

MARCHÉS PRIVÉS

Panorama de droit de la construction

Cour de cassation - second semestre 2009

- **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 arrêts rendus par la Cour de cassation ces derniers mois. Elles apportent un éclairage intéressant pour l'exécution des marchés de travaux privés.**
- **A suivre cet été: un panorama des décisions récemment rendues par les cours d'appel.**

Par **LAURENT KARILA**
 Avocat associé
 Société d'avocats
 Karila et associés

La prévalence contractuelle, rien que la prévalence

A la question de savoir si l'absence de respect des formalités de délai et de formes de transmission du décompte général de l'entreprise au sous-traitant, prévues à la norme NF P03001, devait être sanctionnée, alors que les termes du marché – prévalant contractuellement sur les termes de la norme dans l'hypothèse où ils se contrediraient – ne prévoyaient aucune formalité de transmission, la troisième chambre civile de la Cour de cassation répond par la négative (Cass. 3^e civ., 1^{er} juillet 2009, n° 08-16724, Bull. n° 163): « Dès lors qu'un marché de sous-traitance, composé d'un contrat et de documents techniques, stipule que le contrat est placé en première position et ne contient pas de clause imposant une mise en demeure des sous-traitants par l'entrepreneur principal préalablement à l'établissement du décompte définitif, en cas de carence des sous-traitants à l'établir eux-mêmes, ni de forme particulière de notification pour l'envoi de ce décompte, il ne peut être reproché à l'entrepreneur principal de l'avoir adressé aux sous-traitants – qui ne contestent pas l'avoir reçu – par lettre simple et non par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, comme le prévoient les documents techniques. »

L'effet interruptif *erga omnes* ou non de l'ordonnance commune ?

Dans trois arrêts de la deuxième chambre civile rendus respectivement les 3 septembre 2009 (n° 08-18068), 22 octobre 2009 (n° 09-19840, Bull. à venir), et 10 novembre 2009 (n° 08-19371) la Cour confirme sa position selon laquelle « toute décision judiciaire 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 et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre en litige, y compris à l'égard de celles appelées uniquement à la procédure initiale. »

La troisième chambre civile, qui s'était ralliée à cette position à l'occasion d'un arrêt non publié du 24 février 2009 (n° 08-12746), s'y oppose à nouveau à l'occasion de deux arrêts du 18 novembre 2009 (n° 08-13642 et 08-13673, Bull. à venir) en énonçant que « pour être interruptive de prescription, la citation en justice doit être adressée à celui que l'on veut empêcher de prescrire » ce qui procède d'une lecture littérale de l'article 2244 du Code civil.

Le Conseil d'Etat fait la même lecture que celle de la troisième chambre civile du 22 octobre 2009 (CE 7 octobre 2009, n° 308163, mentionné dans les tables du recueil Lebon): « Une citation n'interrompt la prescription qu'à la double condition d'émaner de celui qui a qualité pour exercer le droit menacé par la prescription et de viser celui-là même qui en bénéficierait. »

