

## MARCHÉS PRIVÉS

# Panorama de droit de la construction

## Cour de cassation - second semestre 2008

• **Quatre fois par an, M<sup>e</sup> Laurent Karila se livre à une revue de détail des décisions de justice les plus pertinentes ou novatrices intervenues en matière de marchés privés.**

• **Voici un panorama de décisions rendues par la Cour de cassation ces derniers mois. Elles apportent un éclairage intéressant et des informations utiles à l'exécution des marchés de travaux privés.**

• **A suivre cet été: un panorama des arrêts récemment rendus par les cours d'appel.**

### La nécessaire vigilance de l'entrepreneur

L'entrepreneur devra veiller à faire accepter par le maître d'ouvrage tous ses travaux supplémentaires, même dans le cadre d'un marché sur devis (troisième chambre civile de la Cour de cassation, 11 février 2009, n°08-10813), et non pas seulement dans un marché à forfait. L'acceptation de premiers devis de travaux, même réalisés, ne saurait en effet valoir acceptation de la réalisation de travaux supplémentaires (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 septembre 2008, n°07-12705).

L'obligation de conseil auquel l'entrepreneur est tenu devra le conduire, préalablement à l'élaboration du devis, à faire une visite complète des lieux pour lui permettre de chiffrer et/ou de préconiser tous les travaux utiles à la réalisation du projet. L'entrepreneur qui émet ainsi un avis sans examiner le support (maçonnerie), sur lequel il envisage de réaliser ces travaux (toiture), n'assume pas son rôle de conseil. En sorte qu'est justifiée la demande de résolution du contrat formulée par le maître d'ouvrage, même parfaitement informé des carences de maçonnerie de son pavillon (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 novembre 2008, n°07-18191).

Il appartient en outre au constructeur, en sa qualité de professionnel de la construction, «de souligner le risque d'instabilité de l'ouvrage et de refuser le travail, sauf décharge expresse, faute par le maître d'ouvrage d'effectuer une étude et/ou des travaux supplémentaires» (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 octobre 2008, n°07-15642).

### La juste compensation se fait sans concession

La compensation entre la créance indemnitaire du sous-traitant, dont le marché a été résilié abusivement par l'entrepreneur principal, et la créance de pénalités de retard contractuellement due par le sous-traitant à l'entrepreneur principal, ne s'opère qu'à hauteur des préjudices subis par les co-contractants. La circonstance que ceux-ci aient «concouru ensemble à la rupture de leurs relations contractuelles», d'une part, et l'existence d'une créance indemnitaire du sous-traitant et d'une créance de pénalités de retard de l'entrepreneur principal, d'autre part, ne suffit pas pour rejeter la demande de condamnation présentée par le sous-traitant. Il convient en effet de rechercher si «les manquements respectifs des parties à leurs obligations avaient causé à chacune d'elles un égal préjudice de nature à entraîner la compensation totale entre les dommages et intérêts auxquels elles pouvaient réciproquement prétendre» (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 juillet 2008, n°07-16123).

### La climatisation, la dalle et le barbecue

La Cour de cassation précise régulièrement ce qui peut être qualifié d'ouvrage et d'élément d'équipement dissociable ou indissociable au sens des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du Code civil. C'est ainsi qu'elle refuse la qualification d'ouvrage au sens de l'article 1792 à un barbecue apposé à une maison au motif que «réalisé en parpaings de ciment sur une paillasse

en ciment, [il] ne comportait pas de travaux de sous-couvre» (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 octobre 2008, n°07-17800). Elle énonce d'autre part qu'une dalle ne peut être qualifiée d'élément indissociable que pour autant que son démontage ne peut pas s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert, conformément à l'article 1792-2 alinéa 2 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 octobre 2008, n°07-15214). Une installation de climatisation comprenant une centrale d'énergie a été, quant à elle, compte tenu de «sa conception, de son ampleur et [de] l'emprunt de ces éléments à la construction immobilière», qualifiée d'ouvrage au sens de l'article 1792 du Code civil et non pas d'élément d'équipement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janvier 2009, n°07-20891; à rapprocher d'un arrêt Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 juin 2008, n°07-12977, qui énonçait que le complexe d'isolation et d'étanchéité n'était pas un élément d'équipement de l'ouvrage mais «en lui-même un ouvrage» rendu impropre à sa destination d'assurer l'étanchéité, peu important que l'ouvrage immobilier dans son ensemble n'ait pas été lui-même rendu impropre à sa destination).

### Pas de TVA pour le maître d'ouvrage société commerciale

La Cour de cassation vient conforter l'édifice juridique solide, semble-t-il aujourd'hui, selon lequel le maître d'ouvrage – société commerciale agissant aux fins de la condamnation des locateurs d'ouvrage et/ou de leurs sous-

Par LAURENT KARILA,  
avocat associé  
(Karila, société d'avocats)

traitants – ne peut demander que le montant utile à la réparation de son préjudice soit assorti de la TVA, dès lors qu'il est présumé la récupérer et n'a donc pas besoin d'en disposer pour assurer les travaux (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-15939). Le Conseil d'Etat posait la présomption inverse s'agissant des collectivités locales qui bénéficient, en effet, d'une présomption de non-assujettissement à la TVA; en sorte que c'est aux personnes dont la condamnation est poursuivie d'apporter des éléments de nature à écarter cette présomption (Conseil d'Etat, 24 novembre 2008, n° 289 778).

