

MARCHÉS PRIVÉS

Panorama de droit de la construction

Cour de cassation 1^{er} semestre 2010

- **Quatre fois par an, 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 des 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 hiver: un panorama des arrêts récemment rendus par les cours d'appel.**

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

Garantie de paiement et retenue de garantie

Si la garantie de paiement de l'article 1799-1 du Code civil peut être réduite à hauteur du montant de la retenue de garantie réglée par le maître d'ouvrage (Cass. 3^e civ., 30 mars 2010, n°09-14512), elle ne saurait être amputée du montant de la créance du maître d'ouvrage, même certaine en son principe; la compensation future entre ladite créance de dommages et intérêts et le solde du marché qui devra servir d'assiette à la garantie de paiement restant cependant toujours possible (3^e civ., 11 mai 2010, n°09-14558). L'entreprise pourra donc trouver intérêt à opposer cette dernière décision au maître d'ouvrage qui souhaiterait réduire la garantie de paiement du montant des pénalités de retard qu'il imputerait à ladite entreprise aux termes de son décompte. L'entreprise pourra également invoquer les termes d'une autre décision (3^e civ., 12 mai 2010, n°09-15024) pour s'opposer à la demande de sa condamnation par le maître d'ouvrage au titre de retards consécutifs à la suspension des travaux, dès lors que celle-ci était justifiée par la non-fourniture de la garantie de paiement par le maître d'ouvrage.

Attention au respect de la norme NF P 03-001

Un entrepreneur n'est pas fondé à faire valoir que son mémoire définitif ne peut plus être contesté

par le maître d'ouvrage qui ne lui a pas notifié son décompte définitif, lorsque ledit entrepreneur n'a fait parvenir ce mémoire qu'au sous-traitant du maître d'œuvre, et que ce sous-traitant ne l'a pas transmis au maître d'ouvrage – l'entrepreneur contrevenant ainsi aux stipulations de la norme NF P 03-001 applicables au litige considéré (3^e civ., 10 février 2010, n°09-12125).

Garantie des vices cachés, clause d'exonération et garantie décennale

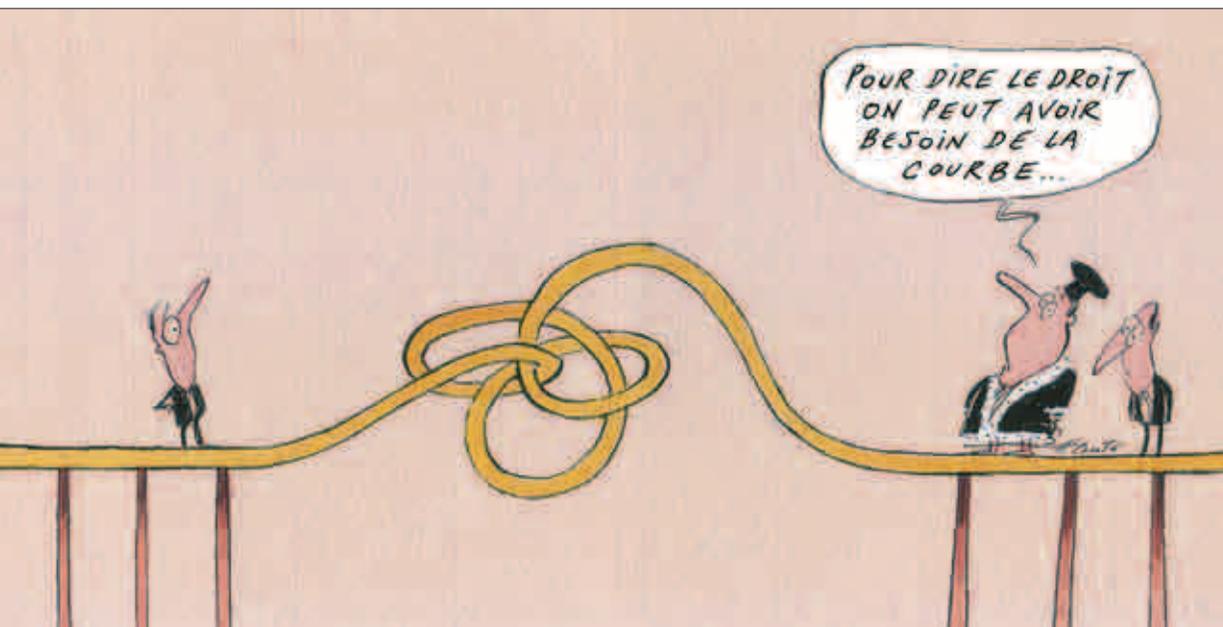
La garantie des vices cachés est régulièrement portée devant la Cour de cassation. Elle a eu l'occasion, d'une part, de rappeler que la clause d'exonération de garantie ne s'applique pas à un vendeur de mauvaise foi. Et d'autre part, de préciser qu'en dépit de l'état parasitaire négatif établi par un diagnostiqueur peu diligent, le vendeur informé de l'existence de parasites était l'auteur d'une faute dolosive et qu'il était seul tenu d'indemniser l'acquéreur sans pouvoir être garanti par le professionnel chargé du diagnostic (3^e civ. 13 janvier 2010, n°08-21677, Bull. civ. III, n°13). La Cour de cassation vient par ailleurs confirmer en 2010 (3^e civ., 11 mai 2010, n°09-13358) ce qu'elle avait à notre connaissance énoncé pour la première fois solennellement en 2009 (3^e civ., 17 juin 2009, n°08-15503, Bull. civ. III, n°143) : lorsqu'une personne vend, après achèvement, un immeuble qu'elle a construit ou fait construire, l'action en garantie décennale n'est pas exclusive de l'action en garantie des vices