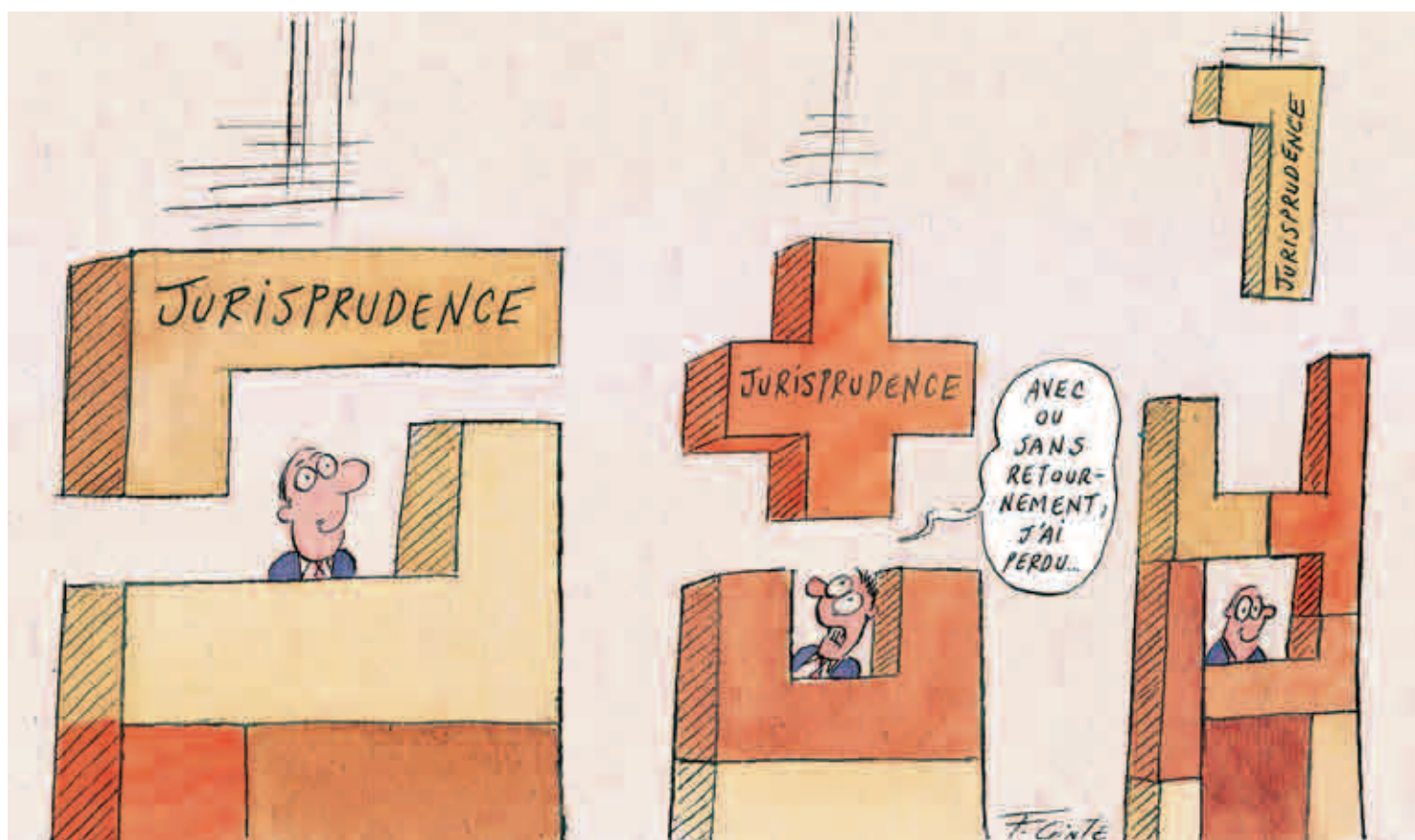
Le vendeur en Vefa bénéficiaire de l'indemnité d'assurance dommages ouvrage

La question était posée à la troisième chambre civile de savoir si l'indemnité d'assurance dommages ouvrage (DO) utile à la réparation de désordres affectant un ouvrage avant sa réception devait revenir au vendeur en l'état futur d'achèvement (Vefa), en application de l'article 1601-3 du Code civil (« Le vendeur conserve les pouvoirs du maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux ») ou aux acquéreurs dudit ouvrage qui, selon le même article, deviennent propriétaires des ouvrages à venir au fur et à mesure de leur exécution.

Elle y a répondu par un arrêt du 16 décembre 2009 (n° 09-65697, Bull. à venir) en validant une décision de la cour d'appel de Montpellier qui avait déclaré recevable et fondée l'action d'un vendeur en l'état futur d'achèvement à l'encontre de l'assureur DO auquel il avait déclaré un sinistre. Pour la Cour de cassation, le vendeur avait seul qualité pour déclarer le sinistre et percevoir l'indemnité, motif pris qu'il avait le pouvoir, en sa qualité de maître d'ouvrage de l'ouvrage non réceptionné, de procéder aux réparations nécessaires à l'aide de l'indemnité d'assurance.

