



## Marchés privés

### Six mois de droit de la construction

Sélection des décisions les plus instructives rendues par la Cour de cassation au premier semestre 2018.

Par **Laurent Karila**, avocat associé chez Karila, société d'avocats, chargé d'enseignement à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne

**Q**ui doit démontrer la réception tacite d'un ouvrage? Qu'est-ce qu'une faute dolosive? La clause d'exclusion de solidarité incluse dans un contrat de maîtrise d'œuvre est-elle licite? Une entreprise assurée pour des travaux de maçonnerie générale l'est-elle pour de la pose de carrelage? La Cour de cassation a répondu à toutes ces questions, et à bien d'autres, durant les six premiers mois de 2018.

#### L'ouvrage ou l'élément d'équipement

**Élément constitutif d'un ouvrage.** Il arrive régulièrement que la Cour de cassation se prononce sur la qualification d'« ouvrage » visé à l'article 1792 du Code civil – la plupart du temps, pour en donner une acception extensive. En revanche, il est très rare qu'elle s'intéresse à la qualification d'« élément constitutif » également mentionné à l'article 1792, qui énonce : « 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. »

Un arrêt du 28 février dernier, publié et commenté au Bulletin de la Cour de cassation, énonce que : « Ne constituent pas un élément constitutif d'un ouvrage relevant de l'article 1792 du Code civil, en raison de leur modeste importance, sans incorporation de matériaux nouveaux à l'ouvrage, les travaux qui correspondent à une réparation limitée dans l'attente de l'inéluctable réfection complète d'une toiture à la vétusté manifeste » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-13478, Bull.). Il s'agissait ici de la mise en place d'une étanchéité dans des chéneaux par application de bandes de feutre bitumineux avec remise en état de descentes de PVC, et de la réfection de certaines vitres par grattage et lavage, mise en place de bandes aluminium sur vitrages fêlés et remplacement de 10 vitres armées.

La Cour pose ainsi une limite à la qualification susceptible d'entraîner la responsabilité civile décennale. Ce qui mérite d'être souligné, dans une période où elle a considérablement étendu le champ d'application de la garantie décennale et de

son assurance avec sa jurisprudence en matière de travaux sur existant.

**Élément d'équipement.** Un arrêt vient par ailleurs rappeler que le carrelage de sol d'un salon et la menuiserie ne constituent pas des éléments d'équipement soumis à la garantie de bon fonctionnement de l'article 1792-3 du Code civil. La demande en réparation des désordres les affectant, lorsqu'ils ne rendent pas l'ouvrage impropre à sa destination ou n'affectent pas sa solidité, ne peut donc être fondée, avant comme après réception, que sur la responsabilité contractuelle de droit commun (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 2018, n° 16-15803). Cette décision est naturellement à rapprocher de l'arrêt de principe rendu en 2013 au sujet de désordres affectant le carrelage d'un supermarché, « élément dissociable non destiné à fonctionner » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 février 2013, n° 12-12016, Bull.).

### La réception

Après avoir inversé la charge de la preuve de la réception tacite par une décision critiquée en 2016 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juillet 2016, n° 15-17208, Bull.), la Cour de cassation a confirmé par deux arrêts récents le retour au principe antérieur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juillet 2017, n° 16-19438, Bull. ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 décembre 2017, n° 16-24752, Bull.). Il appartient donc à celui qui invoque une réception tacite de l'ouvrage de la démontrer. Pour cela, il devra établir la volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir l'ouvrage.

### Les garanties légales

**Gravité décennale.** En 2011, la Cour de cassation avait établi le principe selon lequel la non-conformité aux normes parasismiques rendait automatiquement l'ouvrage impropre à sa destination (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2011, n° 10-11713, Bull., réitéré depuis). Elle énonçait que « le dommage consistant dans la non-conformité de l'ouvrage aux règles parasismiques obligatoires dans la région où se trouve la maison, facteur certain de risque de perte par séisme, compromet sa solidité et la rend impropre à sa destination ». Mais elle semble s'en éloigner aujourd'hui à l'occasion d'un arrêt, certes inédit (c'est-à-dire non publié au Bulletin), dans lequel elle énonce que : « N'ayant pas retenu que le défaut de conformité d'une partie des fondations aux normes parasismiques était de nature à compromettre la solidité de la maison ni à la rendre impropre à sa destination mais seulement à entraîner un risque de perte dont elle n'a pas déterminé l'étendue, la cour d'appel a justement déduit de ces appréciations souveraines que ce défaut de conformité engageait la responsabilité contractuelle du constructeur » et non pas sa responsabilité décennale (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juillet 2018, n° 17-19513).

