

L'ASSUREUR DOMMAGES-OUVRAGE DOIT PREFINANCER UNE REPARATION PERENNE ET EFFICACE

Mots clefs : Dommages-ouvrage, travaux de reprise, extension des désordres, caractère prévisible, travaux insuffisants, responsabilité de l'expert, responsabilité du géotechnicien, devoir de conseil, responsabilité décennale du repreneur.

(Cass. 3^e Civ., 22 juin 2011, pourvoi n°10-16308, cassation partielle)

[...]

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la société AMC, qui est préalable :

Attendu que la société AMC fait grief à l'arrêt de la condamner in solidum avec la société Eurisk, la société CEBTP-Solen et son assureur, la SMABTP, la société Arcadis ESG, et son assureur, la société Axa à payer aux consorts Z...-A... des sommes en réparation de leur préjudice, alors, selon le moyen, que l'assurance dommages-ouvrage obligatoire est une assurance de choses qui garantit le paiement des travaux en dehors de toute recherche de responsabilité et qui prend fin à l'expiration d'une période de dix ans à compter de la réception ; que la cour d'appel qui a, par motifs adoptés des premiers juges, relevé que les travaux de reprise effectués en 1997 et financés par la société AMC étaient " efficaces et pérennes ", ne pouvait juger que l'assureur dommages-ouvrage était tenu de garantir la réparation de dommages apparus postérieurement à l'expiration dudit délai, découleraient-ils des mêmes vices de construction, sans méconnaître la portée de ses propres énonciations et violer l'article L. 242-1 du code des assurances ;

Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres, que les désordres constatés en 2002 trouvaient leur siège dans un ouvrage où un désordre de même nature avait été constaté dans le délai de la garantie décennale, et souverainement retenu que l'extension de ce désordre était prévisible, que les travaux préfinancés en 1998 par l'assureur dommages-ouvrage, qui pouvait savoir que les désordres se propageraient aux murs, étaient insuffisants pour y remédier et que les désordres de 2002 ne se seraient pas produits si les travaux de reprise des désordres de 1997 avaient été suffisants, la cour d'appel a exactement retenu que la réparation à l'initiative de cet assureur devait être pérenne et efficace et que la société AMC devait préfinancer les travaux nécessaires à la non aggravation des dommages garantis ;

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

[...]

Sur le second moyen du pourvoi incident de la SMABTP et de la société CEBTP-Solen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt de condamner la société CEBTP-Solen et la SMABTP, in solidum avec la société AMC, la société Eurisk, la société Arcadis, venant aux droits de la société PSC, et son assureur, la société Axa, à payer aux consorts Z...-A... des sommes en réparation de leurs préjudices, de condamner la société CEBTP-Solen et la SMABTP in solidum avec la société Eurisk, la société Arcadis, venant aux droits de la société PSC, et son assureur, la société Axa à garantir la société AMC de l'ensemble des condamnations mises à sa charge au titre de la réparation des préjudices des consorts Z...-A... et de condamner la société CEBTP-Solen à garantir la société Eurisk à hauteur de 25 % des condamnations mises à sa charge, alors, selon le moyen :

[...]

Mais attendu, d'une part, que saisie de conclusions de la société AMC invoquant, pour solliciter la garantie de la société CEBTP-Solen, une faute de celle-ci, la cour d'appel, en l'absence de lien contractuel entre ces parties, a, sans modifier l'objet du litige ni violer le principe de la contradiction, statué à bon droit sur cette demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que la société Eurisk avait confié à la société Solen une étude pathologique des sols de fondation comprenant une étude géotechnique du site, l'appréciation de l'origine des désordres et la définition des systèmes de confortement ou mesures de traitement adaptées aux sols rencontrés et à la construction existante, et que la société Solen avait mis en évidence la présence d'argiles gonflantes et rétractables constituant un facteur aggravant ou déclenchant, la cour d'appel a pu retenir que l'extension des désordres était prévisible, que la société Solen avait manqué à son obligation de conseil en ne mettant pas en garde son mandant, la société Eurisk, quant à cette possible extension et que cette faute contractuelle, en lien direct avec les dommages constatés en 2002, pouvait être invoquée sur le fondement délictuel, notamment par la société AMC tenue de financer de nouveaux travaux de reprise ;

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

Sur le premier moyen du pourvoi incident de la société Eurisk :

Attendu que la société Eurisk fait grief à l'arrêt de la condamner in solidum avec la société AMC, la société CEBTP-Solen et son assureur, la SMABTP, la société Arcadis ESG, venant aux droits de la société PSC, et son assureur, la société Axa à payer aux consorts Z...-A... la somme de 200 160, 57 euros, alors, selon le moyen :

[...]

