une activité distincte dans le cadre de la nomenclature de l'assureur et que par conséquent, l'assuré n'ayant pas déclaré cette activité spécifique, il se trouvait hors du champ d'application de la police.

La Cour de cassation a rejeté cet argument en considérant finalement qu'il importait peu que la nomenclature des activités de l'assureur, comporte des rubriques qui tiennent d'avantage des techniques que des activités, et qu'en tout état de cause, dès lors que l'assuré agissait dans le cadre des activités déclarées, on ne pouvait lui opposer de refus de garantie à raison des procédés techniques utilisés.

Cet Arrêt faisait suite à une autre du même style rendu l'année précédente en 2007²⁰

Vu les articles L. 241-1, L. 243-8 et A. 243-1 du code des assurances ;

Attendu que 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 à propos des travaux de bâtiment, doit être couverte par une assurance ; que tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types prévues par l'article A. 243-1 du code des assurances ;

Attendu que pour écarter la garantie de la SMABTP, l'arrêt retient que l'attestation d'assurance délivrée par l'assureur mentionne que le contrat garantit les conséquences de la responsabilité incombant au sociétaire pour les travaux de technique courante réalisés avec des matériaux et suivants des modes de construction auxquels il est fait référence dans les documents techniques unifiés ou les normes françaises homologuées ou plus généralement avec des matériaux et suivant

¹⁹ Civ. 3e, 10 septembre 2008, N° 07-14.884 n° 804 BULL. CIV. - BULLETIN D'INFORMATION. Obs Pascal Dessuet RDI 2008 p 508. On citera aussi à propos des restrictions aux seules techniques courante :s Cass. 3° civ., 19 juin 2007, n° 06-14980 : RDI 2007. 325, obs. G. Leguay

²⁰ Cass. 3e civ., 19 juin 2007, n° 06-14980 : RDI 2007. 325, obs. G. Leguay

des modes de construction traditionnels ou selon des procédés ayant fait l'objet d'un avis technique accepté par l'association des assureurs de la construction et que les travaux réalisés par M. Y... ne correspondent pas à des travaux de technique courante ;

*Qu'en statuant ainsi, alors que la clause qui avait pour conséquence d'exclure de la garantie certains travaux de bâtiment réalisés par M. Y... dans l'exercice de son activité d'entrepreneur faisait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et **devait, par suite, être réputée non écrite**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

Nous avons donc une pratique de marché, somme toute assez schizophrène, d'un côté une jurisprudence bien établie, qui prohibe ce genre de restriction et de l'autre, un marché de l'assurance qui continue de les stipuler dans les polices.

Comme souvent dans notre matière, nous assistons là, à un divorce complet entre le droit et la pratique, à l'instar de celle que nous avons connue avec les plafonds de garanties inférieurs au coût de l'ouvrage stipulés dans les polices en dépit de la jurisprudence formelle de la Cour de Cassation l'interdisant...

Mais une fois n'est pas coutume, contrairement à ce qui s'est passé pour les plafonds, la ténacité des assureurs semble payer :

- En janvier 2016, à la suite d'un lobbying intensif le marché a réussi à faire ajouter dans les mentions minimales devant figurer dans les attestations d'assurance RC décennale, à la rubrique concernant les caractéristiques du chantier couvert, les techniques mises en œuvre.

Certes cela ne saurait avoir pour effet d'imposer à la Cour de Cassation son interprétation d'un texte législatif, mais cela pouvait constituer un signe avant-coureur de ce qui allait se passer...

Par deux arrêts rendus à trois mois d'intervalle, la Cour de Cassation semble opérer un de ces revirements de jurisprudence à 180° auxquels elle semble prendre goût, mais qui nuisent vraiment à la sécurité juridique : **Elle admet qu'on puisse introduire dans la définition de l'activité couverte, le procédé technique mis en œuvre sur le chantier :**

En novembre 2018 un premier arrêt a paru un temps valider cette pratique ²¹

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 30 juin 2017), que la société Avilia, exerçant sous le nom commercial Sapa services, assurée en responsabilité civile et décennale auprès de la société Thelem assurances, a réalisé des travaux d'étanchéité horizontale dans plusieurs chantiers ; que, des désordres liés à l'infiltration d'eau étant apparus, la société Avilia a assigné en garantie la société Thelem assurances ;