cachés de droit commun de l'article 1641 du Code civil. Ce qui est nécessairement de nature à rallonger le délai d'action...

La lecture *a contrario* d'un autre arrêt de 2010, cette fois-ci publié au bulletin (3^e civ., 3 mars 2010, n°09-11282, Bull. civ. III, n°55), laisse penser que la clause de non-garantie des vices cachés insérée dans l'acte de vente aurait pu être invoquée par le vendeur du bien immobilier pour s'opposer à la recevabilité de l'action judiciaire engagée par l'acquéreur sur le fondement de l'article 1641 du Code civil (et non pas, comme ce fut le cas dans l'arrêt considéré, sur l'article 1792). L'acquéreur devra donc tenir compte de cet engagement contractuel pour opérer le choix du fondement de son action.

Les conditions de la réception

La haute juridiction est venue rappeler que la réception judiciaire de l'ouvrage (en l'espèce un court de tennis) ne pouvait être prononcée qu'à la condition qu'il soit achevé et en état d'être reçu (3^e civ., 26 janvier 2010, n°08-70220; voir aussi 3^e civ., 8 juin 2010, n°09-69241). Elle vient par ailleurs confirmer que la clandestinité des désordres à la réception, condition de la recevabilité de l'action en responsabilité décennale, s'appréciait aux yeux du maître d'ouvrage, dans deux litiges portant sur des désordres affectant un mur de soutènement (3^e civ., 27 janvier 2010, n°08-19763) et les défauts de planimétrie d'un enduit de façade (3^e civ., 13 avril 2010, n°09-66708). La Cour suprême est encore venue réaffirmer le principe selon



lequel une renonciation à un droit doit être expresse et dépourvue de toute ambiguïté. Elle en déduit que le fait que le maître d'ouvrage fonde son refus de payer le solde des travaux après reprise des réserves émises à la réception sur un grief nouveau ne suffit pas à caractériser une manifestation non équivoque de volonté du maître d'ouvrage de renoncer à invoquer les réserves formulées lors de la réception de l'ouvrage (3^e civ., 23 juin 2010, n° 09-15148).