Mais attendu, d'une part, que l'obligation de l'assureur dommages-ouvrage à préfinancer les travaux nécessaires à la réparation des désordres de nature décennale n'est pas limitée à la réalisation des seuls travaux permettant à l'ouvrage siège des désordres d'atteindre sans nouveaux désordres le délai de dix ans courant à compter de la réception initiale de cet ouvrage ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que la société Eurisk avait commis une faute dans son devoir de conseil ayant conduit à la réalisation de travaux insuffisants pour empêcher l'extension du premier désordre, la cour d'appel qui n'était pas tenue de rechercher si, bien informé

l'assureur dommages-ouvrage aurait préfinancé les travaux nécessaires, a pu décider que cette faute avait contribué à l'entier préjudice subi par les propriétaires ;

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

Sur le second moyen du pourvoi incident de la société Eurisk :

Attendu que la société Eurisk fait grief à l'arrêt de la condamner in solidum avec la société Arcadis ESG, venant aux droits de la société PSC, ainsi que son assureur, la société Axa, à garantir la société AMC de l'ensemble des condamnations mises à la charge de celle-ci, alors, selon le moyen :

[....]

Mais attendu qu'ayant retenu que la société Eurisk avait commis une faute dans l'exercice de la mission qui lui avait été confiée et que la société CMA était tenue de préfinancer de nouveaux travaux de réparation en raison de l'extension de désordres que les premiers travaux, auraient dû éviter s'ils avaient été bien évalués par la société Eurisk, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre la faute de l'expert et l'obligation de financer des travaux complémentaires imprévus ;

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

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Vu les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Arcadis ESG, venant aux droits de la société PSC, et son assureur, la société Axa in solidum avec la société AMC, la société Eurisk, la société CEBTP-Solen et son assureur, la SMABTP à payer aux consorts Z...-A... des sommes en réparation de leurs préjudices, l'arrêt retient, d'une part, que la société PSC a commis une faute de nature contractuelle à l'égard de la société Eurisk et de nature quasi délictuelle à l'égard des autres parties, et, d'autre part, que la faute de la société PSC est de nature délictuelle à l'égard des consorts Z...-A... ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société Eurisk invoquait une faute de la société PSC de nature délictuelle et que les consorts Z...-A... fondaient leur action contre la société PSC sur la garantie décennale des constructeurs, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige, a violé les textes susvisés ;

[....]

Nota : Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la nécessité pour l'assureur dommages-ouvrage de préfinancer des travaux de réparation efficaces. Selon la formule consacrée par la jurisprudence, il est désormais acquis que le maître d'ouvrage est en droit d'obtenir « le préfinancement des travaux de nature à mettre fin aux désordres » et il en résulte qu'une réfection insuffisante ou inefficace contraint l'assureur à indemniser les travaux complémentaires nécessaires (Cass. 3^e Civ., 18 février 2003, RDI 2004, p. 60, obs. P. Dessuet ; RGDA 2003, 311, note H. Périnet-Marquet – Cass. 3^e Civ., 7 juillet 2004, RDI 2004, p. 419, obs. P. Dessuet). Ceci reste vrai même lorsque les travaux initiaux ont été effectués à l'initiative du maître d'ouvrage dans le cadre de l'option qui lui est ouverte par les clauses-types en cas de non-respect des délais (Cass. 3^e Civ., 7 décembre 2005, mentionné dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2005, p.290 ; RGDA 2006, 126, note J.P. Karila ; RDI 2006, p. 32, obs. P. Dessuet ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 11, H. Groutel). Et l'assureur, pour ne pas avoir rempli ses obligations contractuelles, peut se voir condamné à des dommages intérêts au titre des préjudices subis par le maître d'ouvrage à la suite d'un « rapport d'expertise défectueux conduisant à un préfinancement imparfait » (Cass. 3^e Civ., 24 mai 2006, RDI 2006, p. 266, obs. P. Dessuet) ou en présence de troubles de jouissance consécutifs à des « travaux de reprise minimes préconisés par un rapport très succinct et dubitatif » (Cass. 3^e Civ., 11 février 2009, RDI 2009, p. 258, obs. G Leguay).