Attendu que la société Avilia fait grief à l'arrêt de rejeter cette demande, alors, selon le moyen :

l°/ que la garantie de l'assureur construction concerne le secteur d'activité professionnelle déclarée par le constructeur ; que la cour d'appel en considérant que la société Avilia ne pourrait se prévaloir de la garantie de la société Thelem assurances quand il résulte de ses propres constatations que les désordres pour lesquels la garantie de l'assureur est poursuivie correspondent à l'activité déclarée par la société Sapa services et prévue par le contrat litigieux - l'activité d'étanchéité sur supports horizontaux ou inclinés, a violé les articles L. 243-8 et A 243-1 du code des assurances ;

²¹ Cass Civ 3ème 08 novembre 2018 N° 17-24488 FS-P+B+I JP Karila Secteur d'activité professionnelle déclaré par l'assuré RGDA 2018 p 561 ; Pascal Dessuet Une remise en cause totale du régime de l'assurance construction obligatoire Gazette du Palais 11 décembre 2018 p 66

2°/ qu'en considérant que la société Sapa services avait mis en œuvre un procédé d'étanchéité particulier – Moplas SBS – pour exclure la garantie de la société Thelem assurances, souscrite pour l'activité d'étanchéité sur supports horizontaux ou inclinés, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles L. 243-8 et A 243-1 du code des assurances ;

3°/ qu'une clause qui a pour conséquence d'exclure de la garantie certains travaux réalisés par un constructeur dans l'exercice de son activité d'entrepreneur fait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et doit par suite être réputée non écrite ; qu'en considérant que la clause qui limiterait la garantie de la société Thelem assurance à l'activité d'étanchéité par procédé Paralon serait valable, quand cette clause fait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance responsabilité obligatoire, la cour d'appel a violé les articles L. 243-8 et A 243-1 du code des assurances ;

4°/ qu'en considérant d'une part que le procédé d'étanchéité Moplas est équivalent au procédé Paralon, que son usage est le même, que les mêmes normes professionnelles s'y appliquent, qu'il est soumis aux mêmes techniques d'application, au même type de mise en œuvre, par le même personnel, **qu'il relève de la même activité dans la nomenclature des activités du contrat**, de sorte qu'il implique un calcul identique des cotisations d'assurance, et d'autre part que l'assureur aurait évalué son risque et accepté l'assurance en se fondant sur la seule fiche technique relative au produit Paralon, excluant ainsi la garantie du fait de l'utilisation de Moplas, les juges du fond se sont contredits, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant retenu que la société Avilia avait souscrit une police garantissant ses responsabilités civile et décennale **en déclarant l'activité n°10 « Etanchéité sur supports horizontaux ou inclinés exclusivement par procédé Paralon »** et constaté **qu'elle ne contestait pas avoir mis en œuvre un procédé d'étanchéité Moplas sbs et non un procédé Paralon**, la cour d'appel, qui en a exactement déduit qu'elle ne pouvait se prévaloir de la garantie de la société Thelem, peu important que les deux procédés **eussent trait à l'étanchéité**, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Le même principe fut repris dans un Arrêt du 30 janvier 2019²²,

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 23 octobre 2017), que des travaux de surélévation avec aménagement des combles d'une maison d'habitation ont été confiés à la société AJ construction, assurée auprès de la société Aviva assurances au titre de l'activité déclarée de « contractant général, unique locateur d'ouvrage avec le maître de l'ouvrage, dans le cadre de l'aménagement de combles et greniers selon le procédé Harnois, assumant la maîtrise d'œuvre de conception et d'exécution et tout ou partie de l'exécution des travaux » ; que, **des infiltrations d'eaux pluviales étant apparues**, la société AJ construction a assigné en garantie son assureur ;

Attendu que la société AJ construction fait grief à l'arrêt de dire que la société Aviva assurances ne doit pas sa garantie,

alors, selon le moyen, que 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 à propos des travaux de bâtiment, doit être couverte par une assurance ; que tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types prévues par l'article A. 243-1 du code des assurances ; **qu'il en résulte qu'aucune stipulation d'un contrat d'assurance ne peut avoir pour effet d'amoindrir d'une manière quelconque le contenu de ces**

