

# REVUE GÉNÉRALE DU DROIT DES ASSURANCES

Secrétaire de rédaction  
Richard GHUELDRE

Directeurs  
Jérôme KULLMANN  
Luc MAYAUX

Directeur honoraire  
Jean BIGOT

## DOCTRINE

→ Les dispositions applicables en matière de développement durable dans la construction et leurs conséquences en matière de responsabilité et d'assurance – par P. Dessuet

## COMMENTAIRES

### ASSURANCES EN GÉNÉRAL

→ La victime n'est pas tenue de limiter ses préjudices immatériels dans l'intérêt du responsable – par A. Pélissier

### ASSURANCE AUTOMOBILE

→ Flotte automobile : toute sortie du parc des véhicules assurés requiert l'accord écrit de l'assuré – par J. Landel → La validation implicite des offres successives par la Cour de cassation – par J. Landel

### ASSURANCE CONSTRUCTION

→ *Bis repetita* ? Interruption du délai de forclusion décennale par l'assignation en référé expertise de l'assureur / Subrogation par anticipation par la prise en compte du paiement effectué par celui-ci avant que le juge n'ait statué – par J.-P. Karila → Garantie de l'assureur avant réception des travaux après résiliation du contrat conclu avec l'entrepreneur / Non-respect des délais de l'article L. 242-1 du Code des assurances : recours subrogatoire de l'assureur ? Oui à raison du caractère limitatif et exclusif des sanctions édictées par ce texte – par J.-P. Karila

### ASSURANCES DE PERSONNES

→ Assurance emprunteur de groupe et perte de chance de contracter une assurance plus complète : quand ça veut pas, ça veut pas... – par A. Pimbert → Date du dommage résultant du manquement de la banque à son obligation d'éclairer l'emprunteur et prescription de l'action : ne nous fâchons pas ! – par A. Pimbert

### ASSURANCES DE RISQUES DIVERS

→ Le transfert de propriété du véhicule volé à l'assureur vaut renonciation à la condition de la garantie vol – par A. Pélissier → Covid-19 : exclusion – par J. Kullmann

### PROCÉDURE

→ Irrecevabilité devant le juge répressif de l'exception tirée de la nullité du contrat d'assurance automobile obligatoire – par R. Schulz

# REVUE GÉNÉRALE DU DROIT DES ASSURANCES

**Fondateurs** : Maurice Picard et André Besson

**Directeur honoraire** : Jean Bigot

**Directeurs** : Jérôme Kullmann  
et Luc Mayaux

**Secrétaire de rédaction** : Richard Ghueldre,  
Directeur-adjoint de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine,  
docteur en droit, avocat

## Comité de rédaction

**Jean Bigot**

Professeur émérite de l'université Paris I

**Sarah Bros**

Professeur à l'université Paris-Dauphine PSL, directrice de l'institut des Assurances de Paris-Dauphine

**Marc Bruschi**

Professeur à l'université d'Aix-Marseille, directeur de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille

**Pascal Dessuet**

Chargé d'enseignement à l'université Paris Est-Créteil Val-de-Marne (Paris 12)

**Frédéric Douet**

Professeur à l'université de Rouen - Normandie

**Élisabeth Fortis**

Professeur à l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense

**Vincent Heuzé**

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), directeur de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

**Jean-Pierre Karila**

Avocat, professeur à l'ICH, chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

**Laurent Karila**

Avocat, chargé d'enseignement à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

**Jérôme Kullmann**

Professeur émérite de l'université Paris Dauphine PSL (Paris 9), président-fondateur de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

**Sophie Lambert**

Maître de conférences à Aix-Marseille université

**James Landel**

Conseiller scientifique au Dictionnaire Permanent Assurances

**Daniel Langé**

Professeur émérite à l'université François-Rabelais (Tours)

**Vincent Maleville**

Rédacteur au Dictionnaire Permanent Assurances, rubrique « Professions médicales »

**Luc Mayaux**

Professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3), directeur de l'Institut des assurances de Lyon

**Gilbert Parleani**

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

**Anne Péliissier**

Professeur à l'université Montpellier 1, directeur du master II Droit des Assurances

**Agnès Pimbert**

Maître des conférences HDR à la faculté de droit de Poitiers, codirectrice du master droit des assurances

**Benjamin Remy**

Professeur à l'université de Poitiers, chargé d'enseignements à l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

**Jean Roussel**

Chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris Dauphine, directeur du centre d'études d'assurances

**Romain Schulz**

Avocat, docteur en droit, diplômé de l'Institut des Assurances de Paris

**Franck Turgné**

Docteur en droit, maître de conférences associé à l'université Paris Est - Créteil Val-de-Marne (Paris 12)

Revue éditée par Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris – La Défense (CEDEX)

*P-DG, Directeur de la publication* : Bruno Vergé  
*Directrice générale déléguée* : Emmanuelle Filiberti  
*Responsables d'édition* : Constance Bonnier et Stéphane Valory

Rédaction :  
Tél. : 01 40 93 40 00  
e-mail : redaction.rgda@lextenso.fr

Relation clients : Tél. : 01 40 93 40 40  
Fax : 01 41 09 92 10  
e-mail : abonnements@lextenso.fr

| TARIFS 2021 (TTC)   | FRANCE   | EXPORT   |
|---------------------|----------|----------|
| <b>Prix au N° :</b> | 35,74 €  | 40,00 €  |
| <b>Abonnement :</b> |          |          |
| Journal (11 n°)     | 379,81 € | 428,00 € |

(chèques et virements à l'ordre de Lextenso)

Commission paritaire 0323 T 82836  
ISSN 1273-3407  
Dépôt légal : à parution  
Imprimé par Dupliprint Mayenne - 733, rue Saint Léonard,  
53101 Mayenne CEDEX sur des papiers produits aux Pays-Bas  
et en Espagne, issus de forêts gérées durablement ;  
0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire :  
146 g éq. CO<sub>2</sub>  
Reproduction, même partielle, interdite, sauf exceptions prévues par la loi.



# Éditorial

Par Jérôme Kullmann  
Professeur émérite de l'université  
Paris Dauphine PSL (Paris 9),  
président-fondateur de l'Institut des  
Assurances de Paris Dauphine

## Exclusion et Covid-19 : un premier arrêt d'appel à côté de la plaque juridique

**A**près le folklore de certains jugements de tribunaux de commerce (et le sérieux de quelques autres), on attendait avec intérêt le premier arrêt d'appel. Rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 25 février 2021 (voir *infra* RGDA mars 2021, n° 118g5), il est accompagné d'un communiqué de presse auquel il est possible de faire

écho par un bref éditorial. Quatre constats, attachés au caractère limité de l'exclusion litigieuse, peuvent être dressés.

### 1. La commune intention des parties ne mérite pas d'être évoquée

L'assureur n'a pas voulu garantir les pertes d'exploitation en cas d'épidémie dépassant le cadre de l'établissement assuré : c'est l'objet même de la clause d'exclusion. Raison évidente : si l'épidémie se développe dans tout le département, et au-delà, tous les contrats devront être mis en œuvre en une très brève période. Or, quelle prime a été effectivement perçue auprès de chaque assuré ? Celle qui correspond à une garantie restreinte par l'exclusion. Quel aurait été le montant de celle correspondant à une garantie élargie, c'est-à-dire sans l'exclusion ? Aucune entreprise n'aurait eu les moyens de la payer. Il suffit de se référer aux divers projets d'assurance des pertes d'exploitation délivrées sans les limites actuellement prévues par les contrats. À ce propos, les restaurateurs proposent-ils des menus complets pour le prix d'une entrée ?

De son côté, l'assuré a-t-il vraiment pensé que le contrat couvrait le risque d'épidémie au-delà de son propre établissement ? Si oui, pourquoi a-t-il signé le contrat avec la clause limitant la garantie assortie de l'exclusion ?

Bref, est peu crédible celui qui soutient que la commune intention des parties a été de garantir les pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative pour une épidémie qui dépasse l'établissement assuré. Toutefois, la notion même de commune intention des parties n'a visiblement plus aucun intérêt : l'arrêt ne l'évoque même pas. Seul compte ce que l'assuré déclare être son intention au moment du procès.

### 2. Le village et la ville, oui, mais le département, non

L'exclusion aurait été limitée si elle avait visé un village ou une ville, mais en l'espèce, elle ne l'est pas puisqu'elle mentionne « un territoire particulièrement vaste » : le département. Le raisonnement force l'admiration. Pour un établissement parisien, l'exclusion qui viserait « la ville » serait limitée (2 millions d'habitants). En revanche, pour une entreprise de Mende, l'exclusion qui cite « le département » est nulle car non limitée : la Lozère est si vaste qu'elle comprend 76000 habitants. Les applications du principe provoquent le rire ou les larmes... notamment pour Paris. Ville et département sont identiques : exclusion valable si elle cite la première, mais nulle si elle vise le second.

### 3. L'absence de sinistre prouve que la garantie n'a pas de substance


L'assureur ne présente aucune pièce montrant un cas où sa garantie aurait joué en cas d'épidémie. Déduction foudroyante : pas de sinistre indemnisé... la garantie n'a donc pas de substance. Une vérité assez basique n'est visiblement pas venue à l'esprit : le cœur du contrat d'assurance se situe dans un événement futur et de réalisation *incertaine*. Cela semble ici totalement dépourvu d'importance. Il faut croire qu'il est impossible qu'à l'occasion d'une fête organisée dans un restaurant, une épidémie de ceci ou de cela prenne naissance. Les « clusters » n'existent pas. En raison de l'exclusion, la garantie n'a tout bonnement pas d'objet. On se croirait au Royaume-Uni, lorsque voici une bonne trentaine d'années, un assureur avait mis sur le marché un contrat d'assurance qui garantissait le paiement d'une somme d'argent aux femmes assurées contre le risque d'être enceinte des œuvres du Saint Esprit...

### 4. Une nouvelle exclusion radicale dans le contrat suivant ? Le risque précédemment et partiellement exclu était donc garanti sans restriction.

L'assureur établit-il un avenant excluant le risque de pertes d'exploitation en cas d'épidémie ? Est ainsi démontré que l'ancienne exclusion, relative au département, n'était pas limitée. En conséquence, la garantie couvrait les pertes d'exploitation même en cas de fermeture nationale... Combien de fois faudra-t-il répéter que c'est le contrat litigieux qui doit être scruté, et qu'en l'occurrence, c'est précisément en raison de la jurisprudence qui a annulé à tort et à travers des exclusions formelles que l'on est arrivé à la situation issue des avenants : tout risque de fermeture de l'établissement assuré est désormais exclu dès lors qu'une épidémie figure dans la séquence des événements. Beau résultat.

# Sommaire

## SOMMAIRE DE LA REVUE DE MARS 2021

 Le numéro du type 110c7 suivant le pictogramme ci-contre permet aux abonnés en ligne de retrouver directement l'article concerné sur le site [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr)

## Veille P. 5 À 5

## Doctrine

P. 6 Les dispositions applicables en matière de développement durable dans la construction et leurs conséquences en matière de responsabilité et d'assurance

■ Depuis les travaux du Grenelle de l'environnement, les textes se sont multipliés pour faire en sorte que les immeubles bâtis ou à construire s'intègrent dans une logique de développement durable. Souvent à caractère programmatique avec une portée opérationnelle en devenir, ils ont pour point commun de favoriser, voire d'imposer la réalisation de travaux visant à satisfaire à des critères de performance environnementale, sans ne s'interroger jamais sur le traitement juridique en termes de responsabilité et d'assurance de leur pathologie sur la durée, ce qui pourrait bien à terme constituer un frein à leur développement.

par Pascal Dessuet

## Commentaires

### Assurances en général

P. 23 La victime n'est pas tenue de limiter ses préjudices immatériels dans l'intérêt du responsable

■ Indemnité due par l'assureur ; Chômage partiel des salariés non demandé par l'employeur de l'entreprise ; Demande de prise en compte par l'assureur ; Demande ayant pour objet de réduire les indemnités d'assurance ; Dispositif facultatif et soumis à l'appréciation de l'administration ; Obligation pour l'auteur d'un dommage d'en réparer toutes les conséquences ; Victime non tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ; Rejet de la demande de l'assureur

par Anne Pélissier

### Assurance automobile

P. 27 Flotte automobile : toute sortie du parc des véhicules assurés requiert l'accord écrit de l'assuré

■ Véhicule impliqué dans un accident ; Véhicule antérieurement sorti du parc des véhicules assurés ; Art. L.112-3 C. assur. ; Preuve de la modification du contrat d'assurance ; Véhicule ne figurant plus sur la liste des véhicules assurés ; Preuve (non) ; Écrit nécessaire : avenant signé par les parties, écrit émanant de l'assuré ou commencement de preuve par écrit ; Garantie due

par James Landel

**P. 30** La validation implicite des offres successives par la Cour de cassation

■ Offre non tardive mais incomplète suivie d'une offre tardive mais complète ; Art. L. 211-9 et L. 211-13 C. assur. ; Assiette de la pénalité du doublement de l'intérêt légal : somme allouée par le juge (non) ; Somme offerte par l'assureur (oui)

par James Landel

## Assurance construction

**P. 33** *Bis repetita* ? Interruption du délai de forclusion décennale par l'assignation en référé expertise de l'assureur / Subrogation par anticipation par la prise en compte du paiement effectué par celui-ci avant que le juge n'ait statué

■ Forclusion décennale ; Interruption ; Assignation en référé expertise délivrée par l'assureur DO ; Assureur DO non encore subrogé dans les droits de son assuré lors de l'assignation ; Interruption s'il a payé l'indemnité avant que le juge du fond n'ait statué

par Jean-Pierre Karila

**P. 36** Garantie de l'assureur avant réception des travaux après résiliation du contrat conclu avec l'entrepreneur/ Non-respect des délais de l'article L. 242-1 du Code des assurances : recours subrogatoire de l'assureur ? Oui à raison du caractère limitatif et exclusif des sanctions édictées par ce texte

■ Résiliation du contrat avec l'entrepreneur avant réception des travaux ; Garantie des seuls dommages de nature décennale ; Décision de non-garantie prise par l'assureur DO au vu des conclusions de l'expert dommages ouvrage ; Décision prise sur l'absence de désordre décennal ; Absence d'investigations supplémentaires ; Faute (non) ■ Recours subrogatoire de l'assureur DO ; Non-respect des délais de l'art. L.124-1 C. assur. ; Sanction ; Seulement sanctions prévues par ce texte ; Versement d'une indemnité au maître de l'ouvrage au titre des travaux réparatoires rendus nécessaires par la faute d'exécution de l'entrepreneur ; Recours subrogatoire contre celui-ci (oui)

par Jean-Pierre Karila

## Assurances de personnes

**P. 40** Assurance emprunteur de groupe et perte de chance de contracter une assurance plus complète : quand ça veut pas, ça veut pas...

■ Responsabilité de la banque souscriptrice du contrat d'assurance de groupe ; Adéquation de la garantie à la situation personnelle de l'emprunteur ; Manquement à l'obligation d'éclairer l'emprunteur ; Preuve de la possibilité pour l'emprunteur de contracter une assurance couvrant les conséquences d'un risque déjà réalisé ; Preuve non rapportée ; Rejet de la demande de dommages-intérêts

par Agnès Pimbert

**P. 42** Date du dommage résultant du manquement de la banque à son obligation d'éclairer l'emprunteur et prescription de l'action : ne nous fâchons pas !

■ Responsabilité de la banque souscriptrice du contrat d'assurance de groupe ; Adéquation de la garantie à la situation personnelle de l'emprunteur ; Manquement à l'obligation d'éclairer l'emprunteur ; Prescription de l'action de l'emprunteur en responsabilité de la banque ; Point de départ ; Art. 2224 C. civ. et L. 110-4 C. com. ; Connaissance des faits permettant d'exercer l'action ; Connaissance du dommage ; Dommage ; Perte de la chance de bénéficiaire de la prise en charge du remboursement du prêt au motif que le risque invoqué n'était pas couvert ; Dommage réalisé au jour du refus de garantie opposé par l'assureur ; Point de départ de la prescription : date du refus de garantie opposé par l'assureur

par Agnès Pimbert

## Assurances de risques divers

**P. 45** Le transfert de propriété du véhicule volé à l'assureur vaut renonciation à la condition de la garantie vol

■ Vol du véhicule assuré ; Cession à l'assureur ; Clause subordonnant l'indemnisation à la disparition du véhicule pendant plus de trente jours ; Véhicule retrouvé moins de trente jours après le vol ; Refus de l'assuré de reprendre possession du véhicule ; Cession non subordonnée à l'absence de la découverte ; Renonciation de l'assureur à se prévaloir de la clause ; Propriété définitivement transférée à l'assureur par l'acte de cession

par Anne Pélissier

**p. 48 Covid-19 : exclusion**

■ Covid-19 ; Exclusion ; Fermeture d'un autre établissement, dans le même département ; Caractère limité (non)

par Jérôme Kullmann

**Procédure****p. 49 Irrecevabilité devant le juge répressif de l'exception tirée de la nullité du contrat d'assurance automobile obligatoire**

■ Exceptions opposables par l'assureur ; Nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle de risque ; Art. L.113-8 C. assur. ; Assurance RC automobile ; Art. 385-1 CPP ; Exception de nature à exonérer l'assureur de son obligation de garantie ; CJUE ; Exception de nullité inopposable à la victime - Exception irrecevable

par Romain Schulz

**Table chronologique des sources commentées****2021****JANVIER**

|   |       |       |
|---|-------|-------|
| Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-86395, F-D.....                  | p. 30 | 118g9 |
| Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-84016, F-D.....                  | p. 49 | 118g6 |
| Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-18314, F-D.....                   | p. 40 | 118h1 |
| Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-24954, FS-P.....                  | p. 42 | 118h2 |
| Cass. 3 <sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 16-11055, F-D.....   | p. 23 | 118g7 |
| Cass. 3 <sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 19-21358, F-D.....   | p. 33 | 118h3 |
| Cass. 2 <sup>e</sup> civ., 21 janv. 2021, n° 19-20699, FS-PI..... | p. 27 | 118h0 |
| Cass. 3 <sup>e</sup> civ., 28 janv. 2021, n° 19-17499, F-D.....   | p. 36 | 118h4 |

**FÉVRIER**

|   |       |       |
|---|-------|-------|
| Cass. 1 <sup>re</sup> civ., 3 févr. 2021, n° 19-17956, F-D..... | p. 45 | 118g8 |
| D. n° 2021-133, 9 févr. 2021.....                               | p. 5  | 118h9 |
| D. n° 2021-184, 18 févr. 2021.....                              | p. 5  | 118j0 |
| CA Aix-en-Provence, Chambre 1-4, 25 févr. 2021, n° 2021/62..... | p. 48 | 118g5 |
| L. n° 2021-219, 26 févr. 2021.....                              | p. 5  | 118h8 |

**MARS**

|                                    |      |       |
|------------------------------------|------|-------|
| A., 1 <sup>er</sup> mars 2021..... | p. 5 | 118j1 |
|------------------------------------|------|-------|

## Législation

### Décret relatif à la résiliation d'un contrat d'assurance portant sur un véhicule endommagé

D. n° 2021-133, 9 févr. 2021 :  
JO 11 févr. 2021, texte n° 10

 118h9

L'article L. 211-1-1 du Code des assurances conditionne la résiliation du contrat d'assurance en responsabilité civile se rapportant à un véhicule endommagé et techniquement ou économiquement irréparable à la fourniture par l'assuré, lorsque celui-ci refuse l'offre de rachat de son assureur, d'un justificatif attestant de la destruction du véhicule, de sa réparation ou de la souscription d'un nouveau contrat d'assurance auprès d'un autre assureur. Un décret n° 2021-133 du 9 février 2021, publié au Journal officiel du 11 février 2021, détermine les modalités de mise en œuvre de ces dispositions et précise la nature des justificatifs qui doivent être fournis à l'assureur. Il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021 et s'appliquera aux contrats d'assurance en cours à cette date.

### Nouvelles déclarations sur les contrats de capitalisation à l'étranger

D. n° 2021-184, 18 févr. 2021 :  
JO 20 févr. 2021, texte n° 1

 118j0

Un décret n° 2021-184 du 18 février 2021, publié au Journal officiel du 20 février 2021, vise les particuliers ayant souscrit des placements financiers auprès

d'organismes d'assurance ou assimilés établis hors de France mentionnés au I de l'article 1649 *ter* du Code général des impôts. Il modifie les dispositions de l'article 344 C de l'annexe III audit code afin de préciser le contenu des déclarations des contrats de capitalisation ou des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance vie, souscrits hors de France. Il est entré en vigueur le 21 février 2021.

### Lutte contre les contrats de retraite supplémentaire en déshérence

L. n° 2021-219, 26 févr. 2021 :  
JO 27 févr. 2021, texte n° 2

 118h8

Une loi n° 2021-219 du 26 février 2021 relative à la déshérence des contrats de retraite supplémentaire a été publiée au Journal officiel du 27 février 2021. Issue d'une proposition de loi déposée au Sénat, elle vise à remédier au problème posé par l'existence d'un stock de contrats de retraite supplémentaire à adhésion obligatoire ou facultative non liquidés passé l'âge de 62 ans de 13,3 milliards d'euros. Un rapport de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution remis au Parlement le 24 mai 2018 avait alerté sur l'augmentation du stock des contrats non liquidés s'accroissant avec l'ancienneté des contrats. La loi crée notamment un nouvel article L. 224-7-1 du Code monétaire et financier qui prévoit la création d'un répertoire alimenté par les gestionnaires de produits d'épargne retraite, d'un dispositif de mise à disposition d'une information la plus exhaustive possible et aisément accessible aux assurés sur leur épargne retraite, au moyen d'un service en ligne géré par le GIP Union Retraite, et le financement par les gestionnaires du fonctionnement et de la publicité du nouveau service. Ces dispositions entreront

en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 26 août 2022.