Le long et important arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 22 juin 2011 n'en est pas moins riche d'enseignements : il franchit un pas supplémentaire et conforte - si l'on ose dire - l'exigence d'efficacité des travaux de reprise en présence de nouveaux désordres se manifestant plus de dix ans après la réception. Il en tire également une série de conséquences quant aux responsabilités engagées à cette occasion.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il n'est pas inutile de s'arrêter un instant sur l'explication technique des désordres qui ont en l'espèce donné lieu à réclamation, et ceci afin de mieux cerner la portée de la décision. Il s'agissait d'une difficulté parfaitement connue par les praticiens et qui est à l'origine d'une forte sinistralité dans l'histoire de l'assurance construction en France, à savoir la présence dans le sol d'argiles gonflantes. Ces dernières sont très sensibles au degré d'hydrométrie du sol, c'est-à-dire que leur volume augmente avec la quantité d'eau et que, à l'inverse, elles se rétractent en cas de sécheresse. Quand des investigations géotechniques mettent en évidence la présence d'argiles gonflantes, il est absolument nécessaire de tenir compte de ce constat dans la conception de l'ouvrage et plus particulièrement de ses fondations. Cela peut se traduire par la nécessité de prévoir des fondations profondes permettant d'atteindre le substratum et évitant ainsi que la construction ne subisse les effets des phénomènes de retrait-gonflement (pour d'intéressantes précisions techniques, voir le site www.argiles.fr qui a été mis en ligne par le BRGM afin de fournir de l'information sur cette sinistralité et d'en favoriser la prévention).

En l'occurrence, les premiers désordres, consistant en un affaissement du dallage intérieur, se sont manifestés en 1997 dans une maison individuelle dont la construction avait été réceptionnée en 1989. L'expert désigné par l'assureur dommages-ouvrage, après avoir fait intervenir un géotechnicien, déposa un rapport qui conduisit l'assureur à financer des travaux de réparation strictement limités aux désordres déjà constatés, sans reprise du mode de fondation et donc sans que soit traitée la cause réelle du sinistre. En 2002, plus de dix ans après la réception initiale, de nouveaux désordres apparaissent qui affectent cette fois les murs périphériques de la villa et dont les juges du fond estiment qu'ils constituent une extension du désordre initial. Selon la cour d'appel, l'assureur pouvait savoir que les désordres se propageraient aux murs, cette extension était donc prévisible et ne serait pas produite si les travaux de reprise des désordres de 1997 avaient été suffisants.

Telles sont les circonstances qui conduisent la Cour de cassation à prendre position sur deux questions importantes en pratique et d'un grand intérêt théorique, la première touchant à l'étendue de l'obligation de l'assureur dommages-ouvrage et la seconde aux responsabilités encourues par les différents professionnels qui interviennent à l'occasion des travaux de réfection.

1) Etendue de l'obligation de l'assureur dommages-ouvrage

a) Une réparation pérenne et efficace

En confirmant que l'assureur dommages-ouvrage doit préfinancer la totalité des travaux nécessaires à la réparation des désordres, la Cour adopte une solution dont la justification a déjà été soulignée à plusieurs reprises et qui semble faire l'objet d'un assez large consensus en doctrine. Conformément aux principes généraux posés par Adrien Spinetta (voir le rapport de la Commission interministérielle intitulé « proposition pour une réforme de l'assurance construction », la Documentation Française, Paris 1976), la finalité du système à double détente est de permettre une réparation rapide et définitive de la totalité des désordres pouvant affecter la chose assurée (J.P. Karila RGDA 2006, 127 ; G. Leguay, RDI 2009, 258). Cette solution est parfaitement cohérente avec celle qui impose à l'assuré d'affecter l'indemnité versée par l'assureur dommages-ouvrage au paiement des travaux de réparation (Cass. 3^e Civ., 17 décembre 2003, Défrénois 2005, 72, obs. H. Périnet-Marquet ; RDI 2004, p. 55, obs. G. Leguay). La corrélation entre montant de l'indemnité dommages-ouvrage et réalisation effective des travaux de réparation se traduit, pourrait-on dire, à la fois par un droit et par une obligation. « Il est logique et équitable que, si les travaux sont exécutés, l'assuré, qui s'est lui-même conformé à son obligation, puisse compter sur leur efficacité » (H. Groutel, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 101 ; voir dans le même sens le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2005, p. 291).