L'expertise dommages ouvrage et le sous-traitant

Aux termes de deux arrêts du 3 novembre 2009, la troisième chambre civile confirme sa position prise à l'occasion d'une précédente décision de 2001, relative



à la question de l'opposabilité au sous-traitant du rapport d'expertise de l'expert désigné par l'assureur dommages-ouvrage dans le cadre de la procédure amiable. Selon le premier arrêt (n° 08-19869), la convocation du sous-traitant aux opérations d'expertise amiable et la production du rapport d'expertise aux débats judiciaires ne permettent pas de rendre ledit rapport opposable au sous-traitant. Dans le second arrêt (3 novembre 2009, n° 08-19871), la Cour de cassation précise que, d'une part, la présence du sous-traitant à la réunion d'expertise au cours de laquelle avaient été évoqués les désordres concernant les ouvrages qu'il avait réalisés; et, d'autre part, le fait que ledit sous-traitant ait été destinataire du rapport d'expertise amiable, ne permettent pas plus de rendre ledit rapport opposable au sous-traitant. Ces deux arrêts, rendus au visa de l'annexe II de l'article A 243-1 du Code des assurances et de l'article 1792-1 du Code civil, cassent les arrêts d'appel qui avaient retenu l'opposabilité du rapport d'expertise amiable

au sous-traitant au motif inchangé « qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas lié au maître de l'ouvrage par un contrat dommages-ouvrage, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Le pari risqué de l'assureur qui boude les opérations d'expertise

La tentation peut être grande pour l'assureur qui dénierait sa garantie et qui n'aurait pas été appelé aux opérations d'expertise, de conclure hâtivement à l'inopposabilité du rapport d'expertise à son égard. Le pari est cependant risqué si son motif de non garantie n'est pas suffisamment pertinent. En effet, il ne parviendra pas à se voir mettre hors de cause au seul motif qu'il n'aura pas été partie aux opérations d'expertise. C'est en ce sens que juge la 2^e chambre civile (Cass. 2^e civ., 19 novembre 2009, n° 08-19824, Bull. à venir) qui valide un arrêt de la Cour de Pau en ces termes : « L'assureur qui, en connaissance des résultats de l'expertise dont le but est d'établir la réalité et l'étendue de la responsabilité de son assuré qu'il garantit,

a eu la possibilité d'en discuter les conclusions ne peut – sauf s'il y a eu fraude à son encontre – soutenir qu'il lui est inopposable. »

Cet arrêt s'inscrit dans l'esprit du principe déjà posé par la Cour de cassation selon lequel « la décision judiciaire, qui condamne un assuré à raison de sa responsabilité, constitue pour l'assureur, qui a garanti celle-ci dans ses rapports avec la victime, la réalisation – tant dans son principe que dans son étendue – du risque ouvert; l'assureur qui a été mis en mesure de connaître la procédure engagée et n'a pas jugé utile d'intervenir dans le déroulement des mesures d'instruction ne peut, sauf s'il y avait eu fraude de la part de l'assuré, soutenir que ces mesures lui sont inopposables » (Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 1985, n° 84-12926, Bull. n° 248).

L'entreprise, le sous-traitant et le tiers victime

Voilà un arrêt de la 3^e chambre civile du 8 septembre 2009 (n° 08-12273, Bull. 181) qui, sur un plan pratique, devrait ravir les entreprises sous-traitant leurs travaux

de terrassement, en amont de leur chantier, puis sont assignées par un exploitant ou propriétaire de réseau sous-terrain de désordres imputables au sous-traitant. La Cour de cassation écarte, en effet, la responsabilité dudit entrepreneur au visa de l'article 1382 du Code civil en énonçant : « L'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable, envers les tiers, des dommages causés par son sous-traitant. » Cependant, l'histoire ne dit pas quelle aurait été la décision du juge si l'action du tiers victime avait été fondée sur la théorie des troubles anormaux de voisinage. Rappelons que si l'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable envers les tiers des dommages causés par son sous-traitant, il l'est vis-à-vis du maître d'ouvrage (Cass. 3^e civ., 11 mai 2006, n° 04-20426, Bull. n° 119).