## Réglementation

### Nominations à la commission en charge des immatriculations au registre des intermédiaires en assurance, banque et finance

A., 1<sup>er</sup> mars 2021 : JO 6 mars 2021, texte n° 46

 118j1

Un arrêté du 1<sup>er</sup> mars 2021, publié au Journal officiel du 6 mars 2021, a procédé à la nomination, pour une durée de cinq ans, de 20 membres de la commission en charge des immatriculations au registre des intermédiaires en assurance, banque et finance. Au titre des professionnels mentionnés à l'article L. 512-1 du Code des assurances et à l'article L. 546-1 du Code monétaire et financier, ont été désignés, comme membres titulaires, Jean-Paul Ancel, Alain Borcard, Géraud Cambournac, Virginie Gaillard et Aymerick Penicault, et, comme membres suppléants, Antonio Carneiro et Cyril Bayvet. Au titre des personnalités qualifiées dans les domaines de l'assurance, de la banque et de la finance, ont été désignés, comme membres titulaires, Marie-Anne Bousquet-Suhit, Arabelle Conte, Jérôme Goelen, Gilles Homan, Caroline Plaute, Nicolas Surrel et Stéphane Yvon, et, comme membres suppléants, Laetitia Cesari, Franck Claisse, Françoise Costinesco, Julie Fages, Patrice Gobert et Karine Rumayor. Cette commission est régie par le V de l'article R. 512-3 du Code des assurances, instituant l'organisme (l'Orias) ayant pour mission la tenue du registre unique des immatriculations visé par l'article L. 512-1 du Code des assurances.

# Doctrine

## Les dispositions applicables en matière de développement durable dans la construction et leurs conséquences en matière de responsabilité et d'assurance

### *La révolution verte suppose-t-elle des ajustements de notre droit positif ou la création de nouveaux produits d'assurance ?*

**Depuis les travaux du Grenelle de l'environnement, les textes se sont multipliés pour faire en sorte que les immeubles bâtis ou à construire s'intègrent dans une logique de développement durable. Souvent à caractère programmatique avec une portée opérationnelle en devenir, ils ont pour point commun de favoriser, voire d'imposer la réalisation de travaux visant à satisfaire à des critères de performance environnementale, sans ne s'interroger jamais sur le traitement juridique en termes de responsabilité et d'assurance de leur pathologie sur la durée, ce qui pourrait bien à terme constituer un frein à leur développement.**

Par Pascal Dessuet

Professeur à l'Institut de la construction et de l'habitat (ICH), chargé d'enseignement à l'université de Paris Est-Créteil Val-de-Marne (Paris 12) et à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), AON France, directeur délégué Construction-Immobilier

118h5

**S**'il est bien une idée qui fait l'unanimité dans le monde entier et toutes tendances politiques confondues, c'est bien celle du « développement durable ». Mais une fois rappelée cette évidence, et passés les flots de déclarations politiques sur le sujet, faisant assaut de bonnes intentions, on peut s'interroger sur la portée opérationnelle de ce

type de discours. On a tous en mémoire cette phrase prononcée par Jacques Chirac, président de la République française, en ouverture de son discours devant l'assemblée plénière du IV<sup>e</sup> Sommet de la Terre le 2 septembre 2002 à Johannesburg, en Afrique du Sud : « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs ».

Bel effet de rhétorique, mais depuis 20 ans, qu'a-t-on fait ?

Chacun sait que, selon les pays, les moyens mis en œuvre pour favoriser le développement durable sont très contrastés ; c'est un euphémisme.

Si on s'intéresse simplement au cas de la France, et aux actions menées en faveur du développement durable, circonscrit à sa mise en œuvre au plan juridique dans le domaine de la construction, puisque c'est ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, qu'en est-il ? Certes, le Conseil constitutionnel, aux termes d'une décision n° 2019-823 rendue dans le cadre d'une QPC du 31 janvier 2020, a consacré un objectif de valeur constitutionnelle de « protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains ». Désormais, la constitutionnalité d'une loi pourrait donc être appréciée par rapport à la prise en compte du principe constitutionnel de « protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains ».

Mais si on laisse de côté le discours médiatique sur l'urgence climatique ou la transition écologique, la détermination de chacun et les ambitions sans cesse réaffirmées en matière environnementale, qu'en est-il au niveau des textes ? Si nous devons résumer d'un mot la situation au niveau de la réglementation sur le développement durable, on pourrait dire qu'elle se caractérise par :

- un enchevêtrement de textes très difficilement lisibles ;
- en perpétuelle évolution ;
- dont la mise en œuvre pratique est toujours en devenir.

**1. Un enchevêtrement de textes.** Les textes figurent en effet dans au moins cinq codes différents : Code civil (C. civ., art. 1246 et s), Code de la construction et de l'habitation (CCH, art. L. 171-1 et s),

Code de l'urbanisme (C. urb., art. L. 111-18-1), Code de l'énergie (C. énergie, art. L. 100-4), Code de l'environnement (C. envir., art. L. 110-1-1 ; C. envir., art. L. 541-1 ; C. envir., art L. 541-4-4). D'une qualité rédactionnelle très inégale en fonction des ministères qui les ont inspirés – et qui dans l'ensemble se révèlent extrêmement bavards –, ces textes sont plus proches d'une réglementation que d'une œuvre législative, empruntant selon les circonstances des concepts du droit civil qu'on va utiliser dans un sens différent, ce qui n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation.

**2. Des textes en perpétuelle évolution.** On ne compte plus les lois qui se sont succédé depuis le Grenelle de l'environnement en 2008. Chaque gouvernement y est allé de sa loi et sans être exhaustif on citera les suivantes :

- loi n° 2010-788 du 21 juillet 2010, dite *Grenelle II*, et ses kyrielles de décrets et d'arrêtés ;
- loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte ;
- loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages ;
- loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi *ELAN* ;
- loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, relative à l'énergie et au climat ;
- ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020, dite *ESSOC II*, qui procède à une refonte et une renumérotation complète de l'ensemble de la réglementation applicable à la construction, entre autre environnementale, contenue dans le Code de la construction et de l'habitation et dont l'application comme texte législatif suppose sa ratification, laquelle n'est pas encore votée<sup>(1)</sup>, mais également de très nombreux décrets, le plus important parmi ceux attendus, censé définir la notion de « performance environnementale des bâtiments neufs », étant celui concernant la Réglementation environnementale 2020 (RE 2020).

**3. Des textes dont la mise en œuvre pratique est toujours en devenir.** Des textes qui ont presque tous pour point commun de supposer pour leur application, la publication sur plusieurs années d'une multitude de décrets, suivis ensuite d'une myriade d'arrêtés dont la publication est ralentie par le déchainement des lobbys en tous genres et dont la rédaction, souvent maladroite et très tortueuse, promet de donner lieu à d'interminables contentieux pour leur application...

Néanmoins, ces textes, quels que soient les vices rédactionnels qu'on peut leur reprocher, ne sont pas sans effets et vont peu à peu induire de nouvelles pratiques en matière de construction parfois même avant leur application. L'objet de cette étude sera, après en avoir retracé les contours à grands traits, d'étudier leur impact dans le cadre du régime juridique et des pratiques de marché en matière de contrat d'assurance laissant à penser qu'en cette matière nous ne sommes pas vraiment prêts pour la mise en œuvre de ce qui se voudrait une « vague verte ».

(1) Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020, relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre I<sup>er</sup> du Code de la construction et de l'habitation. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2020 : <https://lex.so/hDg5H2>.

Il s'agira donc de répondre à la question de savoir si la révolution verte suppose véritablement la création de nouveaux produits d'assurance, comme on l'entend dire parfois, ou plus sûrement des ajustements de notre droit positif.

## I. Le développement durable dans les textes en matière de construction

Nous allons distinguer les textes applicables aux travaux neufs et ceux concernant les travaux réalisés sur des existants.

### A. Les textes applicables en matière de travaux neufs

La réglementation thermique en matière de travaux sur existants remonte au premier choc pétrolier de 1973. Les textes depuis lors n'ont jamais cessé d'évoluer<sup>(2)</sup>. Par souci de clarté, nous nous en tiendrons à la réglementation applicable au 1<sup>er</sup> juillet 2021 entièrement réécrite par l'ordonnance dites *ESSOC II*<sup>(3)</sup>, sous forme d'objectifs généraux et de résultats minimaux à atteindre (CCH, art. L. 171-1 à CCH, art. L. 171-3).

Pour les bâtiments neufs, l'article L. 172-1 du Code de la construction et de l'habitation, dédié à la définition de ces résultats minimaux, renvoie à un décret et des arrêtés à venir, l'ensemble étant plus souvent dénommé RE 2020, c'est-à-dire la Réglementation environnementale 2020. Les articles L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation et suivants qui servent de fondement à toute la réglementation thermique en vigueur jusqu'ici sont donc entièrement abrogés à effet au 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Si nous prenons comme base le projet définitif de rédaction de la RE 2020, cette réglementation ne s'appliquera à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022 que pour les bâtiments ou parties de bâtiments à usage de logements, de bureaux ou d'enseignement primaire ou secondaire, pour une entrée en vigueur aux termes du projet de décret pour toutes les constructions ayant fait l'objet d'une demande de permis de construire postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2022 et/ou faisant l'objet d'une attestation d'achèvement postérieure au 31 décembre 2025.

Les autres usages tertiaires seront traités dans un second temps.

Nous nous intéresserons dans un premier temps aux quatre grands axes de cette nouvelle réglementation organisée autour d'un objectif principal qui est la diminution de l'emprunte carbone dans le domaine de la construction (1), puis dans un second temps aux critères de mesure du respect de ces objectifs (2).

(2) L. n° 2005-781, 13 juill. 2005, art. 26 : JO, 14 juill. 2005 – L. n° 2010-788, 12 juillet 2010, art. 1 : Réglementation Thermique 2012 – L. n° 2015-992, 17 août 2015, art. 14 (V), dite *loi sur la transition énergétique* ; L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019, dite *loi énergie climat* ; Projet de loi *Climat et Résilience* avec à chaque fois son cortège d'habilitations à légiférer par ordonnance, parfois même pour modifier des ordonnances non encore ratifiées, suivie d'une série de décrets et d'arrêtés mis à jour au gré des modifications législatives pour permettre l'application des modifications intervenues.

(3) Ord. n° 2020-71, 29 janv. 2020, relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre I<sup>er</sup> du Code de la construction et de l'habitation.

### **1. L'objectif principal de la future réglementation environnementale : diminuer l'emprunte carbone dans le domaine de la construction**

Le concept E+ C-, c'est-à-dire Énergie positive, le fameux BEPOS et Bas Carbone qui devait préfigurer la réglementation environnementale, a débouché sur un corpus réglementaire marquant l'effacement du bâtiment à énergie positive au profit de celui de la construction décarbonée : diminuer l'emprunte carbone du bâtiment est devenu l'objectif principal.

L'atteinte de cet objectif prendra quatre formes.

#### **a. Priorité renforcée sur la sobriété énergétique**

Dans l'équation carbone, les performances thermiques des bâtiments sont un facteur clé, permettant de réduire la consommation énergétique liée aux systèmes de chauffage ou de climatisation : l'énergie la meilleure étant celle qu'on ne consomme pas. Les objectifs de la RE 2020 viendront ainsi remplacer et renforcer ceux de la réglementation thermique de 2012 (RT 2012), introduisant de nouvelles exigences, toujours exprimé en performance conventionnelle et non mesurée.

#### **b. La sobriété énergétique passe aussi par la réduction des consommations énergétiques nécessaires pour rafraîchir le bâtiment en période de forte chaleur**

**Garantir la fraîcheur en cas de fortes chaleurs.** Alors que l'inconfort l'été est un défaut souvent relevé dans de nombreux bâtiments construits selon la RT 2012, la réglementation RE 2020 imposera une exigence spécifique afin de limiter les consommations d'énergie résultant du fonctionnement des climatisations.

La RE 2020 intégrera d'abord le besoin de froid dans le calcul du besoin énergétique du bâtiment (Bbio), celui-ci étant soumis à des exigences renforcées. Sur la base d'un scénario météo similaire à la canicule de 2003, un indicateur de confort d'été sera calculé lors de la conception du bâtiment, qui s'exprimera en degré/heure (DH). La RE 2020 fixera un seuil haut maximal qu'il sera interdit de dépasser, ce qui correspondrait à une période de 25 jours durant laquelle le logement serait continuellement à 30 °C le jour et 28 °C la nuit.

Ce seuil sera le même partout en France. Comme il sera plus difficile à respecter dans le sud de la France (pourtour méditerranéen et arrière-pays provençal), pour les logements construits dans ces zones climatiques chaudes, il sera possible de déroger à certaines exigences constructives, notamment celles qui nécessiteraient un recours trop important à des matériaux biosourcés.

Parallèlement, la RE 2020 fixera un seuil bas à partir duquel des pénalités s'appliqueront dans le calcul de la performance énergétique. Ces pénalités seront forfaitaires afin d'inciter tous les bâtiments à faire des efforts de conception permettant de réduire le nombre d'heures au-dessus du seuil.

#### **c. Décarbonation de l'énergie**

Une fois les besoins en énergie réduits, il est aussi indispensable que cette énergie soit la plus décarbonée possible, notamment à travers le recours à la chaleur renouvelable (pompe à chaleur, biomasse, etc.). À ce titre, les exigences de la RE 2020 vont entraîner la disparition progressive du chauffage utilisant des énergies fossiles et du gaz dans les logements via un seuil maximal de consommation d'énergie primaire non renouvelable. Elles mèneront également à ne plus avoir

recours à des modes de chauffage électriques jugés peu efficaces (radiateurs à effet Joule). À l'inverse, les modes de chauffage électrique performants (pompes à chaleur) et à partir de chaleur renouvelable seront systématisés.

#### **d. Diminution de l'impact carbone de la construction des bâtiments**

L'impact carbone d'un bâtiment sera pris en compte sur l'ensemble du cycle de vie du bâtiment, y compris ses phases de construction et de démolition : les systèmes constructifs bas carbone, notamment bois et biosourcés seront plébiscités.

La RE 2020 prendra en compte l'ensemble des émissions du bâtiment sur son cycle de vie, dès la construction. En effet, pour des bâtiments énergétiquement performants, comme ceux construits selon la RT 2012, l'essentiel de l'empreinte carbone est lié aux phases de construction et démolition, qui représentent entre 60 et 90 % de l'impact carbone total calculé sur une durée de 50 ans.

L'approche d'analyse en cycle de vie dynamique, qui attribue un poids plus fort au carbone qui est émis aujourd'hui qu'au carbone qui sera émis plus tard, a été choisie. En complément, un indicateur de stockage carbone sera calculé à titre informatif et permettra d'afficher explicitement le taux de recours à la biomasse.

L'objectif de cette réglementation est de diminuer les émissions des secteurs industriels d'au moins 30 % en 2030 par rapport à 2013, objectif que la RE 2020 déclinera dans le cas de la construction. Ces annonces favoriseront donc les matériaux qui émettent peu lors de leur fabrication et qui stockent du carbone dans les bâtiments, comme le bois et les matériaux biosourcés qui présentent également l'avantage de stocker le carbone pendant la durée de vie du bâtiment.

### **2. Le respect de ces objectifs sera mesuré sur la base de différents critères définis par voie d'arrêté qui constitueront autant de seuils de mesure objectifs**

Les seuils ainsi fixés permettront de conserver à cette réglementation une logique de résultats et non de moyens, conformément à l'esprit de la loi *ESSOC*, laissant aux constructeurs la liberté de choisir les matériaux et les techniques qu'ils souhaitent mettre en place de manière optimale. Aussi, au-delà de l'utilisation de matériaux biosourcés, de fortes incitations sont données pour faire progresser les autres matériaux, techniques et équipements de construction. L'innovation en termes de mixité des matériaux (constructions mêlant bois et béton par exemple) ou de béton bas-carbone sera encouragée.

Le Bbiomax, le Bbio, c'est-à-dire « l'indice des besoins bioclimatiques conventionnel en énergie d'un bâtiment », est apparu en même temps que la RT 2012. Calculé en points, il tient compte de trois types de besoins : l'éclairage, le chauffage et le refroidissement (climatisation). L'indice Bbio d'un bâtiment ne doit pas dépasser une valeur maximale appelée Bbiomax qui dépend donc de l'architecture du bâtiment mais aussi de sa zone géographique et de son altitude. Il se calcule sur une année complète, en tenant compte des données météorologiques propres à chaque zone géographique. Le seuil du Bbiomax à atteindre sera abaissé de 30 % par rapport à la RT 2012.

Le Cep, ou indice de la « consommation conventionnelle d'énergie primaire » d'un bâtiment, est la deuxième exigence de la réglementation thermique. Il est calculé en kW par m<sup>2</sup> et par an. Le coefficient de conversion énergie primaire/énergie finale (PEF) est par ailleurs revu dans le souci de favoriser l'électricité. La réglementation demeure

néanmoins sur la base d'un calcul de consommation « conventionnel » et non mesuré. Le Cep prend en compte cinq usages : le chauffage, la production d'eau chaude sanitaire, la climatisation, l'éclairage et les auxiliaires (ventilateurs, pompes). Il sera doublé en parallèle d'un indice Cep « nr », destiné à mesurer la consommation d'énergie primaire « non renouvelable », l'ensemble étant pondéré de la production d'énergie photovoltaïque mais uniquement pour la partie autoconsommée.

L'ic composant, mesurant l'impact sur le changement climatique associé aux composants du bâtiment, évalué sur l'ensemble de son cycle de vie, tenant compte du stockage, pendant la vie du bâtiment, de carbone issu de l'atmosphère, est défini par un indicateur exprimé en équivalent de  $\text{kgCO}_2/\text{m}^2$  de surface de logements, il s'agit en fait d'un seuil maximal d'émission de gaz à effet de serre. Il correspond à l'impact sur le changement climatique lié à la production des composants du bâtiment, leur transport, leur installation, leur utilisation à l'exclusion des besoins en énergie et en eau de la phase d'exploitation du bâtiment, leur maintenance, leur réparation, leurs remplacements et leur fin de vie. L'évaluation de cet impact prend en compte les charges et bénéfices liés à la valorisation des composants en fin de vie. Il sera doublé d'un Ic bâtiment mesurant l'impact sur le changement climatique associé au bâtiment, évalué sur l'ensemble de son cycle de vie, tenant compte du stockage, pendant la vie du bâtiment, de carbone issu de l'atmosphère, et est défini par un indicateur exprimé en équivalent de  $\text{kgCO}_2/\text{m}^2$  de surface de logements.

Le DH enfin, mesurant le nombre de degrés-heures d'inconfort d'été, évalué pour chaque partie de bâtiment thermiquement homogène, est exprimé en  $^\circ\text{C}/\text{h}$ , et noté DH. Il exprime la durée et l'intensité des périodes d'inconfort dans le bâtiment sur une année, lorsque la température intérieure est supposée engendrer de l'inconfort.

## B. Les textes applicables en matière de travaux de rénovation énergétique

Malgré l'intense communication engagée par le gouvernement sur la question de la nécessaire rénovation énergétique du parc immobilier, en l'état du droit positif les moyens législatifs et réglementaires ne sont pas du même ordre que pour le logement neuf, alors qu'en réalité c'est pourtant là le levier le plus fort de l'action qui peut être menée sur l'impact de l'immeuble en matière de développement durable.

La réglementation applicable est chaotique, évoluant au gré des législatures et des gouvernements depuis une quinzaine d'années, et demeure finalement très largement embryonnaire. Elle est programmatique plutôt qu'opérationnelle, puisque la plupart du temps subordonnée quant à son application à une multitude de décrets et d'arrêtés dont la date de prise d'effet est finalement postérieure de plusieurs années au vote du principe législatif qui en est à l'origine, pour autant d'ailleurs qu'il n'ait pas été remis en cause entre-temps. C'est ainsi qu'on est toujours dans la publication de décrets ou d'arrêtés d'application de la loi d'août 2015 alors que, depuis lors, la loi ELAN et quelques autres sont à nouveau intervenues sur les mêmes thèmes.

À l'instar des dispositions applicables aux travaux neufs, l'ensemble des dispositions du Code de la construction et de l'habitation concernant les travaux sur existants, et donc en fait la rénovation thermique, a fait l'objet d'une réécriture opérée par l'ordonnance dite *ESSOC II*.

L'article L. 111-10 est de ce fait entièrement abrogé à effet au 1<sup>er</sup> juillet 2021. On retrouve l'ensemble de ces dispositions tout entières rassemblées dans un titre VII : Performance énergétique et environnementale (CCH, art. L. 171-1 à CCH, art. L. 175-2).

On peut évidemment s'interroger sur la portée réellement pratique de tous ces textes et ce pour plusieurs raisons conjuguées.