Il est donc inutile d'insister davantage sur cette solution de principe et sa pleine justification par les spécificités de l'assurance construction obligatoire. En revanche, et comme cela a déjà été indiqué, la présente décision est plus qu'une simple confirmation : elle donne lieu à plusieurs affirmations qui méritent d'être comparées à celles utilisées jusqu'alors par la Cour de cassation.

Tout d'abord, la réparation préfinancée par l'assureur dommages-ouvrage ne doit plus seulement être efficace, elle doit également être pérenne. L'ajout de ce second qualificatif, qui pourrait sembler de peu d'importance dans la mesure où l'efficacité s'apprécie nécessairement dans la durée, introduit en réalité une précision complémentaire : l'assureur est tenu de préfinancer les travaux nécessaires à la non aggravation des dommages garantis, et ce alors même que l'aggravation litigieuse est postérieure à l'expiration du délai de dix ans à compter de la réception. Un peu plus loin, à l'occasion de la mise en cause de la responsabilité civile de l'expert, la même idée est exprimée sous une forme légèrement différente : l'obligation de l'assureur de dommages n'est pas limitée à la seule réalisation des travaux permettant à l'ouvrage siège des désordres d'atteindre sans nouveaux désordres le délai de dix ans.

Ces précisions sont d'autant plus significatives qu'il existe en l'occurrence une différence quant à la forme sous laquelle se manifestent les premiers dommages et ceux apparus au-delà de la période décennale : affaissement du dallage intérieur dans un premier temps, fissuration des murs périphériques dans un second. Il s'agit sans doute de la même pathologie, mais certainement pas des mêmes symptômes ! Notons à ce sujet qu'une lecture attentive de l'arrêt ne permet pas de savoir si le dallage lui-même a subi un nouvel affaissement en 2002.

Que peut-on penser ? A notre avis, la solution retenue est parfaitement logique et s'inscrit de façon heureuse dans la continuité des précédentes décisions. Pour s'en convaincre, il est possible d'adopter un raisonnement par l'absurde. L'expert désigné par l'assureur dommages-ouvrage est en charge, selon les clauses-types, de décrire « les caractéristiques techniques du sinistre » et, selon la jurisprudence, de préconiser « des travaux de nature à mettre fin aux désordres ». Comment pourrait-il ne pas s'intéresser à l'origine du sinistre, en l'occurrence à la mauvaise adaptation de l'ouvrage au sol compte tenu de la présence d'argiles gonflantes ? Et une fois la cause technique des désordres identifiée, peut-on imaginer que les travaux financés par l'assureur en fassent abstraction et se contentent, en quelque sorte, de boucher les trous, ici de replacer le dallage alors que la construction subira inévitablement les conséquences de nouveaux phénomènes de retrait-gonflement ? Ce ne serait évidemment conforme ni à l'esprit ni à la lettre des textes. On pourra peut-être objecter que la durée décennale est un délai d'épreuve, mais précisément, dans cette hypothèse, un sinistre dont la cause est identifiable s'est bien manifesté sous forme de désordres de gravité décennale avant que les dix années ne se soient écoulées.

D'ailleurs, la Cour de cassation admet, dans le cas particulier du respect des règles parasismiques, qu'un facteur d'ores et déjà avéré et certain de perte de l'ouvrage constitue un dommage de nature décennale (Cass. 3^e Civ., 25 mai 2005, RDI 2005, p. 249, obs. P. Dessuet ; RDI 2005, p. 297, obs. Ph. Malinvaud ; sur l'ensemble de la question, voir obs. Ph. Malinvaud, RDI 2011, p. 169). Elle a ainsi réaffirmé très récemment : « Le dommage consistant dans la non-conformité de l'ouvrage aux règles parasismiques obligatoires dans la région où il se trouve est un facteur certain de perte par séisme, qui compromet sa solidité et le rend impropre à sa destination » (Cass. 3^e Civ., 25 mai 2011, Dalloz actualité, 25 juin 2011, note F. Garcia). Le parallèle a certes ses limites, compte tenu de la dangerosité attachée spécifiquement au risque de séisme, mais il n'en reste pas moins révélateur. Il serait absurde de conditionner en toute hypothèse la mise en jeu de la garantie décennale à la réalisation effective d'un sinistre matériel que l'on sait inéluctable.