### Après l'heure, c'est plus l'heure

Des syndicats de copropriétaires sont irrecevables en leurs demandes à l'encontre du promoteur et/ou de ses sous-traitants ou assureurs, quand ils ne bénéficient pas d'une autorisation régulière pour engager une instance au fond et lorsque les autorisations conformes, mais données hors délais, ne permettent plus de régularisation *a posteriori* de la procédure (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 octobre 2008, n° 07-18205). Cette autorisation régulière et dans les délais doit, en outre, viser l'ensemble des désordres dont il est demandé réparation (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 février 2009, n° 07-21728). Mais l'appel ou le pourvoi formé par le syndic ne nécessite pas une nouvelle habilitation (Conseil d'Etat, 9 juillet 2008, n° 297370). Le syndicat, dissous par l'effet de la réunion de tous les lots de copropriété entre les mains d'un seul, qui agit contre un voisin et ses locataires d'ouvrage, doit le faire « pour les besoins de sa liquidation » au risque d'être déclaré irrecevable (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 octobre 2008, n° 07-17473).

### L'in solidum sans partage

En application des articles 1202 et 1792 du Code civil, chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité auquel il est procédé entre eux. Les appels en garantie des locataires d'ouvrage et/ou sous-traitants entre eux s'opèrent à l'aune de la quote-part de leurs responsabilités respecti-



ves dont ils auront apporté la démonstration (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 novembre 2008, n° 07-17834).

### Vive la réception expresse ou tacite, si elle est contradictoire

La Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui énonçait que la prise de possession assortie du paiement complet des travaux ne suffisait pas à manifester la volonté non équivoque de recevoir les travaux, alors que selon la Cour la réception tacite était de ce fait caractérisée (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 janvier 2009, n° 08-10254). Elle vient aussi souligner tout l'intérêt pour l'entrepreneur qu'une réception sans réserve lui soit rendue contradictoire en application de l'article 1792-6 du Code civil. La Cour de cassation énonce encore que si la réception est un acte unilatéral, il faut qu'elle soit prononcée au contradictoire des entreprises, au risque sinon de ne pas constituer une véritable réception au sens de l'article 1792-6 et de priver par conséquent le PV de réception sans réserve de son effet de purge de désordres apparents (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 novembre 2008, n° 07-18104).

### L'obligation de réparation définitive des dommages

Depuis des arrêts des 18 février 2003, 7 juillet 2004 et 7 décembre 2005, la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation énonce clairement que l'assureur dommages ouvrage (DO) est tenu de préfinancer des travaux efficaces de

nature à mettre fin aux désordres. Il s'agit en somme d'une obligation de réparation définitive, en sorte que si, après une première réparation opérée dans un cadre amiable ou judiciaire, les désordres réapparaissent, ledit assureur devrait préfinancer de nouveaux travaux de réparation. Un arrêt de la 3<sup>e</sup> chambre civile du 24 mai 2006 avait admis le principe de l'allocation de dommages et intérêts en réparation de dommages immatériels au visa de la responsabilité contractuelle de l'assureur DO sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. C'est en ce sens que conclut encore la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 février 2009 (n° 07-21761), en cassant un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait rejeté la demande de condamnation de l'assureur dommages ouvrage, au motif que l'article L. 242-1 du Code des assurances fixait limitativement les sanctions applicables au manquement de l'assureur DO à ses obligations et ne mettait pas à la charge de l'assureur défaillant l'indemnisation du préjudice de jouissance des maîtres d'ouvrage.

### Le sous-traitant, le fabricant et le maître d'ouvrage

La cour de Cassation confirme la distinction à opérer entre un sous-traitant et un fabricant, c'est-à-dire un vendeur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 décembre 2008, n° 07-70407). Elle énonce, par ailleurs, que la recevabilité de l'action du sous-traitant

contre l'entrepreneur aux fins de paiement du solde de son marché ou en fixation du solde au passif de l'entrepreneur, s'il était en redressement judiciaire, n'est pas soumise à l'épuisement préalable des voies de recours contre le maître d'ouvrage (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 décembre 2008, n° 07-19997).

### L'ordonnance commune interruptive erga omnes de prescription

Après quelques hésitations entre les 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> chambres civiles de la Cour de cassation, celles-ci semblent désormais considérer que « toute décision de justice apportant une modification quelconque à une mission d'expertise ordonnée par une précédente décision a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard de celles appelées uniquement à la procédure initiale, et pour tous les chefs de préjudices procédant du sinistre en litige », la « modification quelconque » pouvant consister en une participation d'une nouvelle partie aux opérations d'expertise par l'effet d'une ordonnance commune (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 février 2009, n° 08-12746).

### L'article 1792 du Code civil et l'imputabilité

S'il est incontestable que la présomption de responsabilité des constructeurs – instituée par l'article 1792 du Code civil – dispense le maître d'ouvrage victime d'avoir à rapporter la faute du constructeur présumé responsable, ladite présomption ne le dispense pas d'avoir à caractériser l'imputabilité du désordre à l'un ou l'autre des constructeurs. De même, elle ne prive pas l'un ou l'autre des constructeurs de démontrer que le fait dommageable ne lui est pas imputable, mais est imputable à un autre locateur d'ouvrage; étant souligné que le défaut d'imputabilité ne doit pas être confondu avec le fait d'un colocateur d'ouvrage qui n'est pas (sauf exceptions très rares) constitutif d'une cause d'exonération de la responsabilité de plein droit édictée par les articles 1792 et suivants du Code civil (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janvier 2009, n° 07-19084, voir déjà Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janvier 2008, n° 04-20218). ■