En premier lieu, l'ordonnance en question, bien que prenant effet au 1<sup>er</sup> juillet 2021, n'a toujours pas fait l'objet d'une ratification par le Parlement. Le projet de loi de ratification a été déposé au printemps dernier<sup>(4)</sup> mais n'est toujours pas inscrit à l'ordre du jour de la commission parlementaire chargée de son examen. Elle n'a donc à ce jour que la valeur d'un texte réglementaire et peut en outre faire l'objet de modification lors de son adoption.

En second lieu, dans l'esprit de la loi *ESSOC*, ces nouveaux articles ont été écrits sous forme d'objectifs à atteindre et non plus de moyens à mettre en œuvre, mais dans des délais pour certains fort lointains renvoyant pas même au prochain quinquennat, mais au suivant en 2028, avec là encore une myriade de textes réglementaires à écrire pour leur application effective. On pourra citer ainsi le nouvel article L. 173-2 du Code de la construction et de l'habitation qui n'est que la reprise de l'ex-article L. 111-10-4-1, issu de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, dite *Loi énergie climat* :

« À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2028, la consommation énergétique, déterminée selon la méthode du diagnostic de performance énergétique, des bâtiments à usage d'habitation n'excède pas le seuil de 330 kilowattheures d'énergie primaire par mètre carré et par an ».

### 1. Contrairement à la construction neuve, la rénovation énergétique ne dispose pas d'une réglementation d'ensemble quant aux caractéristiques thermiques que doivent respecter les travaux sur existants

Cette réglementation demeure assez largement parcellaire et a vocation à faire l'objet d'une refonte comparable à celle opérée pour les travaux neufs avec le RE 2020.

À ce jour demeure donc applicable l'ancien l'arrêté du 3 mai 2007 (RT existant par éléments) détaillant les caractéristiques thermiques et la performance minimale des produits utilisés pour opérer une rénovation parcellaire. Elle porte sur les performances minimales que doivent respecter les éléments (isolants, fenêtres, chaudières...) lorsqu'ils sont mis en place, installés ou remplacés.

Il a été modifié par l'arrêté du 22 mars 2017 paru au *Journal officiel* le 25 mars 2017, indiquant les nouveaux seuils de performances énergétiques de la réglementation thermique dans l'existant « élément par élément ». Il renforce la cohérence avec les ambitions de réduction des émissions de gaz à effet de serre et la consommation énergétique de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Son application a été prévue à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Les bâtiments existants résidentiels et non résidentiels sont concernés par ces dispositions, à l'exception de ceux soumis aux mesures concernant les rénovations lourdes, définies par le cumul des trois critères suivants : bâtiments de plus de 1000 m<sup>2</sup> construits après 1948 et pour lesquels le projet de travaux s'élève à plus de 382,50 € HT /

(4) Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020, relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre 1<sup>er</sup> du Code de la construction et de l'habitation. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2020 : <https://lexo.so/hDg5H2>.

m<sup>2</sup> pour les logements, et 326,25 € HT / m<sup>2</sup> pour les locaux non résidentiels (au 1<sup>er</sup> janvier 2017).

Lorsqu'un maître d'ouvrage décide de remplacer/installer un élément d'isolation, un équipement de chauffage, de production d'eau chaude, de refroidissement, de ventilation ou un équipement d'éclairage (ce dernier poste ne concerne que les bâtiments tertiaires), il doit installer des produits de performance supérieure aux caractéristiques minimales mentionnées dans l'arrêté du 3 mai 2007.

Un rapport parlementaire déposé tout récemment<sup>(5)</sup> dénonce les insuffisances et les limites de ces travaux de rénovations énergétiques exécutées ponctuellement et invite à encourager la réalisation de rénovations globales.

L'arrêté du 13 juin 2008 (NOR : DEVU0813714A), concernant la mise aux normes thermiques des bâtiments de SHON supérieures à 1000 m<sup>2</sup> faisant l'objet de gros travaux (RT existant globale), a survécu à toutes ses évolutions et est resté à peu de choses près inchangé.

Comme pour les travaux neufs, les contraintes imposées sont établies sur la base de critères de convention, mais à des niveaux moindres que ceux imposés pour les bâtiments neufs, puisqu'il n'est ici question que de performance énergétique et non de performance environnementale, et que la référence est celle de la RT 2005 fondée sur une obligation de moyens et non d'un résultat exprimé sous la forme d'un calcul.

Dans le cadre de la refonte complète des dispositions du Code de la construction et de l'habitation, la réglementation concernant les bâtiments d'habitation est visée par l'article L. 173-2 et fera vraisemblablement l'objet de nombreux textes d'application qui viendront moderniser les actuelles règles, le texte se limitant à énoncer un principe applicable en 2028 assorti de très nombreuses exceptions.

L'article 45 du projet de loi *Climat et Résilience*, « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets », prévoit une nouvelle habilitation à légiférer par ordonnance visant à harmoniser avec la nouvelle rédaction de l'article L. 173-1-1 du Code de la construction et de l'habitation, toute référence à un niveau de performance énergétique d'un bâtiment ou partie de bâtiment dans le Code de la construction et de l'habitation et le Code de l'énergie ainsi que dans l'ensemble des dispositions législatives relatives à la consommation énergétique des bâtiments ou parties de bâtiment à usage d'habitation.

L'habilitation vise, d'autre part, à réformer le régime de police administrative de contrôle des règles de construction et à harmoniser l'ensemble des dispositifs impactés par cette création, y compris le régime de police judiciaire prévu au livre I du Code de la construction et de l'habitation.

(5) Rapport d'information n° 3871 sur la rénovation thermique des bâtiments au nom de la commission du Développement durable et de l'Aménagement du territoire. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 février 2021, p. 89 : <https://lext.so/FyAhGa>.

## 2. Contrairement à la construction neuve, la décision de satisfaire aux exigences du développement durable et donc de procéder à la rénovation énergétique du bâti existant fait l'objet de mesures essentiellement incitatives et plus rarement de dispositions contraignantes

### a. Les mesures incitatives

Si nous laissons de côté le maquis inextricable des incitations financières dont il est impossible de rendre compte ici, on notera essentiellement trois axes d'incitation :

4. Par le biais des rapport locatifs : une action sur les critères imposés au logement en matière de baux d'habitation. On citera à cet égard :

- L'article 3 bis du décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002, relatif aux caractéristiques du logement décent, créé par l'article 1 du décret n° 2021-19 du 11 janvier 2021 : « En France métropolitaine, le logement a une consommation d'énergie, estimée par le diagnostic de performance énergétique défini à l'article L. 134-1 du Code de la construction et de l'habitation, inférieure à 450 kilowattheures d'énergie finale par mètre carré de surface habitable et par an ». Conformément à l'article 2 du décret n° 2021-19 du 11 janvier 2021, ces dispositions entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Elles ne s'appliquent qu'aux nouveaux contrats de location conclus à compter de cette date.

- Le projet de loi *Climat et Résilience*, « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ». Le projet de loi revient sur l'interdiction des passoires thermiques sous un autre angle qui n'est plus cette fois la notion de logement décent. Il prévoit aux termes des articles 40 et 41 l'interdiction de la location des passoires thermiques à partir de 2028, pour protéger les locataires contre des factures d'énergie trop élevées et laisser le temps nécessaire aux propriétaires pour rénover les logements qu'ils louent. Les locataires des passoires thermiques pourront exiger de leur bailleur des travaux de rénovation. D'ici 2028, il sera interdit d'augmenter le loyer des logements F et G (passoires thermiques) lors du renouvellement du bail ou de la remise en location. Aux termes de son article 44, il vise également à faciliter la réalisation de travaux de rénovation énergétique dans les immeubles en copropriété et à favoriser l'entretien de ce parc d'immeubles vieillissant et nécessitant de lourds investissements, grâce à l'adoption d'un plan pluriannuel de travaux et aux provisions correspondantes dans le fonds de travaux de la copropriété.

5. Par le biais de la technique dite des travaux embarqués :

- L'article 14 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015, dite *Loi sur la transition énergétique*, a procédé à une réécriture de l'article L. 111-10 du Code de la construction et de l'habitation et créé l'obligation de mettre en œuvre des travaux d'isolation thermique lorsque des travaux importants de rénovation du bâtiment sont entrepris : on les appelle les travaux « embarqués ».

- Le décret n° 2016-711 du 30 mai 2016 a précisé les conditions dans lesquelles les nouvelles dispositions de l'article L. 111-10 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) s'appliquent.

- Le décret n° 2017-919 du 9 mai 2017 précise quant à lui la nature des parois concernées par l'obligation de mise en œuvre d'isolation thermique et la notion de travaux de ravalement importants. Ledit décret modifie ainsi les dispositions de l'article R. 131-28-7 du Code de la construction et de l'habitation.

La notion de travaux embarqués renvoie à l'obligation de réaliser certains travaux d'isolation thermique dans le cadre d'un projet de rénovation d'envergure. Cette exigence a été instaurée au début de l'année 2017 et concerne les propriétaires qui procèdent à des chantiers relatifs à la façade ou à la toiture de leur bâtiment.

L'idée est de contraindre tout propriétaire procédant à des travaux d'aménagement ou de réfection à visée esthétique – la loi parle de travaux de ravalement importants ou de réfection de toiture – à améliorer la performance thermique du logement. Ces travaux visant le renforcement de l'efficacité énergétique d'un bâtiment sont donc embarqués au cœur des projets envisagés.

Dans le cadre de la refonte complète des dispositions opérées par l'ordonnance dite *ESSOC II*, l'article L. 111-10 est abrogé et ces dispositions sont reprises par l'article L. 173-1 du Code de la construction et de l'habitation qui prendra effet au 1<sup>er</sup> juillet 2021.

6. Par le biais du nouveau DPE (Diagnostic de performance énergétique) conçu comme un instrument pour favoriser la rénovation énergétique des bâtiments. Plus fiable et plus lisible, le nouveau DPE vise à jouer un rôle prépondérant dans le parcours de rénovation des ménages.

Il est le document de référence qui évalue la performance énergétique d'un logement et la restitue, notamment à travers des étiquettes énergie. Le chantier de refonte du dispositif a eu pour objectif de le rendre plus fiable, plus lisible, et prenant mieux en compte des enjeux climatiques.

Prévue par l'article 179 de la loi *ELAN* de 2018, la refonte du DPE s'appliquera en totalité au 1<sup>er</sup> juillet 2021, date à laquelle le DPE deviendra pleinement opposable. Cette refonte s'inscrit dans un contexte plus large d'accélération de la rénovation énergétique des bâtiments, dont le DPE est l'un des outils clés. Elle se concrétise à travers deux décrets, qui ont été publiés le 18 décembre 2020, et trois arrêtés, en voie de publication. Ces trois arrêtés précisent notamment la méthode de calcul et la définition des étiquettes de performance énergétique.

Il sera désormais plus facile de l'utiliser comme référence pour des réglementations ou certaines aides spécifiques selon le niveau de performance du logement.

Le nouveau DPE revoit ainsi la formulation des recommandations de travaux. Auparavant formulées sous forme de lots indépendants, elles sont désormais présentées sous forme de deux scénarios de travaux, cohérents entre eux : le premier visant, le cas échéant, l'étiquette E (sortie de l'état de « passoire énergétique »), et le deuxième, dans la mesure du possible, l'étiquette B. Chaque scénario est évalué financièrement sous forme d'une fourchette de coûts.

Les recommandations sont complétées par une information sur l'existence d'aide et une incitation à se rendre sur la plateforme [www.faire.gouv.fr](http://www.faire.gouv.fr).

#### **b. Les mesures coercitives : la rénovation énergétique imposée par la loi pour les bâtiments existants à usage tertiaire**

La loi dite *Grenelle II* du 12 juillet 2010 a créé un dispositif visant à rendre obligatoire, dans certains bâtiments existants à usage tertiaire, la réalisation de travaux d'amélioration de la performance

énergétique<sup>(6)</sup>. Après de nombreux atermoiements, dont l'annulation par le Conseil d'État d'un premier décret en date du 9 mai 2017, la loi *ELAN* du 23 novembre 2018 a procédé à une refonte du cadre légal de ce dispositif en réécrivant complètement l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation (devenu CCH, art. L. 174-1). Elle a fixé une première échéance à l'horizon 2030 tout en maintenant l'ambition globale de réduction de 40 % des dépenses d'énergie (50 % en 2040 et 60 % en 2050) par rapport à 2010.

Il a également été prévu de moduler l'objectif de performance selon la taille du bâtiment, voire de dispenser certains d'entre eux de toute obligation afin de ne pas imposer aux propriétaires des travaux qui seraient disproportionnés au vu de leur situation économique.

Cette nouvelle version de l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation a donné lieu à un décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 appelé « décret tertiaire ». Ce dernier a créé 12 nouveaux articles dans la partie réglementaire du CCH, à savoir les articles R. 131-38 à R. 131-44.

Il précise les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'actions de réduction des consommations énergétiques dans les bâtiments tertiaires. Il concerne les immeubles d'une surface supérieure à 1000 m<sup>2</sup> dédiés à des activités marchandes (commerces, industries) ou non marchandes (locaux associatifs par exemple). Il confirme les objectifs de réduction de la consommation d'énergie finale « pour l'ensemble des bâtiments soumis à l'obligation d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050 par rapport à 2010 ». Il a été suivi de la publication de plusieurs arrêtés dont l'arrêté du 10 avril 2020, publié au JO du 3 mai 2020, qui est venu préciser les modalités d'application de la nouvelle réglementation.

L'arrêté apporte des précisions méthodologiques concernant les niveaux de consommation d'énergie finale à atteindre et les modalités d'ajustement des données de consommation en fonction des variations climatiques. Il explicite ainsi la méthode de calcul des réductions des consommations à atteindre : le niveau de consommation maximale d'énergie finale est déterminé pour chaque catégorie d'activité recensée, et pour l'ensemble de ses usages énergétiques.

L'objectif de réduction des consommations, que devront atteindre les bâtiments tertiaires (dont le seuil est actuellement fixé à 1000 m<sup>2</sup>) dans les prochaines décennies, se basera ou bien sur une consommation de référence (consommation d'énergie finale du bâtiment, constatée pour une année pleine d'exploitation, qui ne peut être antérieure à 2010), le cas échéant ajustée en fonction des variations climatiques, ou bien alors sur des consommations exprimées en valeur absolue kWh énergie finale/m<sup>2</sup> fixée par catégorie d'activités tertiaires<sup>(7)</sup>.

(6) CCH, art. L. 111-10-3, devenu aux termes de l'ordonnance *ESSOC*, CCH, art. L. 174-1, II.

(7) A., 24 nov. 2020, modifiant A., 10 avril 2020, relatif aux obligations d'actions de réduction des consommations d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire : JO, 17 janv. 2020.

## II. Le développement durable en pratique, envisagé dans ses impacts en matière de responsabilité et d'assurance

Il convient maintenant d'envisager les conséquences en matière de responsabilité et d'assurance de la mise en œuvre de ces ensembles législatifs et réglementaires encore partiellement inachevés en reprenant notre distinction entre travaux neufs et travaux de rénovation énergétique réalisés sur existants.

### A. L'impératif de réduction de l'empreinte carbone en matière de travaux neufs et ses conséquences

S'agissant des bâtiments neufs, la mise en œuvre d'une politique de diminution de l'empreinte carbone en matière de construction entraîne un certain nombre de conséquences tant en termes de pratique constructives qu'au niveau juridique :

- L'installation d'une centrale photovoltaïque ;
- La mise en œuvre de procédés et de matériaux biosourcés ;
- Le emploi et le recyclage de matériaux de construction ;
- La remise en cause de la pratique des travaux modificatifs acquéreurs (TMA) dans les contrats de VEFA ;
- L'évolution de la définition prétorienne de la destination attendue d'un ouvrage : la prise en compte du confort d'été.

#### 1. L'installation d'une centrale photovoltaïque

La pratique n'est pas nouvelle, elle connut un grand succès dans les années 2010 à raison des avantages financiers dont pouvaient bénéficier les maîtres d'ouvrage au niveau de la vente de l'électricité produite à condition de faire procéder une installation intégrée à la toiture.

Ses avantages financiers ayant en partie disparu au fil du temps, elle connaît aujourd'hui un regain d'intérêt avec le développement de l'autoconsommation : l'électricité produite sert à alimenter le bâtiment lui-même.

Le projet de RE 2020 ne prend d'ailleurs désormais en compte la production d'énergie photovoltaïque pour le calcul du ratio de performance énergétique que pour la partie d'électricité autoconsommée.

S'agissant d'un ouvrage neuf, l'installation en question constituera donc un élément d'équipement de l'ouvrage, qu'on ne saurait exclure des garanties légales de responsabilité en invoquant l'article 1792-7 du Code civil, dès lors que sa vocation n'est pas « l'exercice exclusif d'une activité professionnelle » de vente d'électricité, mais l'alimentation en tout ou partie du bâtiment lui-même et qu'elle a donc une fonction dans le bâtiment, lui permettant de satisfaire à sa destination. Elle se trouve de ce fait, ipso facto assujettie comme le reste de l'ouvrage à l'obligation d'assurance.

En matière d'assurance, seule demeurera posée la question du procédé technique mis en œuvre ; nous évoquerons la question en seconde partie à propos de l'installation de ce type d'ouvrage sur un existant.

#### 2. La mise en œuvre de procédés et de matériaux biosourcés

Le bois, le chanvre, la paille de céréales ou d'oléagineux, la laine, le lin, l'amidon de maïs, le liège, les roseaux appartiennent à la longue

liste des matériaux biosourcés qui vont permettre de diminuer l'empreinte énergétique des constructions.

Leurs différentes transformations permettent d'obtenir des composants destinés à leur intégration dans des produits de construction : bois de structure, granulats de bois, de chanvre ou de lin avec un liant minéral destinés à la fabrication de bétons porteurs ou non ; pailles, matières végétales recyclées, enveloppes de la graine végétale utilisées comme isolants

L'intégration de matériaux biosourcés dans des projets de construction peut entraîner des problématiques techniques et assurantielles, sur le terrain de leur assurabilité sur le marché, plus particulièrement s'ils ne relèvent pas d'une technique courante (paille porteuse, terre crue...).

C'est ainsi par exemple que, pour le sujet des constructions bois de grande hauteur, le DTU 31.2 des constructions bois ne traite que des petits ouvrages type maisons individuelles. Les constructions plus importantes sont traitées par quelques avis techniques et donc les opérations de construction de bâtiment en bois sous souvent à la limite de l'application de ces avis techniques.

Il convient également de faire état de certaines pratiques abusives en matière de souscription consistant à ne pas s'en tenir à la nomenclature FFA pour le libellé des activités couvertes, mais à adopter une rédaction incluant des précisions sur les matériaux mis en œuvre par exemple, ce que la Cour de cassation censure habituellement, car il n'est pas permis d'apporter des restrictions quant à la mise en œuvre des activités couvertes<sup>(8)</sup>.

Naturellement, on rappellera qu'en assurance construction obligatoire, il n'y a pas d'inassurabilité définitive, puisque dans cette hypothèse, en cas de refus du marché, le recours au BCT permet de contraindre l'assureur réticent à délivrer la garantie qu'il s'agisse ou non de techniques courantes.

Dans le même ordre d'idée, la végétalisation des ouvrages semble par ailleurs appelée à un très grand avenir. L'article L. 111-18-1 du Code de l'urbanisme issu de l'article 47 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, relative à l'énergie et au climat, dispose en effet que « les constructions et installations mentionnées au II du présent article ne peuvent être autorisées que si elles intègrent soit un procédé de production d'énergies renouvelables, soit un système de végétalisation « basé sur un mode cultural garantissant un haut degré d'efficacité thermique et d'isolation et favorisant la préservation et la reconquête de la biodiversité, soit tout autre dispositif aboutissant au même résultat et, sur les aires de stationnement associées lorsqu'elles sont prévues par le projet, des revêtements de surface, des aménagements hydrauliques ou des dispositifs végétalisés favorisant la perméabilité et l'infiltration des eaux pluviales ou leur évaporation et préservant les fonctions écologiques des sols.

II.- Les obligations prévues au présent article s'appliquent, lorsqu'elles créent plus de 1000 mètres carrés d'emprise au sol, aux nouvelles constructions soumises à une autorisation d'exploitation commerciale au titre des 1°, 2°, 4°, 5° et 7° de l'article L. 752-1 du Code de commerce, aux nouvelles constructions de locaux à usage industriel ou artisanal, d'entrepôts, de hangars non ouverts au public faisant

(8) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2008, n° 07-14884 : Bull. civ. III, n° 126.

l'objet d'une exploitation commerciale ainsi qu'aux nouveaux parcs de stationnement couverts accessibles au public.

III.- Les obligations résultant du présent article sont réalisées en toiture du bâtiment ou sur les ombrières surplombant les aires de stationnement sur une surface au moins égale à 30 % de la toiture du bâtiment et des ombrières créées. »

On rappellera que la végétalisation des toitures a donné lieu à un premier arrêt en 2016 reconnaissant la qualité d'élément d'équipement à des végétaux et ouvrant donc potentiellement leur éligibilité aux garanties légales de responsabilité dans certains cas, en fonction du rôle qui leur est assigné dans la construction<sup>(9)</sup>.