**Dommages futurs.** Un dommage « futur » est celui qui, bien que ne satisfaisant pas encore au degré de gravité décennale, l'atteindra, à dire d'expert, dans le délai décennal. Il engage alors la garantie décennale des constructeurs.

Dans l'hypothèse où, sur la base d'un rapport d'expertise concluant à la certitude d'apparition à court terme d'un dommage d'ordre décennal, le juge statue postérieurement à l'expiration du délai décennal, il ne pourra retenir la qualification de désordre futur que s'il a été en mesure de vérifier que le degré de gravité décennale a été atteint. Ce qui ne fut pas le cas dans les faits soumis à la Cour dans son arrêt du 28 février, la

conduisant donc à écarter l'application de la responsabilité décennale (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-12460, Bull.).

### Responsabilités tous azimuts

**In solidum.** L'article 1792 du Code civil fait peser une présomption de responsabilité sur les constructeurs à qui le dommage peut être imputé. Le maître d'ouvrage peut ainsi voir condamnés tous les constructeurs à qui le dommage est imputable à le réparer dans sa totalité et non pas partiellement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 janvier 2018, n° 17-10496). Mais ce principe ne prive pas les constructeurs d'exercer leur recours entre eux en demandant au juge d'attribuer à chacun la juste quote-part de leurs obligations à réparation (voir aussi Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 février 2018, n° 16-27244 et 16-27531).

**Actions contre le fournisseur.** Le juge n'est pas légalement tenu par la qualification que les parties donnent à leurs engagements contractuels ; il doit s'attacher à la seule véritable nature de leur intervention à l'acte de construire. C'est ainsi que le vendeur fournisseur de matériaux sophistiqués, qui donne des instructions techniques précises au poseur - lequel s'y conforme sans en connaître les caractéristiques -, participe activement à la construction et accomplit une véritable fonction de maîtrise d'œuvre. Il est donc un constructeur au sens de l'article 1792 du Code civil (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-15962, Bull.) et engage

sa responsabilité civile décennale et non plus sa simple responsabilité de droit commun.

La Cour a posé une limite à la qualification susceptible d'entraîner la responsabilité civile décennale.

On observera, certes, que l'article 1792-1 du Code civil prévoit déjà que le maître d'ouvrage délégué est réputé constructeur lorsqu'il accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage, autrement dit d'un constructeur. Ainsi, au-delà du

droit commun, le droit de la construction s'attache à apprécier la véritable implication de l'intervenant à l'acte de construire. Mais l'on peut se demander si la publication au Bulletin de cet arrêt ne risque pas, d'une part, d'étendre le champ de la responsabilité décennale à des situations dans lesquelles la spécificité et la sophistication technique des matériaux ne seraient pas au rendez-vous. Et, d'autre part, si la technologie galopante des matériaux de construction ne va pas rendre plus fréquentes ces situations que les fournisseurs devraient alors assurer plus efficacement.

Le maître d'ouvrage qui n'est pas contractuellement lié au fournisseur (engagé à l'égard de l'entrepreneur) peut cependant engager une action contractuelle directe contre lui au titre de la non-conformité des matériaux livrés. Le point de départ du délai de prescription de dix ans (en application du régime applicable entre commerçants antérieurement à la loi du 17 juin 2008) est alors la date de leur livraison à l'entrepreneur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 2018, n° 17-10394, Bull.).

**Faute dolosive.** La faute dolosive permet d'engager la responsabilité du constructeur au-delà du délai décennal. Depuis son arrêt de principe de 2001, la Cour de cassation considère que l'action fondée sur le dol est de nature contractuelle (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 juin 2001, n° 99-21017, Bull.). Il était dès lors logique

qu'elle considère que cette action se transmet aux acquéreurs successifs de l'immeuble (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2013, n° 12-13840, Bull.), ce qu'elle vient encore de confirmer (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juillet 2018, n° 17-20627, Bull.). Cette dernière décision semble toutefois innover en ce qu'elle énonce que la cour d'appel a pu déduire des faits « une violation délibérée et consciente » des obligations contractuelles du constructeur, formulation tout à fait inhabituelle pour la troisième chambre civile. Celle-ci retient habituellement la responsabilité dolosive du constructeur qui « même sans intention de nuire, viole ses obligations contractuelles par dissimulation ou par fraude ».