Opposabilité du rapport d'expertise judiciaire

La Cour de cassation varie souvent dans son appréciation du degré d'opposabilité des rapports d'expertise et notamment des rapports d'expertise judiciaire. Elle défend en 2010 – ce qu'elle n'a pas toujours rigoureusement et régulièrement fait – le principe selon lequel, pour pouvoir opposer un rapport d'expertise à une partie assignée en justice, il ne suffit pas qu'elle ait été convoquée aux opérations d'expertise mais il faut également qu'elle ait été appelée judiciairement à la procédure d'expertise (3^e civ., 26 janvier 2010, n° 08-19091 - 27 mai 2010, n° 09-12693, Bull. à venir). Mais elle retient dans le même temps (certes par la chambre criminelle : crim. 23 mars 2010, n° 08-83688, 09-82385) que l'obligation pour l'expert de convoquer les parties est valable pour toutes les réunions où sont discutés les éléments nécessaires à la solution du litige, mais que les opérations d'expertise accomplies en méconnaissance de cette obligation ne peuvent être annulées

que s'il a été porté atteinte aux intérêts de la partie concernée.

Effets de la solidarité légale et judiciaire

Le principe posé à l'article 1206 du Code civil selon lequel les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous s'applique notamment aux fabricants d'Epers visés à l'article 1792-4 du Code civil : la 3^e chambre civile de la Cour de cassation (3^e civ., 13 janvier 2010, n° 08-19075, Bull. civ. III, n° 7) a énoncé que les citations délivrées par le maître d'ouvrage à l'encontre du locateur d'ouvrage ayant mis en œuvre les éléments fabriqués et de son assureur, interrompaient la prescription à l'égard du fabricant de ces éléments et de son assureur assignés sur le fondement de la responsabilité solidaire de l'article 1792-4 du Code civil.

A l'occasion d'une condamnation in solidum, la 2^e chambre civile de la Cour (2^e civ., 15 avril 2010, n° 09-14682) a rappelé le principe selon lequel la contribution à la dette entre coresponsables d'un dommage a lieu en proportion de leurs fautes respectives, et qu'en l'absence de faute prouvée à la charge des responsables, la contribution se fait entre eux à parts égales.

Encore un rejet de qualification d'Epers

La Cour a encore récemment refusé de faire application de l'article 1792-4 du Code civil, en rejetant la qualification d'Epers pour des panneaux isolants d'une chambre froide, dès lors en particulier que l'essentiel de la presta-

tion fournie était la vente des panneaux, leur assemblage sur place étant un accessoire de la vente, d'une part ; et que la conception de la structure de la chambre froide était dépourvue d'originalité et de spécificité répondant à un usage précis d'autre part (3^e civ., 8 juin 2010, n° 09-67856).

Le temps et le désordre futur

Alors que la Cour (3^e civ., 16 mars 2010, n° 09-11660) continue – à raison selon nous – de subordonner la qualification de désordre futur, objet de la garantie décennale, à la démonstration que le désordre avéré rendra l'ouvrage impropre à sa destination ou portera atteinte à sa solidité avant l'expiration du délai d'épreuve décennal, le Conseil d'Etat semble se contenter de la prévisibilité du désordre sans précision quant à son terme (CE, 31 mai 2010, n° 317006).

Le maître d'œuvre et le sous-traitant

La Cour retient la responsabilité du maître d'œuvre pour n'avoir pas tiré les conséquences de la présence d'un sous-traitant non agréé sur le chantier (3^e civ., 10 févr. 2010, n° 09-11562, Bull. civ. III, n° 35). Il entre en effet dans la mission du maître d'œuvre dont le contrat inclut expressément la direction des travaux et leur coordination d'alerter le maître d'ouvrage sur la présence sur le chantier d'un sous-traitant non agréé.

Intérêts sur pénalités ne vaut

Un préjudice réparé par l'application de pénalités de retard contractuellement convenues ne

peut se voir à nouveau réparer par l'allocation de dommages-intérêts (3^e civ., 8 juin 2010, n° 09-65502), ce qui est bien compréhensible.

CMI et l'obligation de vérification des règles du POS

Quelle que soit la qualification du contrat, un constructeur, simple locateur d'ouvrage ou constructeur de maison individuelle, est tenu envers le maître d'ouvrage, avant réception, d'une obligation de conseil et de résultat, et est responsable de la mauvaise implantation d'une maison (consécutive à un défaut de vérification au regard des règles du plan d'occupation des sols) (3^e civ., 27 janvier 2010, n° 08-18026, Bull. civ. III, n° 22).