### 3. L'économie circulaire : le emploi et le recyclage

Sans qu'aucun texte n'impose le recours au emploi de matériaux, pour satisfaire aux nouvelles contraintes qui seront bientôt posées par la réglementation en matière de performance énergétique et environnementale, (RE 2020), les constructeurs seront conduits à avoir recours à des solutions de réemploi et de réutilisation d'éléments issus de la déconstruction d'ouvrages anciens. Il s'agit de faire appel à des matériaux recyclés ou des éléments réemployés ou réutilisés pour des constructions neuves ou des rénovations, avec derrière des problématiques de délai d'épreuve : accorder une garantie de 10 ans sur des éléments d'équipement d'occasion.

Si on s'en tient aux définitions contenues dans l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement, le réemploi désigne le nouvel emploi d'un élément pour un usage similaire à celui de son emploi initial, alors que la réutilisation désigne le nouvel emploi d'un élément pour un usage différent de son emploi initial.

Réemployés ou recyclés, les matériaux anciens s'intègrent alors à différentes chaînes opératoires qui dévoilent la réalité vaste et complexe de ces pratiques.

Pour envisager les conséquences en matière d'assurance, il faut dire quelques mots de la problématique de responsabilité.

#### a. Les conséquences en matière de responsabilité

Pour évaluer les conséquences en matière de responsabilité, il convient de distinguer :

- Les rapports maître d'ouvrage/constructeurs ;
- Les rapports entre colocateurs.

7. Dans les rapports maître d'ouvrage/constructeurs, deux situations doivent être envisagées :

- Le réemploi d'éléments provenant de la déconstruction d'un ouvrage fourni par les entreprises mais ne provenant pas du chantier lui-même n'emporte pas de conséquences particulières ;
- Le réemploi d'éléments provenant de la déconstruction de l'ouvrage objet de travaux de rénovation : l'exemple du réemploi d'une partie des tuiles d'une toiture à rénover, ou encore des fenêtres ou des portes d'un immeuble à rénover.

#### Première situation

Le réemploi d'éléments provenant de la déconstruction d'un ouvrage fourni par les entreprises mais ne provenant pas du chantier lui-même n'emporte pas de conséquences particulières en matière de responsabilité.

Le régime des garanties légales de responsabilité maître d'ouvrage/traitant direct et même RC de droit commun traitant/sous-traitant est totalement déconnecté des techniques mises en œuvre pour réaliser l'ouvrage, puisque nous sommes sur des régimes de responsabilité présumée, c'est-à-dire une responsabilité totalement déconnectée de la notion de faute, la présomption ne tombant que devant la preuve de la cause étrangère ; or le vice de matériaux n'est pas une cause étrangère. Seule compte par conséquent la gravité des désordres, étant entendu que :

- Le fait d'utiliser des matériaux neufs ou d'occasion est sans effets : l'établissement de la responsabilité ne prendra pas en compte le caractère fautif ou non de l'usage de matériaux usagés ;
- Le respect ou la violation de la réglementation même d'ordre public en matière de construction sont assez largement inopérants pour définir l'impropriété à la destination.

Ainsi a-t-il déjà été jugé par la Cour de cassation que le non-respect de la réglementation thermique 2005 pour les températures d'été ne constitue pas une impropriété à destination et n'est donc pas de nature à entraîner par lui-même et de ce seul fait la mise en jeu de la RC décennale<sup>(10)</sup>.

« Mais attendu qu'ayant relevé, sans se fonder ni sur une immixtion fautive, ni sur une acceptation délibérée des risques, que l'Eurl, qui n'avait eu aucun rôle dans la conception de l'ouvrage, n'avait fait que suivre les instructions du maître de l'ouvrage et que c'était à juste titre que la SMA faisait valoir que le non-respect de la réglementation thermique 2005 pour les températures d'été ne constituait pas une impropriété à destination, la cour d'appel a pu en déduire, d'une part, que ce défaut de conseil ne pouvait être analysé que comme une perte de chance pour le maître de l'ouvrage de ne pouvoir obtenir une maison conforme à la réglementation thermique 2005, d'autre part, que l'action directe de la SCI et l'action en garantie de l'Eurl devaient être rejetées ».

Il n'est pas certain cependant que cette jurisprudence se maintienne à terme compte tenu du réchauffement climatique.

Et l'inverse est vrai, le strict respect de la réglementation n'empêche pas d'établir une impropriété à la destination<sup>(11)</sup> :

Vu l'article 1792 du Code civil ;

« Attendu que les désordres d'isolation phonique peuvent relever de la garantie décennale même lorsque les exigences minimales légales ou réglementaires ont été respectées. »

#### Deuxième situation

Le réemploi d'éléments provenant de la déconstruction de l'ouvrage objet de travaux de rénovation : l'exemple du réemploi d'une partie des tuiles d'une toiture à rénover ou encore des fenêtres ou des portes. Qu'en sera-t-il en ce cas des responsabilités applicables en cas de dommages affectant les éléments conservés ?

Deux cas sont à distinguer.

Premier cas : le maître d'ouvrage n'impose pas le réemploi d'une partie des éléments anciens, c'est le maître d'œuvre et l'entreprise qui proposent de les conserver. Dans la mesure où le Code civil ne définit pas la notion d'existant, et n'y fait pas référence, on pourrait analyser

(10) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2019, n<sup>o</sup> 18-16751.

(11) Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, n<sup>o</sup> 05-19408 : Bull. ass. plén., n<sup>o</sup> 544.

(9) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 févr. 2016, n<sup>o</sup> 15-10750 : RDI 2016, p. 232, note P. Malinvaud.

en fait la situation comme une reprise partielle d'un ouvrage existant en considérant les tuiles ou les fenêtres comme des existants. En responsabilité, l'analyse classique conduit à considérer que le vice propre des existants n'est pas une cause d'exonération de responsabilité des constructeurs au titre des travaux de rénovation de la toiture : le fait que la toiture rénovée soit affectée d'un désordre trouvant son origine dans une partie conservée ne saurait être considérée comme une cause étrangère. Si la structure existante s'avère inadaptée pour recevoir les travaux neufs, c'est toujours parce qu'il y a eu une erreur de calcul ou de conception au niveau des travaux neufs. En d'autres termes, la révélation de vices propres des existants est toujours précédée par une défaillance au niveau des travaux neufs eux-mêmes. Cela ressort d'ailleurs très clairement du célèbre arrêt *Sogebor*<sup>(12)</sup>. Dans cette espèce en effet, il était question de désordres affectant des ouvrages neufs, du fait notamment de l'attaque des structures par des champignons et des vers, avant que les travaux ne soient commencés. La Cour de cassation estima qu'« on ne pouvait affirmer que la cause des désordres résidait seulement dans les parties anciennes, la mauvaise tenue des nouveaux travaux provenant d'une erreur de diagnostic du support vermoulu et donc d'une rénovation contraire aux règles de l'art ».

On retrouvera la même logique dans un arrêt de 1998<sup>(13)</sup>. À propos du défaut d'étanchéité de murs préexistants, la Cour de cassation décida que l'état de ces anciens ouvrages n'était pas de nature à constituer une cause étrangère et que dans la mesure où l'immeuble devait faire l'objet d'une réhabilitation totale, un état des lieux approfondi aurait dû permettre de constater la présence d'humidité.

Il est à noter, cependant, cet arrêt publié en 2003 statuant en sens inverse<sup>(14)</sup> :

« Mais attendu qu'ayant relevé que la cause des désordres siégeant dans l'existant n'était pas décelable au moment des travaux réalisés par la société Technique plastique, que ces désordres étaient imprévisibles, et que l'application du produit silicone était totalement étrangère au processus ayant engendré les désordres nouveaux, la cour d'appel a pu retenir que cette société apportait la preuve de l'existence d'une cause étrangère exonératoire de la responsabilité de l'entrepreneur ».

Deuxième cas : le maître d'ouvrage impose le réemploi d'une partie des tuiles par exemple. Si on laisse de côté le cas d'une décharge de responsabilité dans le marché de travaux qui serait réputée « non écrite » comme contraire à une disposition d'ordre public (C. civ., art. 1792-5), il convient de distinguer la solution actuelle de celle applicable dans un avenir proche.

### Situation actuelle

À ce jour, aucun règlement de la construction n'impose ni même n'incite véritablement à recourir au réemploi : les textes figurant dans la loi sur l'économie circulaire se contentent en effet d'imposer la réalisation d'un diagnostic relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets issus de ces travaux. (C. envir., art. L. 541-1).

(12) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mars 1994, n° 92-11996, *Sogebor* : Bull. civ. III, n° 624 ; RDI 1994, p. 673, obs G. Leguay ; RCA 1994, n° 264.

(13) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 juin 1998, n° 96-20125 : Bull. civ. III, n° 983.

(14) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 févr. 2003, n° 01-16441.

Le réemploi ne peut donc résulter que d'une volonté du maître de l'ouvrage de l'imposer pour des raisons économiques, voire de communication sur le thème de l'économie verte.

Deux cas d'exonération de responsabilité sont envisageables pour l'entreprise.

### L'exonération de responsabilité à raison de l'immixtion du maître d'ouvrage notoirement compétent dans l'acte de construire.

Cela suppose, d'une part, la compétence notoire et, par ailleurs, que le maître d'ouvrage s'adresse directement aux entreprises pour l'imposer.

En ce cas en effet, il existe un exemple d'immixtion reconnue, dans une hypothèse où précisément il n'y avait pas eu d'entremise d'un maître d'œuvre<sup>(15)</sup>.

« Sur le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant relevé que les époux X avaient chargé la société Technique générale de protection (TGP) de la rénovation de leur appartement, imposé l'utilisation de matériaux d'occasion ou de récupération, s'étaient immiscés dans l'exécution des travaux en modifiant à plusieurs reprises leurs demandes d'aménagement, n'avaient fait appel à l'architecte que pour la terminaison du chantier et que celui-ci n'avait commis aucune faute dans le cadre de sa mission limitée, la cour d'appel, qui a retenu que la preuve d'une immixtion fautive ou d'une acceptation délibérée des risques par le maître de l'ouvrage était rapportée, en a justement déduit que l'architecte n'avait commis aucune faute et que sa responsabilité ne pouvait être engagée ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé de ce chef [...] ».

On notera cependant que la Cour de cassation a toujours adopté une conception très restrictive de cette notion. Elle a notamment considéré qu'une succession d'interventions intempestives de la part du maître de l'ouvrage en cours de travaux ne suffit pas à établir l'immixtion fautive<sup>(16)</sup>...

« Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser en quoi M. J. avait excédé son rôle de maître de l'ouvrage en demandant aux constructeurs de satisfaire certains souhaits pour des raisons pratiques, qu'il leur appartenait le cas échéant de refuser s'ils les estimaient inconcevables techniquement, et sans rechercher, comme il le lui était demandé, s'il était notoirement compétent en matière de construction, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

De même, plus en rapport avec notre sujet, elle a considéré depuis 1990, dans un arrêt publié, que le fait d'imposer un choix de matériaux et même de le fournir aux constructeurs n'était pas constitutif d'une immixtion fautive, à défaut pour le maître de l'ouvrage de disposer des compétences nécessaires<sup>(17)</sup>.

« Mais attendu qu'ayant exactement retenu que le vice du matériau, même s'il n'était pas normalement décelable à l'époque de la construction, ne constituait pas, en lui-même, une cause étrangère exonératoire pour les constructeurs et souverainement relevé qu'il n'était pas établi que le maître de l'ouvrage, qui avait acheté les tuiles,

(15) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2013, n° 10-21041.

(16) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2020, n° 19-10294.

(17) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mars 1990, n° 88-14866.

eût été notoirement compétent en la matière, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche étrangère à la solution du litige ».

Plus récemment encore en 2019<sup>(18)</sup> :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Basse-Terre, 26 février 2018), que M. et M<sup>me</sup> O. ont fait construire une villa dont les sols intérieurs et extérieurs sont recouverts de dalles en pierre de basalte qu'ils ont achetées auprès de la société M...s Marble (la société M...) et qu'ils ont fait poser par la société G. N. construction (la société CDC), assurée, pour le risque décennal, auprès de la société AGF IARD, aux droits de laquelle se trouve la société Allianz ; qu'ils se sont plaints de désordres affectant les dalles et, après expertise, ont assigné la société CDC, la société Allianz et la société M. en indemnisation ;

[...]

Et sur le second moyen :

Vu les articles 1147, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1792 du Code civil ;

Attendu que, pour laisser à la charge de M. et M<sup>me</sup> O. un tiers de responsabilité et limiter leur indemnisation, l'arrêt retient que M. O. est agent immobilier pour des opérations de prestige ; que ses connaissances techniques en matière de bâtiment ressortent de la pièce n° 1 de la société M. et qu'il a imposé le choix du matériau au carreleur, auquel il en a uniquement confié la pose, se comportant ainsi en maître d'œuvre ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir retenu la responsabilité de la société M. envers le maître d'ouvrage pour ne pas l'avoir informé des inconvénients du matériau vendu dont elle connaissait l'usage en milieu défavorable, ce dont il résultait que M. et M<sup>me</sup> O. ne disposaient pas de compétence suffisante pour apprécier la propriété des dalles à la destination prévue, et par une motivation ne permettant pas de caractériser des actes positifs d'immixtion fautive ou de maîtrise d'œuvre imputables aux maîtres de l'ouvrage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Pour être complet, on trouvera cependant un arrêt de 2009 non publié en sens contraire, mais rendu dans le cadre d'un contrôle léger « la cour d'appel a pu »<sup>(19)</sup> :

« Attendu qu'ayant relevé que la SCI JRS Morlat, compétente en matière de cloisonnement, était intervenue dans l'exécution du marché en se comportant en maître d'œuvre comme ayant formulé des remarques techniques, fournies tout au long du chantier à la société PMN et comme ayant procédé à un suivi technique permanent, qu'elle avait commandé les cloisons séparatives entre les logements de type M1 correspondant à une absence de précaution en terme de coupe-feu entre les logements, et qu'elle avait imposé à la société PMN dans un souci d'homogénéité, de fournir et d'installer des cloisons de même type que celles fournies par l'entreprise qui l'avait précédée sur le chantier, la cour d'appel a pu en déduire que, s'étant immiscée dans la réalisation des travaux, la SCI JRS Morlat avait contribué à ses dommages [...] ».

**L'exonération de responsabilité à raison de de l'acceptation des risques.** Il convient là encore d'être prudent en s'aventurant sur

ce terrain. Dans un arrêt de 2014<sup>(20)</sup>, la Cour de cassation est venue apporter la précision selon laquelle il convient de ne pas confondre :

- L'hypothèse où l'entrepreneur propose un devis sur lequel le maître d'ouvrage viendrait apporter des restrictions, à la suite de quoi l'entrepreneur l'aurait informé des risques : hypothèse d'acceptation des risques ;
- L'hypothèse révélée par les moyens du pourvoi, où l'entrepreneur propose deux devis, dont l'un ne respecte pas les règles de l'art, avec indication des risques encourues. Peu importe alors que le maître d'ouvrage ait ou non accepté le risque, la faute demeurera sur la tête du constructeur.

« Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, sans dénaturation, qu'il appartenait à la société SEP, en sa qualité de professionnelle, de faire des travaux conformes aux règles de l'art et d'accomplir son travail avec sérieux, ce qui n'avait pas été le cas ainsi que cela résultait du rapport d'expertise, et de refuser d'exécuter les travaux qu'elle savait inefficaces, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Cet arrêt vient à nouveau d'être renouvelé en 2020<sup>(21)</sup>.

#### Situation à venir

Lorsque sera applicable, en janvier 2022, le décret sur la performance environnementale qui déterminera les modes de calcul d'une construction « bas carbone ». Il sera bien clair que le fait d'utiliser des éléments réemployés produira nécessairement un effet favorable sur l'indice « bas carbone » et que, par conséquent, l'application d'éléments réemployés ne résultera plus de la simple volonté du maître de l'ouvrage, mais s'inscrira dans la perspective du respect de la réglementation et peut-être plus encore si on considère que cette réglementation n'est que la traduction de nouvelles valeurs sociétales qui s'imposent à notre société et viennent là encore enrichir ou compléter la notion de « destination ».

**8. Les rapports entre colocateurs dans le cadre de l'examen d'une action récursoire supposant répartition des fautes.** On pourrait se demander si l'utilisation de d'éléments réemployés pourrait être considérée comme fautive.

Un débat aurait pu s'ouvrir sur le point de savoir si les éléments réemployés avaient le statut de déchet, mais précisément, tel ne sera pas le cas puisque la loi sur l'économie circulaire prend bien soin de régler la question. Loi sur l'économie circulaire, article 54 :

« Après l'article L. 541-4-3 du Code de l'environnement, il est inséré un article L. 541-4-4 ainsi rédigé :

art. L. 541-4-4 – Dans le cadre d'un chantier de réhabilitation ou de démolition de bâtiment, si un tri des matériaux, équipements ou produits de construction est effectué par un opérateur qui a la faculté de contrôler les produits et équipements pouvant être réemployés, les produits et équipements destinés au réemploi ne prennent pas le statut de déchet. »

(18) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 sept. 2019, n° 18-15710.

(19) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 juin 2009, n° 08-17200.

(20) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 mai 2014, n° 13-16855 : RDI 2014 p. 466, obs P. Malinvaud ; RGDA août 2014, n° 111c9, p. 464, note P. Dessuet.

(21) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2020, n° 19-11218 : RGDA oct. 2020, n° 117t7, p. 25.

### **b. Les conséquences en matière d'assurance construction obligatoire**

Peut-on considérer que réemploi des matériaux et assurance constituerait « un couple mal assorti »<sup>(22)</sup> ? C'est loin d'être certain.

Il est possible d'envisager deux points de discussions en matière d'assurance.

**La mise en œuvre de techniques non courantes ou de matériaux non homologués pour satisfaire aux nouveaux critères de performance environnementale.** On sait qu'en matière d'assurance construction obligatoire, le marché de l'assurance construction a toujours cherché, sous une forme ou sous une autre, à limiter et à moduler la prise en charge des sinistres en fonction des techniques mises en œuvre pour l'exercice des activités couvertes. Dans la mesure où la jurisprudence censure l'intégration des techniques mises en œuvre dans la définition des activités couvertes conduisant à une non-assurance, la seule solution offerte aux assureurs consiste à interroger l'assuré sur le point de savoir s'il met en œuvre des techniques non courantes. En cas de réponse erronée ou devenue caduque et dont l'inexactitude se révélerait après le sinistre, seules seraient applicables les sanctions prévues par l'article L. 113-9 du Code des assurances sur la diminution des indemnités à raison de la sous-estimation du taux qui en est résulté (règle proportionnelle de prime) et pas la « non-assurance ».

Reste un problème non négligeable à propos de l'assurabilité qui sera celui du recours des locataires en cas de vice du produit réutilisé... Cette problématique est naturellement un frein au développement de cette pratique et peut rejaillir sur l'assurabilité pour les assureurs d'entreprises.

**Les conséquences liées à l'application du droit commun du contrat d'assurance.** Deux sujets doivent être évoqués en matière d'assurance :

- La déclaration du risque ;
- La déchéance de garantie.

Faut-il, comme on a pu le lire çà et là, procéder à une déclaration de risque particulière lorsque le chantier utilise des éléments réemployés ? Deux questions se posent à propos de la déclaration du risque.

#### **Première question**

L'utilisation d'éléments réemployés rend elle caduque la déclaration de risque sur la mise en œuvre de techniques courantes ?

Si on s'en tient en effet à la recommandation FFA sur la définition de la technique courante telle que visée dans les questionnaires de déclaration de risque, il convient d'observer que la définition de la technique courante vise les travaux de construction répondant à une norme homologuée (NF DTU ou NF EN) ; or le choix des produits peut être spécifié par une norme NF DTU qui encadre la manière de les mettre en œuvre.

Dans ce cas, le produit peut être choisi suivant les caractéristiques techniques qui sont contenues dans la partie critères généraux de choix des matériaux (CGM), l'ex-chapitre « matériaux » du cahier des clauses techniques (CCT) des anciens DTU.

(22) N. Ciron, « Réemploi des matériaux et assurances un couple mal assorti ? », Rev. Op. immob., mars 2021, p. 45.

Dans la mesure où cette définition suppose donc, dans un certain nombre de cas, l'utilisation de produits normés NF, on pourrait s'interroger à propos de produits faisant l'objet d'un réemploi.

En effet, il pourrait s'agir d'un élément réalisé avant même l'existence de la norme NF (immeuble haussmannien) ou bien dont la date de réalisation correspond à un millésime normatif qui n'est plus celui en vigueur à la date de début des travaux.

#### **Deuxième question**

Toujours sur le terrain de la déclaration du risque, à terme on pourrait imaginer de la part d'assureurs inquiétés par le développement du réemploi, un questionnement sur la mise en œuvre d'éléments réemployés qui aurait alors valeur de déclaration de risque et pourrait justifier des tarifications plus élevées, voire des refus de souscrire sous réserve de la saisine du BCT par le candidat assuré. La déchéance de garantie prévues par les annexes I et II de l'article A. 243-1 du Code des assurances (C. assur., clause type RC décennale) en cas d'inobservation inexcusable des règles de l'art peut-elle être encourue par les constructeurs ?

L'éventuelle application de ce texte pose la question de la compatibilité du réemploi avec les règles de l'art et les normes type DTU. Outre que la preuve de l'incompatibilité incomberait à l'assureur et que la déchéance est inopposable au maître d'ouvrage et à ses ayants droit, il convient selon nous d'ajouter ceci :

Pour ce qui est des normes et en fait des DTU, nous venons de le voir, certains DTU peuvent viser la mise en œuvre de produits répondant aux normes NF.