Participation de l'assureur à l'expertise judiciaire

Tout est question de l'appréciation des réserves que pose ou non l'assureur dans le cadre de l'expertise judiciaire. S'il par- (●●●)

(●●●) ticipé activement aux opérations d'expertise et ne manifeste aucune réserve sur sa garantie avant l'expiration de la prescription biennale, il manifesterait ainsi, sans équivoque, sa « volonté de renoncer à se prévaloir de la prescription biennale », comme dans les faits ayant conduit au prononcé d'un arrêt du 19 novembre 2009 (Cass. 2^e civ., n° 08-22056, Bull. à venir).

Si tel n'est pas le cas, rien ne permettra de conclure à une renonciation non équivoque à se prévaloir de l'acquisition de la prescription biennale : c'est ce qui résulte d'un autre arrêt de la deuxième chambre civile rendu le 17 décembre 2009 (n° 08-20059) et qui énonce : « Attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que l'EURL avait soutenu devant la cour d'appel que la désignation d'un expert s'analyse en une renonciation non équivoque de l'assureur à se prévaloir de la forclusion acquise. » Le fait pour l'assureur dommages ouvrage d'appeler en garantie d'autres responsables en référé ordonnance commune, ne relève pas plus de l'intention non équivoque de renoncer à une prescription acquise (Cass. 3^e civ., 1^{er} décembre 2009, n° 08-20993).

Sous-traitance et réception de l'ouvrage

Que le sous-traitant et son assureur ne se réjouissent pas de ce que le premier n'aurait pas été convoqué et/ou présent à la réception de l'ouvrage ! Ceci serait indifférent à la responsabilité du premier et à la garantie du second. C'est ce que confirme un arrêt du 20 octobre 2009 (Cass. 3^e civ., 20 octobre 2009, n° 08-15381) : « La présence ou la convocation du sous-traitant à la réception, acte auquel il n'est pas partie, n'est pas une condition de la mise en œuvre de la garantie de son assureur. »

Le dol est-il resté ce qu'il était ?

La doctrine s'interroge à juste titre sur le délai de prescription qu'appliquera la Cour de cassation aux actions anciennement trentenaires fondée sur le dol à la suite de la loi du 17 juin 2008. Or, la Cour de cassation a rendu un arrêt

(3^e civ., 8 septembre 2009, n° 08-17336, Bull. n° 179) qui semble ne pas exiger les mêmes conditions d'application du dol que par le passé. On rappellera que l'arrêt de principe de la troisième chambre civile de la Cour (27 juin 2001, n° 99-21017 et 99-21284, Bull. n° 83) énonçait que « le constructeur est, sauf cause extérieure au contrat, contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de sa faute dolosive lorsque, de propos délibéré même sans intention de nuire, il viole par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles ».

L'arrêt du 8 septembre 2009 ne reprend pas la même formule et fait une interprétation particulièrement souple du dol : « Attendu qu'ayant relevé que l'installation de la cheminée dans une maison à ossature bois, réalisée par des personnes ignorant visiblement les règles de l'art en ce qui concerne la notion d'écart au feu, était calamiteuse et manifestement incorrecte à la traversée du plancher mais également à la traversée d'un lambris ; et retenu que la société Renoval ne pouvait pas ignorer qu'elle prenait un risque de nature à entraîner presque inéluctablement un désordre – tel que celui qui est survenu – la cour d'appel a pu en déduire que la société Renoval, n'ayant pas pris les précautions élémentaires dans toute construction de cheminée de ce type, avait commis de manière délibérée une faute dolosive de nature à engager sa responsabilité contractuelle, nonobstant la forclusion décennale. »

Ici, donc, plus de fraude et/ou de dissimulation aux obligations contractuelles mais la commission délibérée d'une faute dolosive par l'absence de précautions élémentaires...