²² Cass Civ 3ème 30 janvier 2019 N° 17-31.121 Jean Roussel Activité déclarée et recours à un procédé technique. Un dépeçage des garanties obligatoires RDI 2019 Avril 2019 p 222 ; Isabelle Bonardi La garantie du risque responsabilité civile décennale du constructeur à l'épreuve de l'activité déclarée à l'assureur RDI avril 2019 p 196 ; JP Karila Secteur d'activité professionnelle déclaré par l'assuré RGDA Mars 2019 p 41

garanties et que toute clause d'un contrat d'assurance faisant échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction doit être réputée non écrite ;

que si la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré par le constructeur, la clause limitant la garantie des travaux réalisés, dans ce secteur d'activité, par une personne assujettie à l'obligation d'assurance à ceux effectués selon des modalités d'exécution particulières, fait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et doit, par suite, être réputée non écrite ;
qu'en énonçant, par conséquent, pour dire que la société Aviva assurances ne devait pas sa garantie à la société AJ construction et pour débouter la société AJ construction de ses demandes formulées à l'encontre de la société Aviva assurances,

que le contrat d'assurance liant la société Aviva assurances et la société AJ construction avait pour objet une activité de « contractant général, unique locateur d'ouvrage avec le maître de l'ouvrage, dans le cadre de l'aménagement de combles et greniers selon le procédé Harnois, assumant la maîtrise d'œuvre de conception et d'exécution et tout ou partie de l'exécution des travaux », que le procédé Harnois était décrit dans le cahier des charges accepté par l'entreprise Socotec comme permettant d'aménager les combles des maisons particulières et même d'effectuer une surélévation de la toiture afin de rendre utilisable l'espace existant entre la couverture et les plafonds considéré a priori comme perdu par suppression d'une multitude des barres de fermettes en bois ou métalliques créant un volume libre à toute circulation et accessible à toute forme d'aménagement, que la surface supplémentaire ainsi constituée pouvait aller jusqu'à 70 % de la surface habitable et être aménagée en pièces d'habitation et qu'au regard de la réalisation de ce type de travaux conformément à des techniques particulières nécessitant des compétences spécifiques que l'entrepreneur était supposé détenir à la date de la souscription de son contrat d'assurance, **les parties avaient entendu limiter la garantie de l'assureur** en sorte que le recours au procédé Harnois contenu dans la clause relative à l'objet du contrat ne constituait pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée mais bien cette activité elle-même,

quand, en se déterminant de la sorte, elle se fondait sur une modalité d'exécution particulière de l'activité d'aménagement de combles et de greniers déclarée par la société AJ construction, et non sur son objet, et quand la clause du contrat d'assurance liant la société Aviva assurances et la société AJ construction, en ce qu'elle subordonnait la garantie au recours au procédé Harnois, et, donc, à une modalité d'exécution particulière de l'activité d'aménagement de combles et de greniers déclarée par la société AJ construction, **faisait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et devait, par suite, être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 241-1, L. 243-8 et A. 243-1 du code des assurances ;**

Mais attendu qu'ayant relevé que le procédé Harnois permettait d'aménager les combles et d'effectuer une surélévation de la toiture afin de rendre utilisable l'espace existant entre la couverture et les plafonds considéré a priori comme perdu par suppression d'une multitude des barres de fermettes en bois ou métalliques, créant un volume libre à toute circulation et accessible à toute forme d'aménagement, la surface supplémentaire ainsi constituée pouvant être aménagée en pièces d'habitation, **la cour d'appel a exactement retenu qu'au regard de la réalisation de ce type de travaux, conformément à des techniques particulières nécessitant des compétences spécifiques que l'entrepreneur était supposé détenir à la date de la souscription de son contrat d'assurance, les parties avaient entendu limiter la garantie de l'assureur** en sorte que le recours au procédé Harnois **contenu dans la clause relative à l'objet du contrat ne constituait pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée,** mais cette activité elle-même ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Cette seconde fois cependant, par le truchement d'une acrobatie sémantique, dont nul ne sera dupe, et alors même que le moyen se réclamait expressément et littéralement de la motivation contenue dans l'Arrêt de 2008, la motivation de ce second arrêt a été rédigée dans le souci de ne pas apparaître comme un revirement brutal source d'une insécurité juridique, régulièrement décrite, **en laissant entendre que le procédé technique visé dans la définition de l'activité couverte n'était pas entendu comme** « *une simple modalité d'exécution de l'activité garantie* » - ce qui aurait pu paraître en effet comme contraire aux principes développées dans l'arrêt de principe de 2008 - **mais constituait l'activité elle-même et s'inscrivait alors dans la définition même de l'objet garanti**, lequel depuis 1997 pouvait être librement défini par les parties :

« les parties avaient entendu limiter la garantie de l'assureur en sorte que le recours au procédé Harnois contenu dans la clause relative à l'objet du contrat ne constituait pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée, mais cette activité elle-même ; »

Si on devait douter de cette interprétation, on observera que dans le commentaire précédemment cité sur l'arrêt du Cass Civ 3ème 18 Octobre 2018 paru au Bulletin d'information de la Cour de Cassation N° 897 du 1er mars 2019, et donc postérieur à l'arrêt du 30 janvier, les principes énoncés dans l'arrêt de 2008 sont clairement réaffirmés :

« Ce qui compte, c'est l'objet de l'activité.