Le caractère prévisible des nouveaux désordres aurait donc pu sembler suffisant en l'occurrence pour justifier la condamnation. Néanmoins, la Cour ne se contente pas de ce constat et prend soin de relever que, selon les juges du fond, « les désordres trouvent leur siège dans un ouvrage où un désordre de même nature avait été constaté ». La formulation adoptée est celle-là même que la jurisprudence judiciaire utilise désormais pour conditionner l'application de la responsabilité décennale aux dommages évolutifs (Cass. 3^e Civ., 18 janvier 2006, Défrénois 2006, p. 1503, note H. Périnet-Marquet ; RDI 2006, p. 108, obs. G. Leguay ; RDI 2006, p. 133, obs. Ph. Malinvaud - Cass. 3^e Civ., 24 mai 2006, RDI 2006, p. 379, obs. Ph. Malinvaud).

b) Des dommages évolutifs ?

La référence à une unicité de siège entre les désordres initiaux et ceux qui se sont manifestés après l'expiration du délai décennal semble en l'espèce particulièrement malencontreuse. Même si la formule jurisprudentielle n'est pas dénuée d'ambiguïté, le siège des désordres ne doit-il pas être compris comme le lieu de leur manifestation, c'est-à-dire l'ouvrage ou plus précisément la partie d'ouvrage affectée par le sinistre (voir les notes précitées de Ph. Malinvaud et H. Périnet-Marquet) ? Ici, ce n'est pas le siège des nouveaux désordres, mais bien leur origine ou leur cause technique, qui permet de les regarder comme une simple extension des dommages initiaux. A vrai dire, nous serions plutôt en présence de désordres se manifestant différemment (un affaissement d'une part et des fissurations de l'autre) et trouvant leur siège dans deux parties d'ouvrage distinctes (le dallage et les murs périphériques).

Pourquoi, alors, cette justification peu adaptée aux circonstances de l'espèce ? On comprend aisément que se pose une question de cohérence du droit positif. Certes, comme l'a relevé un auteur (voir notes de P. Dessuet sous l'arrêt du 18 février 2003 précité, RDI 2004, p.60 et celui du 7 décembre 2005, RDI 2006, p.33), il ne faut pas confondre la question des dommages évolutifs et celle de l'efficacité des travaux de reprise à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, du moins lorsque le désordre mal réparé se manifeste à nouveau sans avoir évolué en gravité ou en étendue. Mais précisément, en l'occurrence, et contrairement aux précédentes situations dans lesquelles la Cour a eu l'occasion de se prononcer, les nouveaux désordres sont loin d'être la reproduction à l'identique des premiers. Il semblerait dès lors délicat d'admettre qu'ils relèvent de l'assurance de dommages obligatoire, alors qu'ils n'entreraient pas dans la définition des dommages évolutifs en vertu des règles relatives à la responsabilité des constructeurs. Ce serait admettre que la dommages-ouvrage, dans ce cas de figure, n'est plus une assurance de préfinancement.

Bien que cela n'ait pas été le cas en l'espèce, un recours aurait pu être exercé contre les constructeurs initiaux au titre des nouveaux désordres et la jurisprudence ne permet pas aux débiteurs de la responsabilité décennale de tirer argument de l'insuffisance des travaux initiaux : « hors le cas de fraude établie, l'assureur dommages-ouvrage, chargé par la loi de préfinancer la reprise des désordres qui affectent l'immeuble assuré, n'est pas tenu, à l'égard des participants à l'opération de construction responsables de ces désordres, de garantir l'efficacité des travaux qu'il finance, avec l'accord des autres parties, au vu du rapport de l'expert, lequel n'est pas son mandataire » (Cass. 1^{ère} Civ., 18 décembre 2001, RGDA 2002, 124, note J.P. Karila).

Autrement dit, les deux problématiques - celle de l'étendue de l'obligation de l'assureur dommages ouvrage et celle de la responsabilité décennale des constructeurs en présence de dommages évolutifs - peuvent se recouper. Et il est évidemment souhaitable qu'elles ne donnent pas lieu à des solutions divergentes.

A cet égard, on a le sentiment que le renforcement constant des obligations de l'assureur dommages-ouvrage au titre de la nécessaire efficacité des travaux de reprise vient en quelque sorte bousculer la conception très restrictive adoptée par la jurisprudence judiciaire sur le terrain des dommages évolutifs.