Pour ce qui est des règles de l'art : on notera que la pratique du réemploi est très ancienne. On peut même parler d'une réalité pratique venue du fond des âges qui n'est pas *a priori* contraire aux règles de l'art, bien au contraire. Ainsi, comment ne pas être interpellé par cette contribution rédigée par Cécile Sabathier, doctorante en histoire médiévale, dans le cadre d'un séminaire organisé en 2016 par l'École française de Rome à propos des réemplois en architecture, entre Antiquité et Moyen Âge :

« La récupération et le réemploi des matériaux dans les villes du sud-ouest de la France pendant la guerre de Cent ans »<sup>(23)</sup>.

À partir de l'année 1345, la guerre de Cent Ans amène les gouvernements municipaux d'Albi, de Toulouse, de Rodez, de Cahors et de Montauban à concentrer leurs efforts sur l'amélioration de leurs fortifications. De ce fait, dès le début de la guerre, les villes engagent de grandes opérations de démantèlement de ces bâtiments, suivies d'importants travaux de désencombrement et de curage des fossés. Le rachat de bâtiments ruinés ou abandonnés, le financement des destructions et des estimations, le dédommagement des propriétaires ou encore l'achat direct de matériaux à des particuliers induisent un coût financier pour le pouvoir municipal. Mais ces opérations demeurent bien évidemment plus rentables et rapides que l'extraction et le transport de matériaux neufs.

Pour autant, les sources écrites tendent à montrer que les rachats et les démantèlements d'édifices, décidés par les consuls, s'inscrivent clairement dans la perspective d'une réutilisation pour approvisionner rapidement les chantiers et pallier la pénurie de matériaux. Et ce

(23) <https://lext.so/bgClOe>.

à plus forte raison lorsque l'on considère la valeur marchande des matériaux anciens.

En effet, les édiles estiment parfois moins profitable la réutilisation de vieux matériaux que leur vente à des particuliers. Il est alors plus intéressant de tirer des matériaux anciens un produit financier, d'autant plus que le matériau de seconde main peut ne pas correspondre aux besoins immédiats des chantiers.

Les destructions des bâtiments et la vente des matériaux récupérés peuvent même donner lieu à la création d'entreprises spécialisées. À Toulouse, par exemple, une société au capital de 150 florins, constituée en octobre 1360, en vue de l'achat d'immeubles ruinés, de leur mise à terre, et de la revente des matériaux rapporte en moins de deux semaines 80 florins aux deux associés. Dans l'urgence du conflit militaire et la nécessité de construire rapidement, le réemploi correspond, certes, à une économie non négligeable mais suscite également tout un marché et impulse même la spécialisation et l'organisation d'un secteur du domaine de la construction. La récupération et le réemploi ne procèdent donc pas d'opportunités isolées, mais paraissent clairement correspondre à une pratique systématique et organisée. Aux matériaux anciens s'ajoutent, bien évidemment, des livraisons de matériaux neufs. Néanmoins, il faudrait envisager les possibles modifications et perturbations engendrées par les événements militaires sur l'exploitation des ressources et sur les réseaux d'approvisionnement, notamment en ce qui concerne les transports de matériaux par voie d'eau. Les destructions d'édifices induisent des dépenses et la mobilisation de moyens matériels et humains, particulièrement pour le nettoyage, le tri et le transport des matériaux anciens. Le démontage s'accompagne également du tri qui permet de rejeter l'inutile et de ranger les matériaux par catégories. Les actions de nettoyage et de tri sont désignées par de nombreux termes, qui permettent, là encore, de saisir la diversité et l'ampleur de ces tâches de maintenance. Les déconstructions et les multiples tâches de maintenance que nécessite le processus de récupération et de réemploi révèlent l'ampleur d'une telle entreprise. Cette importance se définit également par la diversité des matériaux récupérés. Ces derniers sont destinés à deux usages distincts. Reste qu'en termes d'assurabilité, le sujet peut faire débat chez les assureurs en RC décennale, compte tenu de la difficulté pour effectuer des recours au titre des vices affectant ces produits.

#### 4. La remise en cause de la pratique des travaux modificatifs acquéreurs (TMA) dans les contrats de VEFA

L'un des indicateurs de performance environnementale prévu dans le cadre du projet de RE 2020 est l'ic « Composant » dont l'objet sera de mesurer l'impact sur le changement climatique associé aux composants du bâtiment, évalué sur l'ensemble de son cycle de vie, tenant compte du stockage, pendant la vie du bâtiment, de carbone issu de l'atmosphère. Il est défini par un indicateur exprimé en kg équivalent CO<sub>2</sub>e/m<sup>2</sup>.

Il correspond à l'impact sur le changement climatique lié à la production des composants du bâtiment, leur transport, leur installation, leur utilisation à l'exclusion des besoins en énergie et en eau de la phase d'exploitation du bâtiment, leur maintenance, leur réparation, leurs remplacements et leur fin de vie. L'évaluation de cet impact prend en compte les charges et bénéfices liés à la valorisation des composants en fin de vie.

De là il résultera une nécessaire prudence de la part des promoteurs maîtres d'ouvrage pour la prise en compte des travaux modificatifs acquéreurs conduisant à installer des éléments d'équipement différents de ceux prévus à l'origine.

#### 5. L'évolution prévisible de la définition prétorienne de la destination attendue d'un ouvrage : la prise en compte du confort d'été

Certes, il fut récemment jugé que le non-respect de la réglementation thermique 2005 pour les températures d'été ne constitue pas une impropriété à destination et n'est donc pas de nature à entraîner par lui-même et de ce seul fait la mise en jeu de la RC décennale<sup>(24)</sup>.

« Mais attendu qu'ayant relevé, sans se fonder ni sur une immixtion fautive, ni sur une acceptation délibérée des risques, que l'Eurl, qui n'avait eu aucun rôle dans la conception de l'ouvrage, n'avait fait que suivre les instructions du maître de l'ouvrage et que c'était à juste titre que la SMA faisait valoir que le non-respect de la réglementation thermique 2005 pour les températures d'été ne constituait pas une impropriété à destination, la cour d'appel a pu en déduire, d'une part, que ce défaut de conseil ne pouvait être analysé que comme une perte de chance pour le maître de l'ouvrage de ne pouvoir obtenir une maison conforme à la réglementation thermique 2005, d'autre part, que l'action directe de la SCI et l'action en garantie de l'Eurl devaient être rejetées. »

Cependant, la future réglementation environnementale 2020, élaborée 15 ans plus tard, reflète une évolution sociétale certaine en ce qui concerne les éléments de confort attendu d'un immeuble. Sa présentation même dans les textes a pris une forme différente, puisque cette réglementation a vocation à définir ce que la loi elle-même (CCH, art. L. 171-1) évoque le respect nécessaire « d'objectifs de qualité sanitaire et de confort thermique ».

La réécriture de l'ensemble de la réglementation construction (CCH, livre I) sous la forme d'objectifs généraux à atteindre et notamment le titre VII sur la performance énergétique et environnementale dont on sait qu'il renvoie à de nouvelles valeurs sociétales sur le développement durable pourrait en effet favoriser l'intégration de la performance énergétique dans la destination des ouvrages<sup>(25)</sup>.

L'article L. 171-1 du Code de la construction et de l'habitation issu de l'ordonnance *Essoc II* reprend les principes généraux :

« La construction et la rénovation de bâtiments contribuent à atteindre les objectifs de la politique nationale énergétique fixés à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie.

Elles limitent les consommations d'énergie et de ressources des bâtiments construits et rénovés ainsi que leur impact sur le changement climatique sur leur cycle de vie, afin qu'ils soient les plus faibles possible, sans préjudicier au respect des objectifs de qualité sanitaire et au confort thermique. Le respect de ces objectifs tient compte du confort d'usage ainsi que de la qualité sanitaire mentionnés au titre V. »

(24) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2019, n<sup>o</sup> 18-16751.

(25) V. en ce sens M. Poumarède « Du permis d'expérimenter à la rédaction performancière du Code de la construction et de l'habitation : quelles conséquences sur les responsabilités et leurs assurances », RDI 2020, p. 41.

## B. L'impératif de développement massif de la rénovation énergétique et ses conséquences

La réalisation de travaux de rénovation énergétique suppose le recours à un certain nombre de pratiques qui posent de réels problèmes tant en matière de responsabilité que d'assurance et qui malheureusement n'ont pas été évoqués dans le rapport parlementaire d'information sur la rénovation thermique des bâtiments qui vient d'être déposé ni plus généralement dans aucun texte<sup>(26)</sup> :

- Premier problème : le cadre juridique des travaux d'installation d'une centrale photovoltaïque en matière de responsabilité et d'assurance et les pratiques du marché de l'assurance ;
- Deuxième problème : les contours incertains de la notion d'ouvrage ;
- Troisième problème : l'installation isolée d'une simple pompe à chaleur, d'un ballon d'eau chaude, d'un insert de cheminée ou le changement d'une chaudière par exemple sur un ouvrage existant, est éligible à la RC décennale ;
- Quatrième problème : l'intégration ou non dans les garanties d'assurance obligatoires d'une éventuelle insuffisance de performance des travaux de rénovation énergétique des bâtiments ;
- Cinquième problème : la couverture incendie en cours de chantier des existants objet des travaux de rénovation énergétique.

### 1. Premier problème : le cadre juridique des travaux d'installation d'une centrale photovoltaïque sur un existant en matière de responsabilité et d'assurance et les pratiques du marché de l'assurance

#### a. Les problèmes d'ordre juridique

Si nous prenons pour acquis que l'installation d'une centrale photovoltaïque constitue bien la construction d'un ouvrage au sens de l'article 1792 du Code civil et qu'il se trouve donc éligible aux garanties légales de responsabilité, un débat peut exister quant au régime juridique applicable à l'assurance des constructeurs.

En effet, l'article L. 243-1-1 du Code des assurances, I, § 2, exclut du champ de l'assurance construction obligatoire les ouvrages de production d'énergie, mais ce même article prévoit « *in fine* » la possible réintégration de l'ouvrage exclu, dès lors qu'il constitue l'accessoire d'un ouvrage soumis à l'obligation d'assurance.

Tel sera naturellement le cas d'une centrale photovoltaïque installée en vue d'alimenter l'ouvrage existant, c'est à dire pour un usage d'autoconsommation.

À la suite d'une habilitation accordée par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte, l'autoconsommation a été instaurée par l'ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016, relative à l'autoconsommation, dont les dispositions sont codifiées aux articles L. 315-1 et suivants du Code de l'énergie et ses modalités d'applications ont été précisées la même année par un décret n° 2017-676 du 28 avril 2017, dont les dispositions sont codifiées aux articles R. 315-1 et suivants du Code de l'énergie.

(26) Rapport d'information n° 3871 sur la rénovation thermique des bâtiments au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 février 2021, p. 89 : <https://lext.so/mOG-Lw>.

Désormais, un producteur d'électricité est, d'une part, autorisé à consommer sa propre production d'électricité et, d'autre part, à bénéficier d'un tarif lié à une obligation d'achat ou d'une prime de rémunération pour la part d'électricité qu'il ne souhaite pas consommer lui-même.

Il convient cependant de distinguer deux types d'hypothèses d'autoconsommation :

- L'autoconsommation « individuelle » consiste à ce qu'un producteur consomme « lui-même et sur un même site tout ou partie de l'électricité produite par son installation », que cette électricité soit consommée « instantanément » ou « après une période de stockage », en vertu de l'article L. 315-1 du Code de l'énergie ;
- L'autoconsommation « collective » concerne un ou plusieurs producteurs et consommateurs liés, aux fins de produire et de consommer de l'électricité entre eux, par la création d'une personne morale commune, responsable de l'opération.

Les points de soutirage (pour les consommateurs) et d'injection (pour les producteurs) doivent obligatoirement être « situés en aval d'un même poste public de transformation d'électricité de moyenne en basse tension » en vertu de l'article L. 315-2 du Code de l'énergie.

On parle d'autoconsommation collective « étendue » toujours aux termes de l'article L. 315-2 lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale dont les points de soutirage et d'injection sont situés sur le réseau basse tension et respectent les critères, notamment de proximité géographique, fixés par arrêté du ministre chargé de l'Énergie<sup>(27)</sup>.

Jusqu'à une époque récente, la distance maximum était fixée à 2 km ; elle vient d'être étendue à 20 km.

Une opération d'autoconsommation doit nécessairement être raccordée aux réseaux publics de distribution d'électricité.

### 9. L'autoconsommation individuelle : la problématique de la temporalité. Il existe une réelle incertitude quant au régime juridique applicable aux polices couvrant la réalisation d'ouvrages de production d'énergie sur un existant tel que des panneaux photovoltaïques destinés à l'autoconsommation.

Normalement exclus de l'assurance construction obligatoire par l'effet de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances, au titre des ouvrages de production d'énergie, sont-ils biens réintroduits lorsqu'ils ont pour finalité l'autoconsommation, comme accessoire d'un ouvrage soumis quelle que soit son ancienneté ou existe-t-il des critères de temporalité consistant à considérer que pour que l'ouvrage exclu soit réintégré, sa réalisation doit être concomitante à la réalisation de l'ouvrage principal ?

Même s'il n'existe aujourd'hui aucune décision en ce sens et que rien dans le texte ne permettrait d'ajouter ce critère pour juger du caractère accessoire de l'installation, il n'en demeure pas moins qu'une certaine pratique du marché de l'assurance prend en compte ce critère et rend la souscription des polices dommages ouvrage difficile pour ce type de travaux.

(27) <https://lext.so/bNXfch>.

#### 10. L'autoconsommation collective étendue : la problématique liée à la distance.

Un arrêté tout récent du 14 octobre 2020<sup>(28)</sup> fixant le critère de proximité géographique de l'autoconsommation collective étendue est venu allonger la distance de 2 km à 20 km entre l'ouvrage de production et le point le plus éloigné de consommation.

La question se pose aujourd'hui donc avec une certaine acuité du point de savoir si l'ouvrage de production en question situé à 20 km des consommateurs finaux pourrait satisfaire au critère de l'accessoire et donc être réintroduit dans le régime de l'assurance construction obligatoire.

Si on retient le critère « téléologique » pour définir la notion d'accessoire, c'est-à-dire celui de la finalité plutôt que celui de la proximité géographique, on considérera en effet que cet ouvrage est bien l'accessoire des ouvrages qu'il sert à alimenter et donc réintroduit dans l'obligation d'assurance.

#### b. Les problèmes liés aux pratiques du marché de l'assurance

L'incidence en matière d'assurance de ce type d'installation se trouve également dans les pratiques du marché de l'assurance construction obligatoire.

La pratique du marché de l'assurance, en effet, en marge de la jurisprudence la plus affirmée<sup>(29)</sup>, entend limiter l'exercice de l'activité couverte au titre d'une police RC décennale, en fonction des techniques mises en œuvre par l'installateur des panneaux photovoltaïques, et plus largement par tout entrepreneur, en n'accordant les garanties en ce domaine que pour le cas où l'installateur assuré met en œuvre des techniques courantes.

La difficulté vient des termes de la définition de la notion de technique courante, telle qu'elle figure dans les polices et qui sont en fait parfaitement inaccessibles et inintelligibles pour un maître d'ouvrage particulier conduisant par exemple au fait que le particulier en question peut parfaitement répondre par l'affirmative à une question de l'assureur dommages ouvrage sur le point de savoir si l'installation photovoltaïque qu'il envisage de faire installer suppose la mise en œuvre de techniques courantes, alors qu'en réalité la réponse pourra être regardée comme erronée au regard de la définition figurant dans le questionnaire, justifiant en cas de sinistre l'application d'une règle proportionnelle de prime venant diminuer l'indemnisation.

De même, il pourra aussi se trouver en possession d'une attestation RC décennale couvrant l'installateur pour la pose de panneaux photovoltaïques, alors que les techniques mises en œuvre par cet installateur se révéleront non courantes, aboutissant à un refus de garantie en cas de sinistre, certes souvent parfaitement discutable en droit, sauf à démontrer que l'assuré a répondu à une question de l'assureur sur l'usage de technique courante, puisque la jurisprudence interdit formellement d'introduire des restrictions quant aux conditions de mises en œuvre d'une activité garantie<sup>(30)</sup>, mais là encore après de longs contentieux.

À la base, le marché entend en effet délivrer des garanties tant en DO qu'en police RD décennale limitées aux seuls travaux mettant en œuvre des techniques courantes sur la base d'une définition de la

technique courante issue d'une recommandation de la Fédération des assureurs, à savoir une circulaire FFSA n° 78/20 14 du 23 décembre 2014.

Or cette définition vise bien évidemment les travaux faisant l'objet d'un DTU, mais il n'en n'existe pas pour le photovoltaïque ou bien encore les travaux faisant appel à des « procédés bénéficiant d'un agrément technique européen (ATE) en cours de validité ou d'une évaluation technique européenne (ETE) bénéficiant d'un document technique d'application (DTA), ou d'un avis technique (ATec), valides et non mis en observation par la C2P », c'est-à-dire la Commission prévention produit de l'Agence qualité construction.

Or il se trouve – mais encore faut-il le découvrir en naviguant sur le site de l'AQC, car la définition des techniques courantes figurant dans les polices se contente de viser le site sans autres précisions – que les procédés photovoltaïques ont précisément tous été mis en observation aux termes des trois communiqués successifs de la C2P n° 71, 72 et 74<sup>(31)</sup>, mais qu'en réalité, et là encore, la définition n'en fait nullement état, ces procédés mis en observation pourront revenir sur une liste dite « liste verte »<sup>(32)</sup> visant les procédés non mis en observation, après un nouvel examen par la C2P de ces procédés.

#### 2. Deuxième problème : les contours incertains de la notion d'ouvrage lorsque les travaux ne consistent pas en la pose d'un élément d'équipement isolé

Nous avons eu en maintes occasions l'opportunité de souligner le caractère erratique de la jurisprudence sur la notion d'ouvrage en matière de travaux réalisés sur un existant, compte tenu de la multiplicité de critères pris en compte au gré des décisions, sans justification particulière du choix de l'un plutôt que l'autre<sup>(33)</sup>.

S'agissant par exemple de la pose d'une isolation thermique par l'extérieur ou par l'intérieur, ou encore de combles perdus ou aménagés par projection de laine de roche par exemple, la question se posera inmanquablement : quel critère retenir ? L'ajout de matière, le coût des travaux, l'importance technique ?

La réponse n'est pas sans conséquence sur la qualité de l'assurance dont disposera l'entreprise : si les travaux sont qualifiés de construction d'un ouvrage, elle disposera à peine de sanction pénale, voire même civile, sur les biens propres du gérant de la société, de l'assurance couvrant sa RC décennale, dont la pérennité sur 10 ans est garantie par la loi même en cas de disparition de l'entreprise, sous réserve bien évidemment d'avoir pris la précaution d'exiger la transmission d'une attestation d'assurance valable à la date de commencement des travaux signé par une compagnie d'assurances et non par un courtier et d'avoir vérifié que les activités indiquées comme couvertes correspondent bien au contenu de la prestation effectuée.

Dans le même ordre d'idée, il conviendra d'exiger la mention d'une couverture des dommages aux existants qui pourraient résulter des travaux sur l'état de la charpente ou de la couverture par exemple, voire même sur d'éventuelles infiltrations d'eau qui pourraient en résulter ou encore d'un incendie, dans l'hypothèse de travaux

(28) <https://lext.so/dA8z1q>.

(29) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2008, n° 07-14884 : Bull. civ. III, n° 126 ; RDI 2008, p. 508, obs. P. Dessuet.

(30) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2008, n° 07-14884 : Bull. civ. III, n° 126.

(31) <https://lext.so/Epqim3>.

(32) <https://lext.so/S-EOdj>.

(33) P. Dessuet « Les travaux sur existants : La responsabilité », RDI 2012 p. 128 ; P. Dessuet, « Après le vote de la loi "transition énergétique", quel régime juridique applicable en matière de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la performance énergétique ? », RGDA nov. 2015, n° 112t2, p. 509.

d'injection de laine de roche dans des combles traversés par des conduits de cheminée par exemple.

On rappellera aussi qu'en pareille hypothèse, la loi oblige le maître de l'ouvrage à souscrire une police dommages-ouvrage dont l'objet est de préfinancer les désordres qui affecteraient lesdits travaux et notamment le cas où ils se révéleraient impropres à leur destination en raison de la dégradation au fil du temps de la performance énergétique attendue, voire tout simplement d'un défaut d'isolation.

### 3. Troisième problème : l'installation isolée d'une simple pompe à chaleur, d'un ballon d'eau chaude, d'un insert de cheminée ou le changement d'une chaudière par exemple sur un ouvrage existant, la pose de fenêtres est éligible à la RC décennale

On le sait, le régime juridique applicable aux garanties d'assurance – assurance obligatoire ou assurance facultative – est très largement impacté par le régime de responsabilité applicable à ceux qui vont réaliser ces travaux, ce qui nous renvoie aux évolutions jurisprudentielles récentes, unanimement contestées, mais sans doute irréversibles en l'état, concernant l'adjonction d'un élément d'équipement sur un ouvrage existant.