La seule référence de l'arrêt à la « faute délibérée et consciente » – notion utilisée par le droit commun – pourrait laisser penser que la Cour souhaiterait ne plus retenir les critères de « dissimulation » ou de « fraude ». Ces derniers répondent pourtant bien à la définition que donne du dol le nouvel article 1137 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats : « [...] le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

L'hésitation est d'autant plus forte que deux jours plus tôt, la Cour de cassation précisait qu'il ne suffit pas que la faute du constructeur soit qualifiable de « lourde » et « grave » pour être qualifiée de « dolosive ». Elle censurait la cour d'appel qui avait retenu en l'espèce le dol, alors qu'il n'était pas démontré que ledit constructeur aurait « violé ses obligations contractuelles par dissimulation ou par fraude » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 juillet 2018, n° 17-19701, Bull.), selon la formule consacrée.

On remarquera enfin un arrêt qui précise que la SCI vendeuse d'un immeuble dont un espace d'habitation avait été réalisé sans autorisation d'urbanisme engage sa responsabilité sur le fondement du dol visé à l'ancien article 1116 du Code civil, dès lors que ladite SCI était représentée par un architecte dont la preuve des manœuvres dolosives est rapportée (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juillet 2018, n° 17-20121, Bull.).

**Ampleur de la réparation.** La Cour de cassation confirme le principe de réparation intégrale des dommages de construction. Elle énonce que « sauf circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier, la réparation intégrale de dommages immobiliers correspond au coût de remise en état ou de reconstruction du bien endommagé ou détruit sans abatement pour vétusté même s'il excède sa valeur vénale » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mai 2018, n° 17-16079 et 17-16258).

Le principe s'étend également à l'application du taux de TVA en vigueur au jour de la décision, lorsqu'il est plus élevé. Cela conduit la Cour à casser l'arrêt d'appel qui oblige l'entrepreneur à payer la TVA au taux en vigueur au moment de l'exécution des travaux, sans assortir la condamnation de la TVA au taux en vigueur au jour de la décision (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juillet 2018, n° 14-17045).

### La sous-traitance

**Délégation.** En faisant sans doute une application anticipée des nouvelles dispositions du Code civil sur la délégation de paiement, dont l'article applicable n'est plus le 1275 mais le 1337, la Cour énonce que le maître d'ouvrage ne peut plus

opposer au sous-traitant qui demande le règlement du solde de son marché, les exceptions tirées des rapports entre ledit sous-traitant et l'entrepreneur de premier rang. Il ne peut donc plus contester le bien-fondé des factures du sous-traitant au motif qu'aucune prestation correspondant aux factures n'aurait été effectuée (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 2018, n° 17-15981, Bull.). Il s'agit d'un revirement de la jurisprudence de la troisième chambre civile depuis son arrêt de principe de 2012 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 décembre 2012, n° 11-25622, Bull.).

### Marchés de travaux

**Obligation de l'entrepreneur.** La personne physique qui exerce la fonction de coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé (visée à l'article L. 4532-7 du Code du travail) ne peut être chargée d'une autre fonction lors de la même opération, ni en son nom personnel, ni au nom de la personne morale qu'elle est chargée de gérer, d'administrer ou de représenter (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avril 2018, n° 16-17769, Bull.). La Cour de cassation tranche là une question déontologique et de conflit d'intérêts.

La Haute juridiction a fait une stricte application de l'ancien article 1184 du Code civil en cassant un arrêt d'appel qui avait rejeté la demande de démolition et reconstruction de l'immeuble sur le fondement de sa non-conformité aux dispositions contractuelles et au permis de construire. Les juges d'appel

avaient relevé que l'habitabilité et/ou la solidité de la maison n'en étaient pas affectées, le maître d'ouvrage ayant obtenu le certificat de conformité et la pente (rendue nécessaire par l'erreur d'altimétrie de 40 cm) pour l'accès au garage et l'accès piétonnier ne causant pas aux propriétaires un préjudice important. Pour la Cour, les juges ont ce faisant violé l'article 1184 précité, car ils n'ont pas constaté « que l'exécution en nature du contrat était impossible » – condition posée par ledit article 1184 pour dispenser le débiteur de l'obligation de l'exécuter conformément à ses obligations (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avril 2018, n° 17-26906).

**Retenue de garantie et garantie de paiement.** Viole l'article 103 du Code des marchés publics, alors applicable, une cour d'appel qui déclare irrecevable la demande formée par une commune, maître d'ouvrage, auprès d'une banque ayant accordé une garantie à première demande valant retenue de garantie, alors qu'en l'absence de levée des réserves formulées dans le procès-verbal de réception et notifiées au titulaire du marché, la banque demeurait tenue à garantie (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 février 2018, n° 17-11135, Bull.).

En sa qualité de maître d'ouvrage, le crédit-bailleur – qui n'a pas eu recours à un crédit spécifique pour financer les travaux – est tenu de fournir la garantie de paiement de l'article 1799-1 du Code civil (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 2018, n° 17-16332, Bull.).