Notion d'ouvrage

La pose d'une membrane d'étanchéité d'un bassin (3^e civ., 16 mars 2010, n° 09-10561), la pose de l'enrobé bitumeux et ses travaux préparatoires aux fins de la réalisation de la voie d'accès et de la terrasse (3^e civ., 26 mai 2010, n° 09-66271) et la réalisation d'un bassin de rétention anaérobie (3^e civ., 9 juin 2010, n° 09-12288) constituent la réalisation d'ouvrages au sens de l'article 1792 du Code civil. La qualification de la réalisation d'un carrelage sur un ouvrage existant n'est cependant pas tranchée (3^e civ., 26 mai 2010, n° 08-19925).

Gravité requise

Un déficit de largeur de passage piéton le long de la porte basculante d'un garage et le défaut de report d'alarme vers la loge du gardien sont qualifiés de désordres de la gravité requise pour l'application de l'article 1792 du Code civil compte tenu du danger qu'il fait peser sur les personnes (3^e civ., 3 mars 2010, n° 07-21950, Bull. civ. III, n° 50).

Cause étrangère

Si la cause étrangère exonère la responsabilité civile décennale du constructeur, encore faut-il qu'elle soit caractérisée par les juges du fond. Ce ne fut pas le cas dans l'espèce ayant amené la Cour à rendre un arrêt (Cass. 3^e civ., 11 mai 2010, n° 09-14020) dans lequel elle relevait que les désordres qui avaient pour origine une étude du ●●●

(●●●) sol préalable insuffisante et imputable au constructeur initial en liquidation judiciaire ne constituait pas une cause étrangère exonérant de sa responsabilité l'entrepreneur chargé des travaux de réfection des désordres affectant l'habitation.

Tout n'est pas perdu après la garantie de parfait achèvement

La Cour de cassation est venue solennellement énoncer que la responsabilité contractuelle de droit commun de l'entrepreneur subsiste concurremment avec la garantie de parfait achèvement due par celui-ci, même si la mise en œuvre de la responsabilité n'est pas intervenue dans le délai de la garantie (3^e civ., 27 janvier 2010, n°08-21085, Bull. civ. III, n°20). Conséquence pratique : il n'est pas nécessaire d'interrompre la prescription de la garantie de parfait achèvement pour être éligible au bénéfice de la responsabilité contractuelle de droit commun.

La prescription biennale, son visa et son respect

La haute juridiction poursuit ses efforts de protection des intérêts des assurés, qu'elle avait déjà affirmée en septembre 2009 (2^e civ., 3 septembre 2009, n°08-13094, Bull. civ. II, n°201) lorsqu'elle avait énoncé que l'assureur est tenu de rappeler, dans le contrat d'assurance, les causes d'interruption de la prescription biennale prévues à l'article L. 114-2 du Code des assurances sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du même code. Elle a souligné encore récemment l'obligation pour l'assureur de rappeler, dans sa police d'assurance, la prescription biennale de l'article L. 114-1 du Code des assurances (2^e civ., 14 janvier 2010, n°09-12590). La Cour veille parallèlement au respect de l'application de l'article L. 114-1 du Code des assurances, à l'occasion de plusieurs décisions rendues au premier semestre 2010. Le garant de livraison, qui a indemnisé les maîtres d'ouvrage et qui exerce son recours subrogatoire contre leur assureur dommages ouvrage, ne dispose pas à l'égard de cet assureur de plus de droits que n'en



avaient les propres assurés de celui-ci. De sorte que ce recours, dérivant du contrat d'assurance, est soumis à la prescription de deux ans prévue par l'article L. 114-1 du Code des assurances (3^e civ., 27 janvier 2010, n°08-21291, Bull. civ. III, n°23). La simple réitération d'une déclaration de sinistre n'interrompt pas la prescription biennale (2^e civ., 18 février 2010, n°09-12868) dès lorsqu'elle ne satisfait pas aux conditions posées par les causes ordinaires ou extraordinaires d'interruption de la prescription.