Aux termes de cette jurisprudence, la pose d'une pompe à chaleur, le changement d'une chaudière, ou l'installation d'un nouveau ballon d'eau chaude s'analyse en l'adjonction d'un élément d'équipement dissociable sur un ouvrage existant et se trouve de ce fait éligible au régime des garanties légales de responsabilité et donc aussi à celui de l'assurance construction obligatoire<sup>(34)</sup>.

On rappellera par ailleurs que l'installateur de la pompe à chaleur ainsi assujéti à la RC décennale pourra appeler en garantie le fabricant sur le fondement de la RC décennale, au titre des « Éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire » du fabricant avec l'installateur (C. civ., art. 1792-4), dans la mesure où un arrêt ancien l'a intégré dans la liste très fermée des EPERS<sup>(35)</sup>.

On sait en revanche que si cette installation n'est pas isolée, mais s'inscrit dans un ensemble de travaux plus vaste, la Cour de cassation n'envisagera pas la question de l'éligibilité, élément par élément, mais prendra en compte les travaux dans leur ensemble pour déterminer s'il constitue la construction d'un ouvrage, ce qui pourra faire débat, compte tenu de la multiplicité des critères retenus et leur application pour le moins erratique, nous venons de l'évoquer. Il fut jugé ainsi à propos de désordres affectant un ballon d'eau chaude dont l'installation faisait partie d'un ensemble de travaux réalisés sur existant<sup>(36)</sup>.

Sur ce point, en droit des assurances il n'existe pas là encore de problématiques spécifiques, dès lors que la jurisprudence considère que la pose de ces éléments sera considérée comme éligible aux garanties légales de responsabilité et donc à la RC décennale, de sorte que les installateurs, devenus constructeurs s'ils traitent directement

(34) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 juin 2017, n° 16-19640 : RGDA juill. 2017, n° 114s7, p. 426, note P. Dessuet ; RDI 2017 p. 409, note C. Charbonneau ; RDI 2017, p. 413, note J. Roussel ; J.-P. Karila, « L'avènement "contra legem" d'un nouveau débiteur de la garantie décennale », JCP G 2017, 1018 ; G. Durand-Pasquier, « Travaux sur existants : de la nécessité de circonscrire l'extension de la décennale en cas d'installation d'éléments d'équipement dissociables sur existants », Constr.-Urb. 2018, focus 1 et 2 ; H. Périnet-Marquet, « Retour sur les éléments d'équipement installés sur l'existant », Constr.-Urb. 2018, p. 5 ; BICC n° 872, 1<sup>er</sup> déc. 2017 : <https://lext.so/nQfvVN>.

(35) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 janv. 1993, n° 90-21224 : Bull. civ. III, n° 4 ; RGAT 1993, p. 320, obs. H. Périnet-Marquet.

(36) Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-27494.

avec le maître de l'ouvrage, seront « *de facto* », assujéti à l'assurance construction obligatoire, et il en ira de même en principe pour les maîtres d'ouvrage faisant réaliser ces travaux lorsqu'ils vendent un ouvrage ayant fait l'objet de ce type d'installation depuis moins de 10 ans.

Le problème réside davantage dans les pratiques de marché, car les assureurs contestent à l'unisson de la doctrine, l'application de cette évolution jurisprudentielle sur l'adjonction des éléments d'équipement sur un existant.

Dès lors, en réalité, il sera pratiquement impossible pour un maître d'ouvrage de souscrire une police dommages-ouvrage pour la pose isolée d'une pompe à chaleur, ou d'une chaudière, alors qu'en cas de vente de la maison, il se trouvera « *de facto* » débiteur d'une RC décennale vis-à-vis de son acquéreur et que l'absence de souscription d'une police DO pourrait justifier l'application d'une moins-value, si la pose a eu lieu depuis moins de 10 ans...

Qu'en sera-t-il de l'installateur ou du vendeur qui effectuera la pose sur site et qui pourrait sans le savoir se trouver en situation d'enfreindre les dispositions sur l'obligation d'assurance, ce qui ne l'empêcherait pas, en cas de sinistre, d'être poursuivi, y compris sur ses biens propres, en qualité de gérant de sa société ? On l'a vu récemment à propos d'un installateur de panneaux photovoltaïques sur une toiture existante qui s'estimait non tenu, car pour lui il ne réalisait pas un ouvrage, alors que la Cour de cassation en a décidé autrement<sup>(37)</sup>.

Les assureurs seront d'autant moins enclins à délivrer ce type de garantie aux installateurs que si cet élément d'équipement, tel une chaudière par exemple, installée en l'état est à l'origine d'un incendie, la Cour de cassation entend faire application du régime des garanties obligatoires à la destruction consécutive des existants<sup>(38)</sup>, ce qui place l'assureur de l'installateur en question en situation de devoir indemniser la réparation des existants sans limite de coût alors qu'il n'a perçu de prime que pour la réalisation de modestes travaux neufs.

L'absence de neutralisation de cette jurisprudence par la voie législative est donc, selon nous, un frein juridique majeur à la mise en œuvre de travaux de rénovation énergétique.

Cette neutralisation devrait naturellement passer par une loi qui traite le problème à la racine, c'est-à-dire sur le texte même de l'article 1792 du Code Civil et non simplement sur la disposition de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances qui parle du régime applicable à l'assurance des travaux sur existants, dont que la Cour de cassation a su trouver le moyen de faire tout simplement abstraction, en considérant qu'il ne s'applique qu'à la « construction » d'un ouvrage sur un existant et non à celui de « l'adjonction » d'un élément d'équipement sur un existant qui pour le coup en effet ne peut être qualifié d'ouvrage.

Il conviendrait en réalité, selon nous, d'ajouter une phrase à l'article 1792 du Code Civil pour que la difficulté disparaisse instantanément : « Une telle responsabilité n'a également point lieu si les travaux réalisés consistent uniquement en l'adjonction isolée d'un élément d'équipement sur un ouvrage préexistant. »

(37) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2017, n° 16-24492.

(38) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 oct. 2017, n° 16-18120 : RGDA nov. 2017, n° 115b0, p. 562, note P. Dessuet ; RDI 2018, p. 41, note C. Charbonneau ; H. Périnet-Marquet, « Retour sur les éléments d'équipement installés sur l'existant », Constr.-Urb. 2018, p. 5 ; V. Georget, Conseiller référendaire Cour de cassation, « Éléments d'équipement sur existant : garantie décennale et assurance obligatoire », D. 2018, p. 1331 ; BICC n° 877, 1<sup>er</sup> mars 2018 ; et surtout rapport annuel : <https://lext.so/nQfvVN>.

Malheureusement, les textes sur la rénovation énergétique ignorent ce problème.

#### 4. Quatrième problème : la prise en charge ou non au titre des garanties d'assurance obligatoires d'une éventuelle insuffisance de performance des travaux de rénovation énergétique des bâtiments

Là encore, il s'agit d'une problématique de responsabilité qui a cette fois un impact direct sur l'étendue même de la garantie d'assurance, puisqu'on le sait, en matière de garantie obligatoire, l'étendue de la garantie d'assurance se superpose à celle de la RC décennale, sauf si les travaux figurent dans la liste des ouvrages exclus de l'obligation d'assurance à raison de leur nature (C. assur., art. L. 243-1-1) ou de leur montant (C. assur., art. L. 243-9).

On sait aussi que l'article L. 111-13-1 du Code de la construction et de l'habitation, devenu L. 123-2 par l'effet de l'ordonnance *ESSOC II*, intègre la performance énergétique dans la destination attendue d'un ouvrage, mais les critères imposés au juge par cet article, pour retenir l'impropriété à la destination en matière de performance énergétique sont très stricts et pratiquement impossibles à satisfaire, faute de référentiels objectifs pour en apprécier le respect, ce qui « *de facto* » rend impossible la mobilisation des garanties d'assurance construction obligatoire en ce domaine : article L. 111-13-1 du Code de la construction et de l'habitation, devenu l'article L. 123-2 du Code de la construction et de l'habitation :

« En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article L. 111-13, ne peut être retenue qu'en cas de dommages résultant d'un défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage, de l'un de ses éléments constitutifs ou de l'un de ses éléments d'équipement conduisant, toute condition d'usage et d'entretien prise en compte et jugée appropriée, à une surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant. »

Mais qu'en sera-t-il demain à propos de travaux de rénovation énergétique ? En ce cas, s'agissant de travaux réalisés sur un existant, le juge disposera alors de référentiels pour mesurer la satisfaction à ces critères.

Le juge disposera, en premier lieu, d'un référentiel pour juger de l'entretien avec la création du carnet d'entretien tel qu'il figure dans le projet de loi de ratification de la loi *ESSOC II*<sup>(39)</sup>.

En effet, le projet de loi de ratification de l'ordonnance *ESSOC II* introduit par voie d'amendement au texte d'origine de l'ordonnance le « carnet d'information du logement », contenant : « 3° Les notices de fonctionnement, de maintenance et d'entretien des ouvrages ayant une incidence directe sur la performance énergétique du logement ».

Ne serait-il pas précisément susceptible de créer le référentiel qui manquait jusqu'ici pour juger du défaut d'entretien en habitation avec à la clef la possibilité de multiplier les refus de garantie au titre d'une exclusion figurant dans la clause type ?

Par ailleurs, la « consommation énergétique » du bâtiment avant rénovation sera connue elle aussi et pourra donc être comparée avec ce que le marché aura prévu en termes d'amélioration et ainsi servir

de référence au juge pour apprécier si on est en présence d'une éventuelle « surconsommation » à un « coût exorbitant »

Les conditions seront donc réunies pour que des condamnations puissent être prononcées sur le terrain décennal conduisant *ipso facto* à la mise en jeu des garanties obligatoires en matière d'assurance.

Ce texte de l'article L. 111-13-1 du Code de la construction et de l'habitation, écrit à la hâte par des non-juristes, ne contraint nullement le juge dans le choix de ses référentiels pour juger de la surconsommation et donc de l'impropriété à la destination qui mène à la RC décennale ; pour autant qu'ils soient objectifs, ces référentiels peuvent parfaitement résulter des termes du marché et de la consommation promise...

Dès lors, les garanties obligatoires pourraient donc se trouver mobilisées pour un problème de surconsommation, ce qui assurément ne saurait être admis sans résistance du marché.

Reste à savoir quel sera le degré de précision des marchés quant à la performance énergétique promise car la pratique semble indiquer qu'un devis signé par le maître de l'ouvrage tient le plus souvent lieu de marché de travaux, avec renvoi à la norme NFP 01 003, dont bien évidemment les maîtres d'ouvrage particuliers ignorent tout, ce qui pourrait les rendre inopposables. L'article 1119 du Code civil dispose en effet que « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ».

Il est assez regrettable à cet égard qu'à la suite d'un *lobbying* intensif, on ait procédé à la suppression de l'ex-article 5 *bis* A qui avait été introduit au cours des débats parlementaires dans le projet de loi transition énergétique voté en août 2015 lequel disposait :

« Le chapitre I<sup>er</sup> du titre II du Code de la consommation est complété par une section 18 ainsi rédigée :

##### Section 18

Contrats de prestation visant à l'amélioration de la performance énergétique ou environnementale d'un bâtiment :

« Art. L. 121-115 – Tout contrat de prestation visant à l'amélioration de la performance énergétique ou environnementale d'un bâtiment indique, à peine de nullité et par une mention expresse, si le prestataire s'oblige ou non à atteindre un niveau d'amélioration de la performance énergétique ou environnementale et précise, le cas échéant, ce niveau.

« L'absence de cette mention dans le contrat est punie d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2.

« Un décret précise les prestations mentionnées au premier alinéa du présent article. »

Un amendement n° 13 visant à supprimer cet article, déposé par les députés de l'opposition lors de l'examen définitif du texte, fut finalement adopté, alors même que lors des deux lectures précédentes, ces mêmes députés avaient voté le texte en question.

Il est intéressant de lire le détail de cet amendement afin d'apprécier le décalage avec la réalité du texte qu'il vise à supprimer...

« Cet article prévoit que, dans le cadre d'un contrat de prestation d'amélioration de la performance énergétique d'un bâtiment, le prestataire s'oblige à atteindre un niveau d'amélioration de la performance énergétique ou environnementale.

(39) Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020, relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre I<sup>er</sup> du Code de la construction et de l'habitation. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2020 : <https://ext.so/hDg5H2>.

Il est difficilement applicable, car il n'existe pas, à ce jour, de définition précise de la performance environnementale. Or l'article prévoit un régime de sanction qui sera prononcé sur la base de ces dispositions. Il est à craindre que cette disposition ne contribue à multiplier les contentieux.

En outre, il ne fait que rajouter des charges pour les entreprises du secteur, déjà touchées par une conjoncture économique difficile. »

Il est de jurisprudence constante que l'obligation des constructeurs en matière de marché de travaux s'analyse en une obligation de résultat, débouchant sur une présomption de responsabilité dès lors que le résultat n'est pas atteint. Il semblerait manifestement que les auteurs de l'amendement se soient mépris sur le sens à donner à ce terme et qu'une assimilation un peu hâtive ait été faite entre obligation de résultat et performance réelle... : le respect d'une performance de convention ou d'un label peut en effet parfaitement constituer une obligation de résultat...

Le texte en question, contrairement à ce qu'annonçait l'amendement, n'avait donc pas pour effet d'alourdir les contraintes pesant sur les constructeurs, bien au contraire, puisqu'il ouvrait même la faculté de stipuler dans les marchés l'absence d'engagement sur un résultat ; c'était un texte dont le seul objet était la transparence de l'information : informer le consommateur sur la réalité de la prestation : « s'oblige ou non à atteindre un niveau d'amélioration et précise, le cas échéant, ce niveau. »

Au total, contrairement à ce que semblent indiquer ceux qui ont poussé cet amendement, dont il n'y a pas lieu d'être fier, il ne s'agit en rien d'une avancée, mais d'un recul, dont l'effet aura pour effet principal de favoriser les malentendus sur la prestation promise et donc les contentieux<sup>(40)</sup>.

Enfin, dans la mesure où le désordre allégué ne concerne pas « la performance énergétique du bâtiment » mais uniquement « l'isolation thermique », à raison notamment d'un défaut d'étanchéité de l'ouvrage à l'air, l'impropriété à la destination pourrait alors être retenue comme elle l'a déjà été par le passé à deux reprises, sans que s'appliquent les critères très restrictifs posés par le nouvel article pour que le juge puisse retenir l'impropriété à la destination. Le défaut d'isolation thermique dans ce cas de figure serait en quelque sorte assimilé à un « défaut d'étanchéité ».

On a déjà rencontré une première application de ce principe en 2013<sup>(41)</sup> :

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les désordres engendrés par les défauts d'isolation thermique ne rendaient pas la maison impropre à sa destination, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

On en trouve encore une application récente en 2015, dans une espèce où la RT 2012 n'était toujours pas applicable<sup>(42)</sup>...

« Qu'en statuant ainsi, par cette seule affirmation et sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les désordres affectant l'isolation thermique et le chauffage et si l'impossibilité de le clore ne rendaient pas le logement impropre à sa destination, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

(40) [https://lext.so/h\\_W1Qu](https://lext.so/h_W1Qu).

(41) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 oct. 2013, n° 12-25370 ; RDI 2014, p. 53, note P. Malinvaud ; RDI 2014, p. 115, J. Roussel.

(42) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juill. 2015, n° 14-17916, D.

### 5. Cinquième problème : la couverture incendie en cours de chantier des existants objet des travaux de rénovation énergétique

Le problème se pose naturellement avec une acuité particulière pour les grandes opérations. Qui dit travaux de rénovation énergétique, dit naturellement travaux sur existants. Or traditionnellement, le marché de l'assurance Tous risques chantier se montre réticent à couvrir l'incendie dans le cadre de la garantie spécifique au titre des dommages causés par les travaux neufs à l'existant en cours de travaux.

Quand il accepte de le faire, c'est dans le cadre d'une garantie dite IFE « Incendie foudre explosion » limitée à 3 M€ maximum, ce qui bien évidemment n'est pas adapté pour les grandes rénovations.

Reste la solution de la police multirisques incendie étendue à la phase chantier, mais là encore le marché se montre souvent réticent à délivrer ce type de garantie pour un chantier.

S'agissant des travaux engagés par des particuliers, le problème est différent, car ils ne souscrivent pas de polices TRC et c'est donc seule la police multirisques qui pourrait être sollicitée.

Il existe en ce cas une difficulté dès lors que l'incendie provient d'un élément d'équipement adjoint, une chaudière par exemple.

D'un côté, la Cour de cassation considérera<sup>(43)</sup> que l'incendie consécutif à un vice affectant l'élément installé relèverait de l'application des garanties obligatoires en matière de construction, ce que les assureurs refusent farouchement d'appliquer.

De l'autre, le sinistre se trouvera *de facto* exclu des polices multirisques comme tous les dommages relevant de l'assurance construction obligatoire, même si en principe une recommandation non publiée de la FFA invite à ne pas invoquer l'exclusion en cette circonstance<sup>(44)</sup>.

### 6. Sixième problème : l'abandon de chantier au milieu des travaux

L'expérience de la rénovation énergétique à 1 € démontre que les hypothèses sont fréquentes et qu'à la différence de ce qui est requis pour la construction d'une maison individuelle, la loi ne prévoit pas la souscription d'une garantie de livraison.

En conclusion, l'urgence en matière juridique, tant sur le terrain des responsabilités encourues qu'en matière d'assurance, n'est pas tant de créer des produits nouveaux que de procéder à quelques retouches législatives sur le terrain des responsabilités à propos du texte de l'article 1792 du Code civil voire de l'article L. 123-2 du Code de la construction et de l'habitation à propos de l'impropriété à la destination en matière environnementale ou de faire évoluer certaines pratiques du marché de l'assurance pour garantir une meilleure fluidité du système d'assurance construction obligatoire, au demeurant seul susceptible d'apporter une couverture efficace et pérenne des risques tels que nous venons de les exposer.

(43) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 oct. 2017, n° 16-18120 ; RGDA nov. 2017, n° 115b0, p. 562, note P. Dessuet ; RDI 2018, p. 41, note C. Charbonneau ; H. Périnet-Marquet, « Retour sur les éléments d'équipement installés sur l'existant », *Constr.-Urb.* 2018, p. 5 ; V. Georget, Conseiller référendaire Cour de cassation, « Éléments d'équipement sur existant : garantie décennale et assurance obligatoire », *D.* 2018 p. 1331 ; BICC n° 877, 1<sup>er</sup> mars 2018 ; et surtout rapport annuel : <https://lext.so/nQfvVN>.

(44) Circulaire FFA 35/2018 du 25 septembre 2018 ; Circulaire construction et dommage ; Élément d'équipement et décennale.

## INDEMNITÉ D'ASSURANCE

# La victime n'est pas tenue de limiter ses préjudices immatériels dans l'intérêt du responsable

L'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. C'est pourquoi l'assureur de responsabilité ne peut pas demander de prendre en compte le chômage partiel, qui est un dispositif facultatif et soumis à l'appréciation de l'administration, afin de réduire les indemnités réclamées par l'hôtel au titre de ses préjudices immatériels.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 16-11055, F-D

Par Anne Pélissier

Professeur à l'université de Montpellier, directeur du master II Droit des assurances, secrétaire générale de l'AIDA-France

 118g7

La solution est désormais classique depuis deux arrêts de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 19 juin 2003 (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 01-13289 et Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22302 (2 arrêts) : JCP G 2003, II, 10170, note Castets-Renard ; JCP G 2004, I, 101, n° 9, obs. G. Viney ; D. 2003, 2326 (1<sup>re</sup> esp.), note J.-P. Chazal ; D. 2004, somm., p. 1346 (2<sup>e</sup> esp.), obs. D. Mazeaud ; LPA 17 oct. 2003, p. 16 (1<sup>re</sup> esp.), note S. Reifegerste ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. Aubert ; Gaz. Pal. 2003, jur., p. 3101, note E. Rosenfeld et C. Bouchez ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. 2, obs. M.-A. Agard ; RGDA 2003, p. 504, note J. Landel (2<sup>e</sup> esp.) ; LPA 31 déc. 2003, note Y. Dagorne-Labbe ; Dr. et patr. 11/2003, p. 82, obs. F. Chabas), bien que discutable (notamment : P. le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilité : généralités, 2020, n° 156 ; S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, 2002, PUAM ; J. Kullmann, « Minimiser son dommage ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et de Denis-Clair

Lambert, 2002, Dalloz, p. 243), mais elle prend un relief particulier lorsqu'elle assure la réparation intégrale du préjudice subi par un hôtelier contraint d'arrêter son activité pendant la période des travaux nécessaires à la réparation de désordres de construction dont il est victime. La configuration n'est pas sans rappeler, en effet, les préjudices subis par les établissements dont la fermeture a été ordonnée ou provoquée en raison du confinement consécutif à la pandémie de Covid-19. Quelle que soit sa cause, et quel que soit le type d'établissement, l'arrêt de l'activité engendre des pertes que l'exploitant cherche à répercuter sur le responsable de sa situation et, par voie de conséquence, sur l'assureur de responsabilité de ce dernier, comme en l'espèce, ou, dans d'autres circonstances, sur son assureur direct s'il a souscrit une garantie des pertes d'exploitation qui le lui permet.