Ainsi, un assureur ne peut refuser à un constructeur la garantie résultant d'un contrat d'assurance obligatoire en se fondant sur les modalités d'exécution de l'activité déclarée et non sur son objet (3^e Civ., 10 septembre 2008, pourvoi n° 07-14.884, Bull. 2008, III, n° 126). »

En réalité, la démarche de l'esprit est identique à celle ayant prévalu dans l'arrêt du 18 octobre 2018 précité à propos de l'activité de CMI :

On va considérer que le procédé technique n'est pas une modalité d'exécution de l'activité, mais compte tenu de sa spécificité, intègre l'objet même de l'activité, tout comme on avait considéré que la mise en œuvre des activités couvertes dans le cas d'un CMI ne participait pas des modalités d'exécution de l'activité, mais par sa spécificité, intégrait l'activité elle-même dans son objet.

De là il résulte néanmoins une grande confusion favorisant la plus grande insécurité juridique :

Devra-t-on continuer de considérer qu'aujourd'hui comme hier, que contrairement à la pratique de marché en vigueur, l'introduction dans la définition de la garantie des modalités techniques de sa mise en œuvre, demeure prohibée, **mais que par contre dans certains cas**, les juges du fond seraient fondés à considérer que le procédé technique très précis, visé dans la définition de l'activité couverte s'intégrerait dans sa définition et non dans ses modalités d'exécution ?

Dans cette hypothèse se posera alors la question de savoir où passera la frontière entre ce qui relève de l'objet et des modalités techniques d'exécution ? Nul ne pourra le dire à l'avance²³. Une certaine rigueur devrait en tout état de cause prévaloir dans la mise en œuvre de cette jurisprudence :

L'introduction du procédé technique dans la définition de l'activité, objet de la garantie pourrait à l'extrême limite s'entendre pour des lots techniques, type photovoltaïque, à condition de ne pas tomber dans l'excès et que le procédé puisse être clairement défini par une spécificité technique caractéristique et non par un simple numéro de référence, il ne saurait naturellement s'étendre à une référence de peinture.

²³ Jean Roussel Activité déclarée et recours à un procédé technique. Un dépeçage des garanties obligatoires RDI 2019 Avril 2019 p 225

Il n'en demeure pas moins qu'avec une telle jurisprudence consistant à admettre que l'on puisse désormais introduire dans l'activité ; objet de la garantie, des considérations aussi précises que les procédés techniques de mise en œuvre de l'activité couverte, on rendrait d'abord, les contrôles de validité des attestations par une majorité de Maitres d'ouvrage totalement illusoire, faute d'être en mesure de contrôler en cours de chantier les procédés techniques de mise en œuvre de l'activité.

En filigrane, d'aucuns pourraient y voir une volonté de la Cour de Cassation de responsabiliser les Maitres d'ouvrages en les contraignant à étoffer leur équipe de Maitrise d'œuvre d'exécution afin d'être en mesure d'identifier ce type de manquement.

On rendrait également très difficile l'exercice des recours de l'assureurs DO ou même des assureurs des co locateurs dans l'exercice de leur action récursoire à la suite d'une exécution de la condamnation pour le tout si elle avait été prononcée in solidum, et ce, **alors même que le procédé finalement mis en œuvre demeurerait une technique courante.**

Plus largement encore, la question qui est posée avec ce dernier arrêt qui constitue en fait, le point d'orgue dans la remise en cause des clauses types, est celle de savoir jusqu'où sera entendue cette liberté laissée aux parties de définir l'objet des garanties obligatoire ?

Sera-t-elle totale comme le laisse entendre cette expression malheureuse contenue dans la motivation de l'arrêt du 30 janvier, prenant acte du fait que : « *les parties avaient entendu limiter la garantie de l'assureur* ». Nous ne le pensons pas. Nous ne pouvons que reprendre la formule de Jean Roussel dans son commentaire de l'arrêt en question²⁴

« Cette formule nous semble malheureuse, car la question n'est absolument pas là. Nul ne doute que les parties avaient fait le choix de limiter le contrat à l'activité d'aménagement de combles réalisée avec utilisation d'un procédé particulier. Ou, pour parler plus crûment, que l'assureur avait fait ce choix et que l'assuré l'avait accepté.