**Clause pénale.** La Cour énonce que, faute d'avoir caractérisé l'existence de préjudices distincts de celui réparé par l'application de la clause pénale, la cour d'appel a violé l'ancien article 1152 du Code civil en condamnant les constructeurs à payer des sommes au titre des frais d'hôtel, d'hébergement et de garde-meubles (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juillet 2018, n° 16-19994).

Le juge  
confirme  
le principe  
de réparation  
intégrale des  
dommages de  
construction.



**Clause limitative.** La Haute juridiction valide une clause d'exclusion de solidarité incluse dans un contrat unissant le maître d'ouvrage et son architecte. Celle-ci stipulait que « le maître d'œuvre n'assumerait les responsabilités professionnelles que dans la mesure de ses fautes professionnelles, ne pouvant être tenu responsable, ni solidairement, ni *in solidum*, des fautes commises par d'autres intervenants ». Pour la Cour, cette clause était licite au titre d'une responsabilité contractuelle pour défaut de respect par l'architecte de son obligation de moyens (celui-ci ayant manqué à son devoir, dans le cadre de sa mission de contrôle, de réagir et demander à l'entreprise d'arrêter des travaux réalisés prématurément). L'application de la clause a permis de limiter la condamnation de l'architecte à hauteur de 20 % seulement au lieu du tout dans une condamnation *in solidum* avec l'entreprise (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 février 2018, n° 17-13596).

### Assurances

**Action directe.** La Cour de cassation rappelle que l'action directe contre l'assureur de responsabilité du constructeur, qui trouve son fondement dans le droit de la victime - en l'espèce un syndicat des copropriétaires - à réparation de son préjudice, se prescrit par le même délai que son action contre le responsable. L'assureur n'est donc pas fondé à opposer la prescription biennale du Code des assurances au syndicat agissant contre lui, dès lors que ledit syndicat se trouve encore dans le délai pour agir contre le constructeur, et ce même si l'action de ce dernier contre son assureur est prescrite (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avril 2018, n° 17-14858).

**Subrogation.** Un arrêt rendu en février devrait appeler les maîtres d'ouvrage à la prudence. Il décharge en effet l'assureur de sa garantie au titre de la police dommages ouvrage souscrite par le maître d'ouvrage agissant, certes, postérieurement au délai décennal, mais dans le délai de prescription biennale du Code des assurances. Motif ? Le maître d'ouvrage assuré n'avait pas permis à l'assureur d'exercer ses recours à l'encontre des constructeurs et des assureurs dans le délai décennal, alors qu'il avait

pleinement conscience des dommages apparus antérieurement à l'expiration du délai et objets d'une déclaration de sinistre audit assureur qui lui avait notifié un refus de garantie un mois avant l'expiration du délai décennal. Ce qui laissait suffisamment de temps à l'assuré pour engager alors son action judiciaire (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 février 2018, n° 17-10010, Bull.).

**Prescription biennale.** L'assureur qui ne justifie pas d'avoir conclu avant la désignation de l'expert (à laquelle il ne s'était pas opposé) « autrement que par l'émission de réserves d'usage » ; qui « n'a pas invoqué la prescription dès le début de la procédure au fond » ; et qui « a participé sans objection à cet égard aux opérations de l'expertise ordonnée par le juge de la mise en état, au cours de laquelle il a déposé un dire à expert dans lequel il n'a contesté que l'étendue de sa garantie et non le principe même de la couverture du sinistre », a ainsi « manifesté sans équivoque sa volonté de renoncer à se prévaloir de la prescription biennale » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2018, n° 17-18855).

Une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par laquelle le conseil des assurés prie l'assureur de revoir sa position de non-garantie, peut constituer une demande de leur part à l'assureur concernant le règlement de l'indemnité, demande susceptible d'interrompre la prescription au sens de l'article L.114-2 du Code des assurances. Le juge du fond doit alors le vérifier (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 mars 2018, n° 16-29083).

**Activités déclarées.** Dans un litige portant sur l'étendue du secteur d'activité de l'entreprise déclaré à l'assureur, la Cour énonce que les « travaux de maçonnerie générale » incluent la « pose de carrelage » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-13618, Bull.).

**Responsabilité du gérant pour défaut de souscription.** En omettant de souscrire l'assurance de responsabilité décennale d'une société de construction de maison individuelle dont il était le gérant, assurance pourtant obligatoire dont le défaut est constitutif d'une infraction pénale, ledit gérant commet une faute séparable de ses fonctions sociales qui engage sa responsabilité personnelle (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 2018, n° 16-27680, Bull.). ●