En reprenant chronologiquement les cinq précédents judiciaires qui ont été cités en introduction, on constate en effet qu'ils marquent une forte évolution du droit positif en l'espace de quelques années.

- Le 18 février 2003, la Cour de cassation décide qu'un assureur DO qui a versé une indemnité insuffisante ne peut refuser de prendre en charge les travaux nécessaires pour remédier à des désordres qui n'étaient pas des désordres nouveaux. Néanmoins, la Cour censure les juges du fond pour avoir condamné l'assureur à des dommages et intérêts, ce dernier n'étant pas tenu de garantir les dommages immatériels.

- Le 7 juillet 2004, la motivation adoptée est plus ferme et précise que l'assureur doit assurer le préfinancement des travaux jusqu'à réparation intégrale.

- L'arrêt de cassation du 7 décembre 2005 est clairement une décision de principe. Il réaffirme que le maître de l'ouvrage est en droit d'obtenir le préfinancement des travaux de nature à mettre fin aux désordres, alors même, comme cela a déjà été souligné, que la première réparation avait été effectuée à l'initiative de l'assuré.

- Le 24 mai 2006, non seulement le principe est confirmé, mais l'assureur est également condamné, pour ne pas avoir rempli ses obligations contractuelles, à prendre en charge les pertes d'exploitation subies par le maître d'ouvrage.

- Enfin, l'arrêt du 11 février 2009 confirme, par une cassation, que l'assureur doit préfinancer des travaux efficaces et que le non-respect de cette obligation contractuelle justifie sa condamnation à indemniser le maître d'ouvrage des préjudices qui en résultent.

La présente décision, qui s'inscrit dans le droit fil des précédents arrêts, étend l'obligation de l'assureur au-delà du délai décennal en présence de désordres prévisibles et qui aurait pu être évités. Ne pourrait-elle se traduire par un infléchissement de la jurisprudence relative aux dommages évolutifs ? Pour notre part, nous le souhaiterions.

Au risque de paraître schématique sur cette délicate question des dommages évolutifs, quelles sont, en effet, les orientations possibles ?

- Soit prendre en compte les désordres nouveaux qui peuvent être regardés comme l'aggravation, la suite ou la conséquence des désordres initiaux. C'est en ce sens que s'est prononcée pendant longtemps la Cour de cassation (Cass. 3^e Civ., 11 mai 2000, RDI 2000, p. 344, obs. Ph. Malinvaud), avant d'estimer que cette simple condition « aboutissait à garantir des désordres nés bien après l'expiration du décennal » (rapport de la Cour de cassation pour l'année 2006, p. 325).

- Soit s'inscrire dans la même logique, mais en se référant au critère de la prévisibilité. Le Conseil d'Etat décide ainsi que « les dommages apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, qui sont de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent la responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie décennale, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans » (CE, 31 mai 2010, Commune de Parnes, RLCT 2010/60, n°1716, note E. Glaser ; Lebon 2010, n°317006 ; l'arrêt a été rendu à propos d'un dommage qu'il conviendrait à notre sens de qualifier de futur, mais sa motivation est en tout état de cause assez large pour s'appliquer également aux dommages évolutifs - CE, 13 janvier 1984, OPHLM de Firminy, Rec. CE, 672). L'arrêt commenté du 21 juin 2011, quant à lui, relève que la cour d'appel « avait souverainement retenu que l'extension de ce désordre était prévisible ».

- Soit introduire une condition supplémentaire, comme l'a admis la Cour de cassation en exigeant que les désordres « trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté » (Cass. 3^e Civ., 18 janvier 2006 précité), condition dont on constate qu'elle est d'une application difficile.

En toute hypothèse, la question fondamentale est donc de savoir comment caractériser le lien entre le dommage initial et son extension ou aggravation. A notre avis, la logique et l'équité conduisent à s'attacher au critère de la causalité technique et de la prévisibilité. Ni sur le terrain de l'engagement de l'assureur dommages-ouvrage, ni sur celui de la responsabilité décennale des constructeurs, il n'est satisfaisant de regarder comme suffisante une réparation strictement limitée au traitement des dommages constatés avant l'expiration du délai, dès lors qu'elle néglige l'origine du phénomène observé, c'est-à-dire sa cause technique, et que de nouveaux désordres sont prévisibles (1).