*Mais tout le débat est de savoir si l'assureur **avait le droit** d'imposer une telle clause, autrement dit si l'introduction dans la police d'une restriction, au sein de l'activité consistant en l'aménagement de combles, ne constituait pas une exclusion indirecte des procédés autres que celui visé contractuellement. »*

En réalité, il convient surtout ne pas perdre de vue que cette même motivation prend toujours en considération la prohibition de l'introduction dans la définition de l'activité couverte de restriction quant à sa mise en œuvre.

Cette définition de l'objet aurait-elle vocation d'être le récif sur lequel le dispositif Spinetta viendra se fracasser 40 ans après sa naissance ou à devenir le cheval de Troie qui permet d'assiéger la citadelle des clauses types et de faire en sorte qu'en présence d'un sinistre de gravité décennale, un assureur serait fondé à opposer un refus de garantie en dehors des clauses d'exclusions limitativement énumérées ? Cela semble peu probable.

En effet, une caractéristique première du régime de l'assurance construction obligatoire issu de la loi du 04 janvier 1978, était de mettre en place un système de préfinancement automatique des désordres de gravité décennale par le biais d'une police Dommages Ouvrage et le financement définitif par application des polices d'assurance RC décennale des constructeurs, en l'absence de toute condition de garantie ou exclusion prévues par les clauses types. On garantissait ainsi la fluidité des recours et un fonctionnement harmonieux du système.

Ramené à notre sujet des bâtiments éco responsables, on imagine l'impact de cette jurisprudence....

b) Pour ce qui concerne l'approche Dommages Ouvrage

²⁴ Jean Roussel Activité déclarée et recours à un procédé technique. Un dépeçage des garanties obligatoires RDI 2019 Avril 2019 p 222

La limitation de la garantie à la mise en œuvre de techniques courantes tient aux modalités de souscription qui en principe supposent de répondre à une question sur les techniques mises en œuvre et le fait qu'elles puissent entrer dans la catégorie des techniques courantes aux termes d'une définition donnée en annexe du questionnaire.

Dès lors en dépit de ce qu'on peut lire dans certaines polices DO - *pas dans toute fort heureusement* - la mise en œuvre sur le chantier, de techniques courantes, ne saurait s'analyser en une condition de garantie, justifiant un refus de garantie, car jusqu'à preuve du contraire on ne saurait conditionner les garanties obligatoires, même si là encore, un arrêt récent en date du 22 novembre 2018²⁵ pourrait nous faire douter.

En cas de mise en œuvre de technique non-courantes sur le chantier, l'assureur serait en droit d'invoquer une aggravation de risque et d'appliquer au jour du sinistre, une réduction de l'indemnité à proportion de la sous-estimation du taux de prime qui en est résulté : C'est la RP de prime Art L 113-9 C Ass).

Le problème tient cependant à la définition même du référentiel définissant la technique courante, telle qu'elle résulte de la recommandation FFA et donc reprise dans toutes les polices, dont la lecture est particulièrement complexe et renvoi à la consultation du site internet de l'Agence Qualité Construction.

Cela est apparu particulièrement clairement à propos des procédés photovoltaïques censés sortir de la catégorie des techniques courantes, au motif qu'ils avaient donné lieu en janvier 2018, à un avis de mise en observation par la « C2P » acronyme particulièrement abscons (*Commission Prévention Produits mis en œuvre de par l'Agence Qualité Construction*), tout en constatant que si on avait la présence d'esprit à la suite d'un cheminement numérique assez complexe, d'aller consulter dans une autre partie du site « la liste verte » on découvrirait que certains procédés demeuraient néanmoins dans la catégorie des techniques courantes. L'AQC publie en effet sur son site une liste téléchargeable dénommée « liste verte » répertoriant les « Avis Techniques (ATec) et Documents Techniques d'Application (DTA) ne faisant pas l'objet de mise en observation de la part de la Commission Prévention mis en œuvre »

Il n'est pas certain qu'un maître d'ouvrage particulier, par définition profane dans l'art de construire, qui souscrit sa police DO, soit en mesure d'intégrer ce type de contrainte et que par conséquent la réponse qu'il aura donné à la question sur les techniques courantes puisse être considérée comme éclairée...

²⁵ Cass Civ 3ème 22 novembre 2018 N°17-22.112 FS+P+B+R+I