Exclusion et activité garantie

La validité et la portée d'une exclusion de garantie se mesurent à l'aune de chaque activité garantie. C'est l'approche que la Cour de cassation semble avoir privilégiée (3^e civ., 8 juin 2010, n°09-12457). En l'espèce, l'assuré avait déclaré notamment les activités maçonnerie, béton armé et couverture, plomberie, zinguerie et l'exclusion de la « spécialité » étanchéité n'était mentionnée à la police que pour l'activité B101 couverture, plomberie, zinguerie.

La haute juridiction énonce que la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu que l'étanchéité aurait été mentionnée à la police comme une activité spécifique qui n'aurait pas été souscrite, a pu retenir que l'étanchéité des ouvrages en béton armé appartenait, en l'absence d'exclusion formelle et précise, au secteur d'activité déclaré A001, maçonnerie et béton armé, et en déduire que l'assureur devait sa garantie.

Subrogation

La Cour de cassation a eu l'occasion de se pencher sur le fondement du recours subrogatoire de l'assureur qui a payé l'indemnité, en énonçant qu'il peut être exercé contre toute personne responsable, quel que soit le fondement de cette responsabilité (2^e civ., 12 mai 2010, n°08-21966); et sur l'assiette de l'action subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage qui n'est pas limitée au montant alloué à la réparation par le maître d'ouvrage (3^e civ., 27 mai 2010, n°09-14107) et contient les frais exposés en sus de l'indemnité versée (3^e civ., 9 févr. 2010, n°09-13283 - 6 déc. 2006, n°05-17553, Bull. civ. III, n°205).

Bénéficiaire de l'assurance dommages ouvrage

La Cour de cassation énonce que l'acquéreur d'un bien immeuble dispose de la qualité pour agir contre l'assureur dommages ouvrage, quand bien même il n'était pas le déclarant d'origine, en particulier lorsque l'acte de vente le stipulait (3^e civ., 26 janvier 2010, n°08-70032).

D'autre part et de manière assez symétrique, elle précise que le maître d'ouvrage d'origine peut conserver un intérêt à agir après la cession (3^e civ., 9 février 2010, n°08-18970).

Preuve du contrat d'assurance

S'il appartient à l'assureur, dont l'obligation est recherchée non par le seul assuré mais par des tiers, de produire la police dont il admet l'existence (3^e civ., 8 juin

2010, n°09-13482), il appartient à celui qui invoque une police d'assurance de prouver son existence contestée par l'assureur mis en cause (3^e civ., 30 mars 2010, n°09-13371).

Un charpentier n'est pas un couvreur mais un CMiste fait nécessairement des fondations

Le refus de garantie opposé par l'assureur était fondé puisque les travaux effectués par la société relevaient de l'activité de charpentier et non pas de celle de couvreur, qui seule entrait dans le champ de la garantie de l'assurance (2^e civ., 15 avril 2010, n°09-14039).

D'autre part, l'activité de constructeur de maisons individuelles intègre nécessairement la réalisation de fondations; de sorte que la garantie de l'assureur de responsabilité, à qui l'entrepreneur a déclaré cette activité, s'applique à la reprise des fondations, qui ne constituant pas un secteur particulier du bâtiment devant faire l'objet d'une garantie spécifique, est également intégrée dans l'activité de constructeur de maisons individuelles (3^e civ., 14 avril 2010, n°09-11975, Bull. à venir).

Les dommages immatériels consécutifs aux dommages matériels garantis

Les dommages immatériels consécutifs aux dommages matériels engageant la responsabilité civile décennale (en l'espèce des pertes de loyers) relèvent de cette responsabilité (3^e civ., 30 mars 2010, n°09-10031) mais ils ne font pas l'objet d'une obligation d'assurance.

La construction de bâtiments provisoires ne peut être assimilée à des travaux de réfection réalisés sur l'ouvrage affecté de désordres lui-même. Elle est ainsi assimilée à des dommages immatériels qui ne ressortent pas de l'assurance obligatoire de responsabilité civile décennale pour le constructeur (3^e civ. 13 janvier 2010, n°08-18853, 08-13562, 08-13582 - 14 avril 2010, n°09-10515).

Cela permet à l'assureur de responsabilité civile décennale d'opposer le plafond de sa garantie facultative ou une non-assurance selon que la garantie facultative des dommages immatériels consécutifs a été ou non souscrite. ■