En l'espèce, la réparation est notamment sollicitée auprès de l'assureur de responsabilité de deux intervenants dans des travaux de rénovation de l'Hôtel Costes à Paris : le maître d'œuvre et un bureau d'étude. L'assureur cherche à obtenir la réduction des indemnités réclamées par la société Saint-Honoré Hôtel Costes en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir pris en compte le chômage technique auquel la société pouvait, selon l'assureur, avoir recours. La différence d'évaluation du préjudice à cet égard n'était pas mince puisque l'expert avait proposé d'évaluer le préjudice immatériel de la société, sur la base d'une fermeture de 6 mois, à 6,7 ou à 7,3 millions d'euros selon que l'établissement était en mesure de recourir ou non au chômage technique pour ses salariés. La cour d'appel de Paris avait estimé que les conditions posées par l'article R. 5122-1 du Code du travail pour permettre à la société de placer ses salariés en position d'activité partielle n'étaient pas réunies, ce que combattait le moyen du pourvoi. Ce n'est pas sur ce versant, toutefois, que vient répondre la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans cet arrêt du 14 janvier 2021. Substituant un motif de pur droit aux motifs critiqués, dans les conditions prévues par l'article 620, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile, elle rejette le pourvoi car son argumentation tendait à obtenir la réduction de l'indemnisation de la société Saint Honoré Hôtel Costes alors que « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». C'est dire qu'elle condamne ainsi toute tentative de nature à reprocher à la victime de ne pas avoir limité son préjudice (I), ce qui n'affecte pas l'opportunité de consacrer une obligation de ne pas l'aggraver (II).

### I. Le rejet de principe de l'obligation de limiter son préjudice

La prohibition de l'obligation faite à la victime de minimiser son préjudice est un principe fermement posé par la Cour de cassation dont le domaine, au fil des décisions, est apparu particulièrement étendu.

En premier lieu, la prohibition qui aurait pu être réservée au seul dommage corporel et fondée sur le principe de l'inviolabilité du corps humain (C. civ., art. 16-3) a été consacrée concomitamment par les deux arrêts du 19 juin 2003 à l'égard d'un dommage corporel (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 01-13289) et d'un dommage matériel (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22302).

En second lieu, s'agissant de la minimisation des dommages matériels, la responsabilité contractuelle semblait fournir, en particulier avec le devoir de bonne foi, certains arguments en faveur du devoir de limiter son préjudice. L'absence d'obligation de minimiser son préjudice fut pourtant confirmée tant au regard de la responsabilité

extracontractuelle (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juill. 2014, n° 13-17599 : D. 2014, p. 1919, note C. Boismain ; D. 2015, p. 124, obs. P. Brun ; RTD civ. 2014, p. 893, obs. P. Jourdain ; RDC 2015, p. 24, note G. Viney ; JCP G 2014, p. 1827, note Y. Dagorne-Labbe ; JCP G 2014, p. 2334, obs. P. Stoffel-Munck, Bloch et Bacache - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mars 2015, n° 14-16011 : D. 2015, p. 1475, note Gréau ; D. 2015, chron. C. cass. 1791, obs. Lazerges-Cousquer et Touati ; D. 2015, p. 2292, obs. Bacache ; D. 2016, p. 35, obs. Brun et Gout) que de la responsabilité contractuelle (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2013, n° 12-13851 : RDC 2014, p. 27, note Deshayes ; Gaz. Pal. 2013, n° 314-318, p. 16, obs. M. Mekki ; Gaz. Pal. 2013, n° 282-283, p. 19, obs. D. Houtcieff), décisions rappelés par la troisième chambre civile dans la solution de l'arrêt sous analyse.

En dernier lieu, la qualité des parties aurait encore pu incliner à sanctionner l'inertie d'un professionnel ne limitant pas son préjudice, tandis que le profane serait demeuré protégé par le principe de réparation intégrale. Deux récents arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation viennent d'écarter cette tentation (Cass. com., 23 sept. 2020, n° 15-28898 et Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-10338 : JCP G 2020, doct. 1396, n° 6, obs. P. Grosser ; D. 2021, p. 310, obs. M. Mekki).

C'est, par conséquent, toutes chambres confondues et d'une seule voix assurée que la Cour de cassation énonce le principe de la prohibition de l'obligation pour la victime de limiter son préjudice (pour la chambre criminelle avec une formulation différente : Cass. crim., 7 nov. 2001, n° 01-80592 : Dr. et patr. 12/2002, p. 82, obs. F. Chabas ; LPA 16 oct. 2002, note Jaluzot ; RTD civ. 2002, p. 314, obs. P. Jourdain - Cass. crim., 10 mars 2004, n° 02-85285 ; Cass. crim., 21 mars 2018, n° 17-80058 : AJ pénal 2018, p. 321, obs. Courtin), maintenant la France dans une position d'isolement par rapport au droit international (art. 77 de la Convention de Vienne du 10 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ; art. 7. 4. 8, 1 des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (version 2004) ; art. 9.505, 1 des Principes du droit européen du contrat) et à de nombreux droits étrangers (notamment : *Common Law*, droit allemand, droit suisse, droit belge (pour un exposé détaillé, v. A.-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, préf. R. Cabrillac, 2020, PUAM, n°s 388 et s.). Toutefois, le vaste domaine conféré à ce principe doit être tempéré par le contenu qu'il convient de lui accorder.

Dire que la victime n'a pas d'obligation de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, c'est dire qu'aucune faute ne peut lui être reprochée si elle ne cherche pas à réduire son préjudice, ce qui nous situe après la réalisation du dommage et nous sépare donc de l'éventuelle faute de la victime qui, en contribuant à la réalisation du dommage, apparaît comme une cause exonératoire. Au stade non plus de la production du dommage mais de sa conséquence qu'est le préjudice, l'attitude de la victime importerait peu ; c'est du moins la conclusion vers laquelle nous porte l'absence d'obligation de limitation du préjudice. Le droit de la responsabilité aurait ceci de singulier que l'attitude de la victime au moment du fait dommageable peut entraîner la réduction ou la priver de son indemnisation, alors que cette attitude deviendrait être totalement indifférente au stade de la réparation lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice. Pourtant, comme la victime peut contribuer à son dommage, elle peut contribuer à son préjudice. Plus précisément, la victime détient parfois les moyens d'agir sur son préjudice, mais l'absence d'obligation de le limiter légitime son inertie, voire sa négligence, au nom du principe par trop

sacralisé de réparation intégrale du préjudice (A.-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, préf. R. Cabrillac, 2020, PUAM, préc.). Il semble alors judicieux de cantonner la limitation du préjudice à une stricte expression et de la distinguer de l'aggravation.

## II. L'opportunité de l'admission d'une obligation de ne pas aggraver son préjudice

La faiblesse de fondement, la discrimination entre les fautes de la victime au moment du dommage ou au moment de la réparation, l'isolement par rapport au droit international et aux droits étrangers, l'ignorance de la totalité des projets de réforme de la responsabilité civile (art. 1373 de l'avant-projet *Catala* et art. 121, al. 2, de l'avant-projet *Terré* ; proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 9 juill. 2010, prés. Bételle, art. 1386-26, al. 2 ; projet de loi du 26 juill. 1992, art. 54 ; projet de loi du 13 mars 2017, art. 1263) invitent à circonscrire très précisément ce rejet de l'obligation de limiter le préjudice.

En effet, si l'on ne peut reprocher à la victime de ne pas avoir agi pour limiter son préjudice, il demeure qu'elle peut avoir contribué à l'aggravation de celui-ci. Ainsi, rien ne saurait être attendu de la victime à l'égard du préjudice découlant naturellement de son dommage mais, s'il s'avère que ce « préjudice naturel » est amplifié en raison de l'attitude de la victime, cette faute pourrait lui être reprochée afin que le responsable n'indemnise que le juste préjudice qu'il a causé. C'est la règle retenue par l'article 1264 du Code civil tel qu'il est arrêté par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, uniquement bien sûr à l'égard du dommage matériel. Il dispose que : « Les dommages et intérêts peuvent être réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ». C'est également le type de faute évoqué dans un arrêt publié de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 24 novembre 2011 où un assuré illégalement écarté de son assurance automobile sollicitait de son ex-assureur l'indemnisation de son préjudice de jouissance tenant à l'impossibilité d'utiliser son véhicule (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 nov. 2011, n° 10-25635 : D. 2011, Actu, p. 2932 ; D. 2011, Jur., p. 141, note H. Adida-Canac ; D. 2012, Chron. C. cass., p. 644, obs. H. Adida-Canac et O.-L. Bouvier ; RGDA 2012, p. 424, note A. Pélissier ; JCP G 2012, 170, note V. Rebeyrol ; JCP G 2012, 530, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 34, obs. S. Hocquet-Berg ; RTD civ. 2012, p. 324, obs. P. Jourdain ; RDC 2012, p. 437, obs. Carval ; D. 2013, p. 40, obs. Brun et Gout). La deuxième chambre civile avait alors reproché aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, comme d'autres décisions précédemment (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 déc. 1994, n° 92-21058 : Resp. civ. et assur. 1995, comm. 124 et chron. 17, obs M.-A. Peano) ou même récemment (Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-10.338, préc.). Or, si l'aggravation du préjudice matériel est susceptible d'être fautive, n'est-ce pas qu'il existe une obligation de s'abstenir de l'aggraver ?

Dans la matière des préjudices économiques, où la minimisation du préjudice est fréquemment invoquée, la distinction entre minimiser ou ne pas aggraver risque d'être délicate mais certes pas impossible. À l'égard du chômage technique, comme en l'espèce, le « préjudice

naturel » tient à toutes les pertes consécutives à la fermeture. Placer les salariés en chômage technique, c'est agir pour réduire le préjudice naturel. Aggraver le préjudice pourrait résulter, par exemple, de la reconduction de contrats à durée déterminée pendant la période de fermeture alors que cette charge n'aurait pas dû exister si le contrat s'était éteint à son terme. À l'égard de pertes d'exploitation, mettre en place des solutions d'exploitation palliatives réalise une limitation du préjudice (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22302, préc.), tandis que ne pas reprendre son activité alors que l'exploitation est redevenue possible aggrave le préjudice.

Il convient, selon nous, de se garder d'avoir une appréhension trop large du principe de prohibition de la limitation de son préjudice par la victime. La limitation doit être distinguée de l'aggravation (dans

ce sens : J.-L. Aubert, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Mélanges G. Viney*, 2008, LGDJ, p. 55 et s. ; M. Bacache, « L'obligation de minimiser son dommage » in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, dir. B. Dubuisson et P. Joudain, 2015, Bruylant, p. 493 et s., spéc. n° 10, p. 500 ; A.-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, préf. R. Cabrillac, 2020, PUAM, n°s 398 et s. ; A. Péliissier, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 nov. 2011, n° 10-25635, préc.). Ne pas limiter son préjudice car il n'y a pas de raison de protéger les intérêts du responsable n'est pas laisser s'aggraver son préjudice pour lui nuire.

## Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 16-11055, F-D

### Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 octobre 2015), la société Saint-Honoré Hôtel Costes a entrepris des travaux de rénovation et de restructuration de son établissement, la maîtrise d'œuvre de l'opération étant confiée à M. G..., assuré auprès de la société Mutuelle des architectes français (la MAF). Le lot ventilation climatisation chauffage, comprenant le réseau d'eau glacée, a été confié à la société Chauffage climatisation confort (la société 3C), assurée auprès de la SMABTP. La société 3C a sous-traité l'étude avant projet et l'étude d'exécution au BET Secath, aux droits duquel se trouve la société HB consultants, assurée auprès de la MAF. Une assurance dommages-ouvrage a été souscrite auprès de la société Axa corporate solutions. Les travaux ont été réceptionnés sans réserve le 1<sup>er</sup> février 1996.

3. Des fuites étant apparues sur le réseau d'eau glacée, révélant une corrosion anormale des canalisations, la société Saint-Honoré Hôtel Costes a, après expertise, assigné l'assureur dommages-ouvrage, M. G..., la MAF, le liquidateur judiciaire de la société 3C, la SMABTP, la société Secath et son assureur en indemnisation de ses préjudices.

### Examen des moyens

#### Sur le premier moyen

##### Énoncé du moyen

4. La MAF fait grief à l'arrêt de la condamner, en qualité d'assureur de M. G... et de la société HB consultants, in solidum avec ses deux assurés et la SMABTP, à payer la somme de 2 578 505 euros à la société Axa corporate solutions, et, in solidum avec celle-ci, à payer à la société Saint-Honoré Hôtel Costes la somme de 7 958 853 euros, la garantie MAF pour M. G... étant limitée à 20 % des dommages, alors :

« 1°/ que la Mutuelle des Architectes Français a soutenu, dans ses conclusions d'appel, que si le sinistre trouvait sa cause dans une discontinuité de l'adhérence à l'interface entre les tubes et le calorifugeage qui, selon l'expert, aurait pu être détecté lors des opérations de calorifugeage, avant la pose des faux plafonds, ce désordre ne pouvait être imputé à l'architecte qui ne pouvait être tenu à une présence constante sur le chantier et n'était pas chargé d'une vérification journalière et détaillée des travaux de calorifugeage, constituant un lot technique spécifique ; qu'en infirmant le jugement sur ce point et en retenant la responsabilité de M. G... à hauteur de 10 % aux motifs que le suivi de l'exécution des travaux impliquait qu'il s'intéresse concrètement, et au moins ponctuellement, aux modalités de mise en oeuvre du réseau de distribution d'eau glacée, sans répondre aux conclusions d'appel de la Mutuelle des Architectes Français sur l'étendue de sa mission, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que la Mutuelle des Architectes Français faisait encore valoir, dans ses conclusions d'appel, que postérieurement à la réalisation des travaux, un autre chantier avait été mis en place relatif à la décoration intérieure, particulièrement conséquent, qui avait nécessairement eu un effet sur le réseau de distribution d'eau glacée et était, si ce n'est la cause des désordres, à tout le moins à l'origine de leur aggravation ; qu'en infirmant le jugement et en retenant la responsabilité de M. G... à hauteur de 10 % et du Beth Secath à hauteur de 20 % sans répondre aux conclusions d'appel de la Mutuelle des Architectes

Français faisant état d'une intervention ultérieure d'autres constructeurs, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

### Réponse de la Cour

5. La cour d'appel a constaté qu'une partie de la discontinuité et de l'adhérence des canalisations était visible durant les travaux et avant la mise en place des faux plafonds.

6. Elle a retenu, répondant aux conclusions prétendument délaissées, d'une part, que M. G... était titulaire d'une mission complète intégrant la conception et le suivi de l'exécution des travaux, laquelle impliquait qu'il s'intéressât concrètement, et au moins ponctuellement, aux modalités de mise en oeuvre du réseau de distribution d'eau glacée, dès lors que sa mission était générale et qu'elle était d'autant plus nécessaire que le réseau litigieux avait vocation à être caché et peu accessible, d'autre part, que la nature des défauts relevés et les difficultés d'accès au réseau des canalisations excluaient que le phénomène de corrosion constaté pût être imputé aux opérations de décoration, dont la réalisation était intervenue après le gros œuvre.

7. Le moyen n'est donc pas fondé.

### Sur le second moyen

##### Énoncé du moyen

8. La MAF fait grief à l'arrêt de la condamner, en qualité d'assureur de M. G... et de la société HB consultants, in solidum avec ses deux assurés, la SMABTP et la compagnie Axa corporate solutions, à payer à la société Saint-Honoré Hôtel Costes la somme de 7 958 853 euros, la garantie MAF pour M. G... étant limitée à 20% des dommages, alors :

« 1°/ que l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité en raison d'un sinistre de caractère exceptionnel ; qu'en l'espèce, la cour a estimé que les conditions d'un recours au chômage technique n'étaient pas réunies dès lors que s'il y avait bien eu une déclaration de sinistre à l'assureur dommages-ouvrage, il n'y avait pas eu de sinistre ayant justifié la suspension de l'activité de l'hôtel Costes puisque la fermeture pour travaux avait seulement pour objet de remédier à un phénomène de corrosion avancé dû à une mauvaise exécution de travaux ; qu'en statuant par ces motifs, tout en constatant l'existence d'un sinistre entraînant la fermeture de l'hôtel, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard des articles R. 5122-1 du code du travail et 1147 du code civil ;

2°/ que l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité en raison d'un sinistre de caractère exceptionnel ; qu'en estimant, par motifs adoptés, que les conditions d'un recours au chômage technique n'étaient pas réunies dès lors que la société Saint-Honoré Hôtel Costes ne se situait pas dans l'hypothèse d'un sinistre ou d'intempéries à caractère exceptionnel puisqu'aucun effet de surprise n'était attaché à la réalisation de ces travaux, la cour d'appel a ajouté au texte permettant le recours au chômage technique une condition liée à la nécessité d'un effet de surprise qui n'y était pas incluse ; qu'elle a ainsi violé les articles R. 5122-1 du code du travail et 1147 du code civil ;

3°/ que le juge ne peut statuer par des motifs inintelligibles ; que l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité au regard de toute circonstance de caractère exceptionnel ; qu'en estimant que les conditions d'un recours au chômage technique n'étaient pas réunies dès lors qu'aucun élément ne permettait de retenir que la mauvaise réalisation des travaux réceptionnés en 1996 constituerait une circonstance exceptionnelle au regard de l'importance et des modalités de mise en oeuvre des travaux par des acteurs présumés compétents bénéficiant de couvertures d'assurance et d'un litige ouvert depuis de nombreuses années, la cour d'appel a statué par des motifs inintelligibles et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité en raison de travaux de transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ; que dans ses conclusions d'appel, la Mutuelle des Architectes Français a soutenu que la société propriétaire de l'hôtel Costes avait acquis l'hôtel [...] contigu afin de réunir les deux hôtels et que ces travaux de transformation et restructuration pourraient permettre à la société Saint Honoré Hôtel Costes de bénéficier du chômage technique ; qu'en écartant

cette argumentation au motif inopérant qu'il n'était pas établi que les travaux de réunification intégreraient une restructuration complète ou quasi complète de l'hôtel Costes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

### Réponse de la Cour

9. La cour d'appel a constaté que la demande de la MAF tendant à la prise en compte du chômage partiel, qui est un dispositif facultatif et soumis à l'appréciation de l'administration, avait pour objet de réduire les indemnités réclamées par la société Saint Honoré Hôtel Costes au titre de ses préjudices immatériels.

10. Il est cependant jugé que l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable (1re Civ., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-17.599, Bull. 2014, I, n° 124 ; 3e Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-13.851).

11. Par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, dans les conditions prévues par l'article 620, alinéa 1er, du code de procédure civile, la décision attaquée se trouve légalement justifiée.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi (...)

## CHAMP D'APPLICATION DE LA GARANTIE

# Flotte automobile : toute sortie du parc des véhicules assurés requiert l'accord écrit de l'assuré

Si le contrat d'assurance, de même que sa modification, constituent un contrat consensuel, parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré, leur preuve est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Ainsi, lorsqu'est contestée la réalité du contrat ou de sa modification ou encore le contenu de ceux-ci, la preuve ne peut en être rapportée, selon le cas, que par le contrat ou un avenant signé des parties ou, à défaut, par un écrit émanant de l'assuré ou par tout autre élément constitutif d'un commencement de preuve par écrit.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 2021, n° 19-20699, FS-PI

Par James Landel

Conseiller scientifique au *Dictionnaire Permanent Assurances*

 118h0

Une société souscrit une assurance pour couvrir sa flotte de véhicules à effet du 1<sup>er</sup> mai 2003. Les dispositions particulières du contrat comportent un état détaillé du parc assuré, répertoriant l'ensemble des véhicules couverts par la garantie. Selon ses conditions générales, l'assuré doit faire connaître à l'assureur en cours de contrat tous les mouvements intervenus dans sa flotte de véhicules, laquelle détermine l'assiette des cotisations. Un avenant n° 7 du 2 mai 2006, à effet du 1<sup>er</sup> mai et non signé par l'assuré, comporte une liste de véhicules sortis du parc, dont un bus de marque Saviem (comportant la mention d'une entrée dans le parc automobile le 8 août 2003 et d'une date de sortie le 1<sup>er</sup> janvier 2015), ainsi qu'une liste des véhicules restant assurés. Avant d'établir cette liste,

l'assureur avait pris soin de demander à son agent général, par télécopie du 12 avril 2006, de confirmer l'identification des véhicules retirés du parc. À la suite de cet avenant, l'assuré avait reçu une ristourne de prime de 559,74 euros.

Ces circonstances laissent penser, comme l'ont précisé les juges du fond, que l'assureur ne devait pas garantir les conséquences d'un accident occasionné par le bus Saviem le 20 septembre 2006, date à laquelle il ne faisait plus partie du parc des véhicules assurés aux termes de l'avenant. Tel n'est pourtant pas la position de la Cour de cassation, qui accueille le pourvoi formé par l'assuré et par son liquidateur judiciaire. Sur la 2<sup>e</sup> branche du moyen, la cassation intervient pour méconnaissance des termes du litige, car la cour d'appel avait énoncé, par motifs adoptés, que l'assuré ne contestait pas avoir reçu une ristourne correspondant au retrait du bus, alors que, dans ses conclusions d'appel, il avait contesté que la ristourne résultât de la cessation de l'assurance de ce véhicule. Mais la cassation intervient également sur la 1<sup>re</sup> branche du moyen, en l'absence « d'un avenant signé par la société assurée faisant la preuve de la modification ultérieure du contrat d'assurance ou d'un écrit émanant de cette dernière ou de tout autre élément constitutif d'un commencement de preuve par écrit » (point n° 11).