La prescription biennale ne se rattrape pas

Voici une brèche ouverte par la 3^e chambre civile (22 septembre 2009, n° 04-15436) au bénéfice du maître d'ouvrage contre l'assureur dommages ouvrage qui a fondé son refus de garantie sur un autre motif que la prescription biennale de l'article L. 114-1 du Code des assurances acquise à la date de la déclaration de sinistre. Dans ce

cas, il n'est plus recevable à opposer cette prescription postérieurement à ce refus et après l'expiration du délai de 60 jours courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre.

La condamnation *in solidum* n'est pas automatique

Voici un moyen de défense à exploiter pour les entreprises, qu'elles délaissent trop souvent. Elles ne sont pas, en effet, automatiquement vouées à faire l'objet d'une condamnation *in solidum*. Celle-ci n'est possible, comme nous le rappelle un arrêt publié (Cass. 3^e civ., 23 septembre 2009, n° 07-21634, 07-21782, Bull. n° 197), que « si les travaux relevant des lots dont il était titulaire ont indissociablement concouru, avec ceux ressortissant des autres lots, à la création de l'entier dommage ».

Le défaut de conformité aux normes parasismiques n'a pas à satisfaire aux conditions du désordre futur

Un arrêt de la 3^e chambre civile du 7 octobre 2009 (n° 08-17620, Bull. à venir) refuse de soumettre la non-conformité aux normes parasismiques aux conditions de la qualification du désordre futur sur lequel cette même chambre a eu l'occasion de rappeler, le 21 octobre dernier (n° 08-15136, Bull. à venir), qu'il ne pouvait ressortir de la garantie décennale que s'il était démontré qu'il surviendrait avec certitude dans le délai décennal. Dans l'arrêt du 7 octobre 2009, la Cour de cassation énonce : « Relève de la responsabilité décennale les défauts de conformité d'une maison à la norme parasismique, même s'il n'est pas établi que la perte de l'ouvrage par séisme interviendra avec certitude dans le délai décennal, dès lors que ces défauts sont multiples, portent sur des éléments essentiels de la construction, peuvent avoir pour conséquence la perte de l'ouvrage, et font courir un danger important aux personnes. »

La retenue de garantie de 5 % doit être contractuellement prévue

Un arrêt publié du 7 octobre 2009 (Cass. 3^e civ., n° 08-70030, Bull. à

venir) devrait alerter les maîtres d'ouvrage étourdis : il énonce que l'article 1^{er} de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 permet seulement au maître d'ouvrage privé d'imposer à son cocontractant la prévision, dans le marché de travaux, d'une retenue de garantie ne pouvant excéder 5% de la valeur définitive du marché.

En l'absence de preuve d'une retenue de garantie contractuellement prévue, le solde du marché est dû à la réception.

Vente en l'état futur d'achèvement : seule l'action compte

L'action de l'acquéreur à l'encontre du vendeur dans une vente en l'état futur d'achèvement (Vefa), aux fins de la réparation des désordres apparents, n'est pas soumise à sa dénonciation desdits désordres dans le délai d'un mois à compter de la prise de possession, mais à la seule action dans le délai d'un an à compter de la réception, ou de 13 mois à compter de ladite prise de possession (3^e civ., 16 décembre 2009, n° 08-19612, Bull. à venir). Il semble ainsi acquis que l'action peut concerner des désordres dénoncés postérieurement à l'écoulement de ce délai d'un mois.

Toutefois, la Cour de cassation ne dit pas si l'acquéreur ne doit pas démontrer que les désordres – objets de l'action – sont apparus avant l'expiration dudit délai d'un mois.

Devoir renforcé d'information de l'assureur

Un arrêt du 3 septembre 2009 (Cass. 2^e ch. civ., n° 08-13094, Bull. n° 201) est venu renforcer le devoir d'information de l'assureur quant aux causes d'interruption de la prescription biennale (délai de deux ans).

La deuxième chambre civile considère, en effet, qu'en application de l'article R. 112-1 du Code des assurances, 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. ■