Notons enfin que le caractère prévisible des nouveaux désordres est une condition supplémentaire qui vient renforcer et préciser le critère de l'unicité de cause technique. Pour qu'une extension ou aggravation d'un dommage soit jugée prévisible, il est nécessaire qu'on soit en présence de la même cause technique, mais ce n'est pas suffisant : de nouveaux désordres peuvent se manifester tardivement, avoir la même origine technique que des désordres apparus durant la période décennale, sans pour autant avoir été prévisibles à l'époque du sinistre initial.

Cette notion de prévisibilité renvoie d'ailleurs au rôle central de l'expertise technique.

Un argument juridique peut d'ailleurs être soulevé en faveur de l'abandon de toute condition se rattachant à la notion de siège. Il s'agit de l'article L. 124-1-1 du Code des assurances introduit par la loi du 1 août 2003 dite de sécurité financière et dont l'objet est de définir le sinistre en assurance de responsabilité. Rappelons-en les termes : « constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique ». Cette définition s'applique à toutes les assurances de responsabilité, y compris par conséquent l'assurance décennale obligatoire, contrairement à l'article L. 124-5 relatif au déclenchement de la garantie dans le temps.

A travers une rédaction complexe, le texte de cet article fait à l'évidence jouer un rôle central à la notion de cause. Certes cette disposition ne concerne que le droit de l'assurance et n'a donc pas vocation à fixer les règles qui régissent la responsabilité des constructeurs. Néanmoins, dans un domaine où responsabilité et assurance sont étroitement liées, ne serait-il pas souhaitable de s'en inspirer et d'adopter les mêmes principes de solution ?

2) Travaux de réparation et responsabilités des différents acteurs

a) La responsabilité de l'expert

Si l'assurance dommages-ouvrage est ici conduite, comme cela a été joliment dit, à déployer ses effets au-delà de l'expiration du délai décennal (T. de Ravel d'Esclapon, note sous le présent arrêt, Dalloz actualités, 12 juillet 2011), c'est évidemment en raison de l'insuffisance des travaux de réparation préconisés par l'expert intervenu à l'occasion des premiers désordres. Rappelons que ce professionnel, qui joue un rôle essentiel dans la mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage, est parfois qualifié d'expert mixte (G. Leguay, Dalloz Action, droit de la construction 2010/2011, sous la Direction de Ph. Malinvaud, 11253). Il est certes désigné par l'assureur, mais doit néanmoins remplir une mission fixée avec précision par les clauses-types dans un esprit d'indépendance et d'objectivité.

Que sa responsabilité ait été retenue en l'espèce n'a donc rien de surprenant. La condamnation prononcée est l'occasion, en quelque sorte, d'un rappel à l'ordre, à notre sens fort bienvenu. De manière surprenante, et disons-le, assez choquante au regard de la lettre et de l'esprit des textes en vigueur, la société Eurisk prétendait en effet que « l'expert missionné en vue de la mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage n'est tenu de préconiser que les travaux, incombant à cet assureur, devant assurer la solidité de l'ouvrage dans le délai de la garantie décennale » et que « les travaux préconisés avaient atteint leur objectif ».

C'était admettre, non seulement une conception restrictive de la garantie délivrée par l'assureur dommages-ouvrage, mais encore une absence de responsabilité de l'expert vis à vis du maître d'ouvrage. Cette conception minimaliste est écartée par la Cour de cassation qui sanctionne l'expert pour violation de son devoir de conseil.

Le pourvoi reprochait également aux juges du fond de n'avoir caractérisé ni le lien de causalité, ni l'existence du dommage directement causé par la faute. Mais la Cour de cassation, là aussi de manière à notre avis tout à fait justifiée, rappelle que, dans les rapports entre l'expert et le demandeur, c'est-à-dire en l'occurrence le propriétaire, la faute constatée avait contribué à la réalisation de l'entier préjudice, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'attitude qui aurait été celle de l'assureur dommages-ouvrage s'il avait été correctement informé.

b) La responsabilité du géotechnicien

Cette décision est aussi l'occasion de voir mise en cause la responsabilité du géotechnicien intervenu à la demande de l'expert. Trois remarques à ce sujet.

Tout d'abord, le contenu de la mission qui avait été confiée par l'expert au géotechnicien mérite quelques explications. La cour d'appel relève en effet que ce dernier devait effectuer une étude pathologique des sols de fondation, mission de type G0+G32. Cette référence renvoie à la nomenclature des missions géotechniques qui fait aujourd'hui l'objet de la norme NFP 94-500 (à ce sujet, voir le site de l'Union Syndicale Géotechnique www.u-s-g.com ; voir également notre article sous CAA Lyon, 7 octobre 2010, Sté Fondasol, n°07LY01210, RGDA à paraître). Néanmoins, compte tenu de la date des faits, la norme n'était pas encore applicable et c'est donc au canevas de missions adopté à l'époque par les professionnels qu'il convient de se référer. Celui-ci définissait la mission G0 comme l'exécution des sondages et la mission G32 comme une expertise géotechnique consécutive à l'apparition d'un sinistre (voir www.cea-assurances.fr, base documentaire, Balises n°3, p. 3, « Canevas de missions »). C'est aujourd'hui la mission G5 qui s'applique au diagnostic géotechnique d'un ouvrage sinistré.

En second lieu, quant à l'appréciation de la faute en l'espèce, notons une certaine sévérité de la part des magistrats. Dans la mesure où le géotechnicien était en relation contractuelle avec un professionnel, lui-même expert dans la pathologie du bâtiment, n'avait-il pas rempli son obligation de conseil en signalant la présence d'argiles gonflantes constituant un facteur aggravant ou déclenchant ? L'expert n'était-il pas nécessairement conscient des conséquences de ces constatations et du caractère inéluctable de la survenance de nouveaux désordres compte tenu de la mauvaise adaptation de l'ouvrage au sol ?

Enfin, en ce qui concerne la qualification juridique de la responsabilité engagée, la faute commise par le bureau d'études de sol consistait à ne pas avoir mis en garde son cocontractant sur le caractère prévisible de l'extension des désordres et à avoir ainsi manqué à son devoir de conseil. Il s'agissait donc, conformément à une jurisprudence bien établie, d'une faute contractuelle pouvant être invoquée par les tiers sur le fondement de la responsabilité délictuelle (Ass. Plén., 6 octobre 2006, D. 2006, J. 2825, note G. Viney; RDI 2006, p. 504, obs. Ph. Malinvaud).

c) La responsabilité du repreneur

Le dernier intervenant dont la responsabilité est recherchée, à l'occasion de cette affaire complexe et instructive, est l'entreprise chargée de la réalisation matérielle des travaux de réparation du premier sinistre.

C'est le seul aspect de l'arrêt d'appel qui donne lieu à cassation, et ce au visa des articles 4 et 5 du Code de procédure civile, pour modification de l'objet du litige. La responsabilité du repreneur était en effet recherchée en premier lieu par l'expert sur le fondement d'une faute de nature délictuelle et en second lieu par les propriétaires sur le terrain de la responsabilité décennale. Les juges du fond avaient retenu dans le premier cas une faute de nature contractuelle et dans le second une faute de nature délictuelle, ce qui entraîne la censure de leur décision.

En l'absence de tout lien contractuel entre le repreneur et l'expert, il est naturel que le fondement de la réclamation formulée par ce dernier ne puisse être que délictuel. En revanche, la mise en cause par les propriétaires soulève une question intéressante. Même si ce point ne pourra être tranché définitivement que par la cour de renvoi, l'arrêt ouvre la voie à la possibilité d'un cumul : la responsabilité décennale de l'entreprise intervenue au titre des travaux de réfection est susceptible d'être engagée, alors même que la garantie décennale attachée aux travaux initiaux produit encore ses effets, les désordres nouveaux n'étant qu'une extension du sinistre initial.

Cette perspective, assez nouvelle, a déjà été étudiée par un auteur (G. Leguay, note précitée sous l'arrêt du 11 février 2009, RDI 2009, p. 258). Nous nous contenterons de reprendre sa principale conclusion. Si, comme cela aurait dû être le cas, les travaux de reprise avaient fait l'objet de la souscription d'une nouvelle assurance dommages-ouvrage, deux contrats d'assurance de chose de même nature auraient pu être mobilisés pour la prise en charge des mêmes désordres, ceux apparus après travaux de réfection. Il s'agirait alors d'une hypothèse de cumul d'assurances au sens de l'article L. 121-4 du Code des assurances.

Jean Roussel