### L'exigence d'un écrit de l'assuré

L'arrêt est rendu sur le visa de l'article L. 112-3 du Code des assurances, dont l'alinéa 5 stipule que « toute addition ou modification au contrat d'assurance primitif doit être constatée par un avenant signé des parties ». Toutefois, pour la Cour de cassation, le contrat d'assurance étant un contrat consensuel, parfait dès la rencontre des volontés, l'absence de signature d'un avenant ne fait pas obstacle à son application (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 2018, n° 17-10097 : RGDA sept. 2018, n° 115w7, p. 398, note J. Kullmann). En l'espèce, la Cour de cassation reprend cette formulation en préambule de son point 7, mais elle précise ensuite que la preuve de la volonté de l'assureur et de l'assuré sur cette modification est subordonnée à la rédaction d'un écrit (en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 1995, n° 93-14546 : RGDA 1996, p. 278, note J. Kullmann). Elle opère donc un compromis entre le consensualisme inhérent au contrat d'assurance (« formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager », selon l'article 1113 du Code civil) et le formalisme exigé par l'article L. 122-3 précité.

Si une cassation intervient, c'est donc parce qu'aucun écrit émanant de l'assuré et exprimant sa volonté de retirer le bus en question du parc des véhicules assurés n'avait été produit par l'assureur. Celui-ci doit en effet apporter la preuve de l'acceptation de l'assuré sur toute modification du contrat (pour une modification du taux de prime : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 1999, n° 97-17132 : RGDA 2000, p. 74, note A. Favre Rochex). Pour mettre hors de cause l'assureur, la cour d'appel ne s'était pas fondée sur un écrit de l'assuré, mais sur de simples présomptions ou suppositions. Elle a estimé en effet que les indications sur la consistance du parc automobile figurant dans l'avenant n'avaient pu avoir été données, en raison de leurs précisions, que par l'assuré, d'autant qu'elles ont déterminé des baisses de cotisations correspondantes. Un accord écrit de la part de l'assuré sur cette modification du parc automobile s'avérait d'autant plus nécessaire qu'elle constituait une restriction par rapport à la garantie dont il bénéficiait jusqu'à présent.

### Les moyens de preuves recevables

Faisant œuvre de pédagogie, la Cour de cassation donne ensuite des précisions (toujours au point n° 7) sur les moyens de preuves recevables, dans les termes suivants : « lorsqu'est contestée la réalité du contrat ou de sa modification ou encore le contenu de ceux-ci, la preuve ne peut en être rapportée, selon le cas, que par le contrat ou un avenant signé des parties ou, à défaut, dans les conditions prévues par les articles 1347 et suivants du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable à la cause ». En premier lieu, la signature d'un avenant par l'assuré constitue le moyen de preuve par excellence puisqu'il exprime son acceptation des stipulations qu'il comporte. Comme le précise le nouvel article 1367 du Code civil, la signature d'un acte juridique manifeste le consentement de son auteur « aux obligations qui découlent de cet acte ».

Mais, à défaut de signature, l'ancien article 1347 du Code civil mentionné par l'arrêt admet la possibilité d'invoquer un simple commencement de preuve par écrit. Il a été remplacé par l'article 1361 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, stipulant qu'il « peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve ». En ce qui concerne le commencement de preuve par écrit, le nouvel article 1362 du Code civil en donne la définition suivante : c'est en particulier « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué ». En l'espèce, pourrait ainsi constituer par exemple un commencement de preuve par écrit de l'assurance du bus une attestation d'assurance ou une carte verte en vigueur au moment du sinistre et comportant son immatriculation, du fait que ces documents valent présomption d'assurance.

À l'inverse, une preuve écrite de l'acceptation par l'assuré de la non-assurance du bus pourrait résulter d'un courriel de l'assuré adressé à l'agent général d'assurance, mandataire de l'assureur, demandant le retrait du bus du parc assuré à une date antérieure au sinistre. De même, un commencement de preuve par écrit de cette non-assurance pourrait intervenir si l'assureur était en mesure d'établir que

la ristourne de prime encaissée par l'assuré (cet encaissement manifestant son acquiescement) correspond effectivement au retrait en cours de contrat du bus de la flotte automobile assurée (en ce sens, pour une prime majorée : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1985, n° 83-16537 : RGDA 1985 p. 537, note A. Besson). En effet, cela rend à tout le moins vraisemblable, au sens de l'article 1362 précité et de la jurisprudence antérieure à ce texte (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 avr. 1983, n° 82-10150 : Bull. civ. I, n° 126), sa non-assurance lors de la survenance du sinistre.

On trouvera par exemple tous les ingrédients d'un commencement de preuve par écrit de l'acceptation par l'assuré d'une réduction du capital assuré dans un courrier de sa part valant avenant au contrat de crédit-bail ayant pour objet de réduire le capital garanti sur chaque tête, dans une télécopie de sa part reprenant les termes de ce courrier, dans une lettre informant le courtier de cet avenant au contrat de crédit-bail, dans la correspondance du courtier l'informant qu'il avait fait le nécessaire auprès de l'assureur pour réduire le montant du capital assuré, dans le paiement par l'assuré des appels de primes correspondant au nouveau capital garanti et dans la facture émise par l'assureur relative à cette modification (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 févr. 2010, n° 09-10478 : RGDA 2010, p. 305, note F. Abravanel-Joly).

En conclusion, l'assureur qui garantit une flotte importante de véhicules, dont la composition évolue nécessairement au fil du temps, doit se ménager des moyens de preuve de l'acceptation écrite de l'assuré sur ces évolutions. Il peut par exemple conserver les mails dans lesquels l'assuré demande l'entrée et la sortie de véhicules du parc automobile assuré, l'avenant de régularisation (qui intervient généralement à l'échéance annuelle) ne venant alors que confirmer ces évolutions. Pour pallier la non-assurance résultant d'une éventuelle omission, il est d'usage d'introduire une clause dite de « garantie automatique » accordant la couverture du contrat à tous les véhicules appartenant ou loués en longue durée par l'entreprise et par ses filiales désignées, même si la déclaration préalable en a été omise. Cette déclaration intervient soit dans un délai fixé à compter de l'incorporation des véhicules, soit plus communément une ou deux fois par an à l'échéance.

## Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 2021, n° 19-20699, FS-PI

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 9 mai 2019), par contrat à effet du 1<sup>er</sup> mai 2003, la société VLD a assuré sa flotte de véhicules auprès de la société Generali IARD (l'assureur).
2. Le 20 septembre 2006, M. H..., salarié de cette société, a été victime d'un accident du travail causé lors d'une manoeuvre de remorquage par un bus de marque Saviem immatriculé 9147XD30.
3. Un tribunal des affaires de sécurité sociale a ordonné une expertise médicale du salarié et condamné la société VLD à lui verser une indemnité provisionnelle.
4. L'assureur, auquel le jugement avait été déclaré opposable, a décliné sa garantie au motif que le bus impliqué dans l'accident était sorti du parc des véhicules assurés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005.
5. La société VLD a assigné l'assureur en garantie.

### Examen du moyen

#### Sur le moyen, pris en sa première branche

#### Énoncé du moyen

6. La société VLD et M. C..., en sa qualité de liquidateur de la société VLD, font grief à l'arrêt de les débouter de leurs demandes tendant à la condamnation

de l'assureur à relever et garantir la société VLD de toutes les condamnations qui pourraient être prononcées contre elle dans le cadre de l'action diligentée à son endroit par M. H... devant les juridictions sociales et à la condamnation de l'assureur à payer les sommes de 3 000 euros et 1 000 euros correspondant respectivement à la provision et aux frais irrépétibles alloués à M. H... par le tribunal des affaires de sécurité sociale, alors « que la preuve de la conclusion d'un avenant au contrat d'assurance ne peut résulter que d'un écrit émanant de la partie à laquelle on l'oppose ; qu'en l'absence de contrat signé des parties, elle peut être rapportée par un commencement de preuve par écrit, complété par des éléments extrinsèques, à la condition que le commencement de preuve par écrit émane de la personne à laquelle il est opposé ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté, par motifs adoptés, qu'aucune signature ne figurait sur les documents produits par la société Generali ; qu'en jugeant que l'assureur apportait la preuve que, lors de l'avenant n° 7, le bus Saviem en cause avait été exclu de la liste des véhicules assurés, par des motifs inopérants, tandis que l'ensemble des documents produits par l'assureur, non signés par l'exposante, émanaient exclusivement de la société Generali, de sorte que la preuve de la conclusion d'un avenant ne pouvait être considérée comme rapportée, la cour d'appel a violé l'article L. 112-3 du code des assurances. »

### Réponse de la Cour

Vu l'article L. 112-3 du code des assurances :

7. Il résulte de ce texte que si le contrat d'assurance, de même que sa modification, constituent un contrat consensuel, parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré, leur preuve est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Ainsi, lorsqu'est contestée la réalité du contrat ou de sa modification ou encore le contenu de ceux-ci, la preuve ne peut en être rapportée, selon le cas, que par le contrat ou un avenant signé des parties ou, à défaut, dans les conditions prévues par les articles 1347 et suivants du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable à la cause.

8. Pour débouter la société VLD de ses demandes, l'arrêt énonce que cette société, qui reconnaît ne pas être en mesure de produire son contrat ou la liste des véhicules assurés lors de l'avenant n° 7 intervenu quelques mois avant le sinistre, se borne à faire état d'une attestation générale d'assurance de la flotte sur la période considérée, sans désignation des véhicules en faisant partie.

9. L'arrêt ajoute que l'assureur établit en revanche que lors de cet avenant, une liste de véhicules « sortis du parc » avait été dressée avec, pour le bus Saviem en cause, une date d'entrée dans le parc au 8 août 2003 et une date de sortie au 1er janvier 2015 [lire 2005], indications qui par leur précision n'ont pu être données que par l'assurée et qui ont déterminé des baisses de cotisations correspondantes dont elle a eu nécessairement connaissance, et que lors de la communication de ces indications, la société Generali IARD a pris soin de demander par télécopie du 12 avril 2006 à son agent général local de confirmer l'identification des véhicules retirés du parc, ce qui a été fait nécessairement en liaison avec l'assuré, l'assureur n'ayant aucun intérêt à faire sortir un véhicule de la flotte assurée.

10. L'arrêt retient enfin que l'assureur produit également les dispositions particulières du contrat à la date d'effet du 1<sup>er</sup> mai 2006 à laquelle sont jointes, outre la liste des véhicules sortis du parc à cette date mentionnant le bus en cause, la liste des véhicules assurés, sur laquelle ce véhicule ne figure plus.

11. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a retenu que le véhicule en cause avait été couvert par la garantie à compter du 8 août 2003 et qui n'a pas relevé l'existence d'un avenant signé par la société assurée faisant la preuve de la modification ultérieure du contrat d'assurance ou d'un écrit émanant de cette dernière ou de tout autre élément constitutif d'un commencement de preuve par écrit, a violé le texte susvisé.

### Et sur le moyen, pris en sa deuxième branche

#### Énoncé du moyen

12. La société VLD et M. C..., en sa qualité de liquidateur de la société VLD, font le même grief à l'arrêt, alors « qu'en retenant, par motifs adoptés, que la société VLD « ne conteste pas avoir reçu une ristourne de 559,74 euros correspondant, pour partie, au retrait du véhicule immatriculé [...] de son contrat d'assurance », cependant que la société VLD soulignait qu'il ne ressortait pas des documents produits une corrélation entre le retrait du véhicule litigieux et la ristourne et contestait en conséquence que la ristourne résultât de la cessation de l'assurance du véhicule litigieux, la cour d'appel a méconnu les termes du litige. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 4 du code de procédure civile :

13. Aux termes de ce texte, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

14. Pour rejeter les demandes de la société VLD, l'arrêt énonce, par motifs adoptés, que cette dernière ne conteste pas avoir reçu une ristourne de 559,74 euros correspondant, pour partie, au retrait du véhicule immatriculé [...].

15. En statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions d'appel, la société VLD contestait le fait que cette ristourne correspondait au retrait du véhicule en cause de la liste de ceux assurés, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE (...)

## OFFRE D'INDEMNITÉ

# La validation implicite des offres successives par la Cour de cassation

En présence d'une offre définitive, jugée non tardive mais incomplète, suivie d'une offre tardive mais non manifestement insuffisante, la pénalité du doublement de l'intérêt légal a pour assiette la somme offerte, avant imputation de la créance des tiers payeurs et déduction des provisions versées, et non la somme allouée par le juge.

Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-86395, F-D

Par James Landel

Conseiller scientifique au *Dictionnaire Permanent Assurances*

118g9

Lorsque qu'un assureur a présenté une offre tardive, mais suffisante, la pénalité du doublement de l'intérêt au taux légal prévue par l'article L. 211-13 du Code des assurances a pour assiette la somme offerte par celui-ci, avant imputation de la créance des tiers payeurs et déduction faite des provisions versées, et non la somme allouée par le juge. Telle est la solution retenue en l'espèce, qui fait l'objet d'une jurisprudence constante (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2000, n° 99-12232 : Trib. assur., avr. 2001, cah. jurispr., p. V, note L. Fonlladosa – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2004, n° 02-19450 : RGDA 2005, p. 76 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 avr. 2008, n° 07-12864 : RGDA 2008, p. 667 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 oct. 2009, n° 08-19576 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-19594 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2012, n° 11-15997 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 mai 2013, n° 12-18339 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juill. 2014, n° 13-20931 : RGDA août-sept. 2014, n° 111b4, p. 460 - Cass. crim., 24 mars 2015, n° 14-80895).

Cet arrêt ne mériterait donc pas d'attention particulière s'il ne comportait pas un aspect que la Cour de cassation n'a pas tranché explicitement mais qu'elle a pourtant admis implicitement, à savoir qu'un assureur peut présenter plusieurs offres successives dont le juge du fond peut valablement apprécier le caractère tardif ou manifestement insuffisant pour chacune d'entre elles. Que l'on en juge : à la suite d'un accident de la circulation survenu le 29 mai 2010, l'assureur du véhicule impliqué a présenté à la victime une offre le 11 juin 2011, soit plus d'un an après. Les juges du fond ont considéré

que cette offre était tardive, puisqu'elle n'avait pas été faite dans les 8 mois de l'accident, et que, de surcroît, elle était manifestement insuffisante. Il s'agissait de toute évidence d'une offre provisionnelle, car la victime, très gravement atteinte (elle a présenté par la suite un déficit fonctionnel permanent de 98 %) ne pouvait pas encore être consolidée à une date si rapprochée de l'accident.

### Des offres successives

Conformément aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 211-9 du Code des assurances, cette offre provisionnelle devait être suivie d'une offre définitive, « dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de [la] consolidation ». Or la cour d'appel s'est trouvée confrontée à deux offres successives :

- la première est intervenue le 14 octobre 2016, soit dans le délai de cinq mois précité, mais elle a été jugée incomplète. Dans ce cas, la pénalité du doublement de l'intérêt légal court à compter des huit mois l'accident (ou de la date à laquelle est intervenue une offre provisionnelle jugée complète) et a pour assiette la somme allouée par le juge, car elle est assimilable à une absence d'offre (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 janv. 2009, n° 07-19576 ; Cass. crim., 7 sept. 2010, n° 09-87446 : RGDA 2011, p. 112 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 déc. 2010, n° 09-72393 : RGDA 2011, p. 508 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mars 2011, n° 10-11755 : RGDA 2011, p. 744 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 avr. 2014, n° 13-16387 : RGDA juin 2014, p. 342) ;
- la seconde offre est intervenue à l'audience du tribunal du 3 avril 2017, hors frais de logement adapté. Elle a été jugée suffisante par la cour d'appel, qui a fait courir la pénalité du doublement de l'intérêt légal du 29 janvier 2011 (grosso modo à compter du 8<sup>e</sup> mois de l'accident) jusqu'au 3 avril 2017 (date de son offre). Si son arrêt est cassé, c'est parce que, s'agissant d'une offre simplement tardive, elle avait pour assiette la somme offerte par l'assureur et non la somme allouée par le juge, contrairement à ce que la cour d'appel avait jugé. En d'autres termes, la première offre définitive, intervenue dans les délais requis mais incomplète, avait été « rachetée » par une seconde offre définitive, formulée hors délais mais jugé suffisante.

La solution est originale mais pas nouvelle. En effet, la Cour de cassation avait cassé un arrêt ayant refusé d'admettre la validité d'offres successives par voie de conclusions, signifiées les 8 mars 1991 et 2 décembre 1992, faute d'avoir recherché si ces offres satisfaisaient aux exigences prévues par les textes en vigueur (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 nov. 1998, n° 96-16128 : Bull. civ. II, n° 273). Par cet arrêt, la Cour de cassation admettait implicitement que deux offres successives puissent être valables dès lors qu'elles remplissent les conditions prévues aux articles R. 211-29 et suivants du Code des assurances. Cette approche, consistant à prendre en compte des offres successives, correspond de surcroît à la pratique de nombreuses cours d'appel. Ainsi, à l'occasion d'une étude portant sur quatorze arrêts rendus entre juin 2017 et juin 2018, nous avons constaté que quatre d'entre eux avaient ainsi « racheté » des premières offres jugées insuffisantes par des secondes jugées complètes et suffisantes (Dictionnaire Permanent Assurances, Bull. spécial, n° 284-1, oct. 2018).

### Des offres réservées

L'autre aspect intéressant de cet arrêt, c'est que la cour d'appel a jugé complète la seconde offre du 3 avril 2017, alors qu'elle ne

comprenait pas l'indemnisation des frais de logement adapté. Sans doute parce que, s'agissant d'une victime gravement handicapée, son appréciation, réalisée par une équipe de spécialistes, nécessitait du temps et n'avait pas encore pu être complètement finalisée cinq mois après la date de consolidation. Ce poste de préjudice était donc implicitement réservé dans l'attente du chiffrage des experts chargés de l'évaluer en fonction des besoins de la victime. Or, l'étude que nous avons réalisée en 2018 (Dictionnaire Permanent Assurances, Bull. spécial, n° 284-1, oct. 2018) montre que la pratique des « postes réservés » est assez courante de la part des cours d'appel, puisqu'elle ressort de quatre arrêts sur quatorze pendant la période considérée.

Mais la Cour de cassation l'a proscrit implicitement, en précisant qu'en cas de renseignements incomplets, l'assureur doit utiliser la procédure prévue aux articles R. 211-31 et suivants du Code des assurances pour obtenir la suspension du délai d'offre (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juill. 2020, n° 19-14982 : RGDA sept. 2020, n° 117r2, p. 35, obs. J. Landel). De même, l'assureur ne peut pas opposer à la victime l'absence de renseignement sur la créance d'un organisme social pour se dispenser de faire une offre sur un élément du préjudice (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2014, n° 13-24673 : RGDA nov. 2014, n° 111j4, p. 555, obs. J. Landel). Dans notre commentaire de l'arrêt rendu en juillet

2020 (RGDA sept. 2020, n° 117r2, p. 35), nous estimions cette solution trop rigoureuse et souhaitions que la Cour de cassation fasse preuve de davantage de souplesse, en admettant qu'une offre puisse intervenir en deux temps, quand il est matériellement impossible de présenter une offre complète dans les délais requis.

En conclusion, puisque le présent arrêt admet implicitement qu'une offre incomplète puisse être rachetée par une offre ultérieure, l'assureur devrait être autorisé à compléter l'offre qu'il doit effectuer dans les délais requis par une offre ultérieure portant sur les postes de préjudice dont l'évaluation nécessite des délais supplémentaires. Si, aux termes de l'article L. 211-9, alinéa 3, du Code des assurances, l'offre doit comprendre « tous les éléments indemnisables du préjudice », cela ne concerne à notre avis que les éléments de préjudice que l'assureur a été en mesure de quantifier dans les délais requis. Ainsi, à l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte, issu de la transposition de la 4<sup>e</sup> directive automobile, l'assureur peut se contenter d'apporter une réponse motivée, et non une offre chiffrée, à une demande d'indemnisation, « lorsque le dommage n'a pas été entièrement quantifié ». Pourquoi ce qui est autorisé à l'alinéa 1<sup>er</sup> sous l'impulsion du législateur européen ne le serait-il pas le cadre de l'alinéa 3 issu du législateur français ?

## Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-86395, F-D

### Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.
2. M. X... H... a été poursuivi devant le tribunal correctionnel du chef de blessures involontaires sous l'empire d'un état alcoolique sur la personne de M. J... D... qui a subi une déficience fonctionnelle permanente estimée à 98% à la suite d'un accident de la circulation survenu le 29 mai 2010.
3. Les juges du premier degré ont condamné la société Assurances Banque populaire à payer la somme de 7 983 943,49 euros à M. D.... La société Assurances Banque populaire et M. D... ont relevé appel de cette décision.

### Examen des moyens

(...)

#### Mais sur le premier moyen proposé par la société Assurances Banque populaire

##### Énoncé du moyen

13. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné la société Assurance Banque populaire à payer à M. J... D... représenté par Mme S... E... en qualité de tutrice les intérêts au double du taux légal sur les indemnités allouées, avant imputation de la créance des tiers payeurs et déduction des provisions versées, du 29 janvier 2011 au 3 avril 2017, alors « que lorsque l'assureur a fait une offre d'indemnisation à la victime, même tardive, les intérêts au double du taux légal ne peuvent être prononcés sur le montant de l'indemnité allouée par le juge, mais seulement sur le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ; qu'en condamnant l'assureur à payer « les intérêts au double du taux légal sur les indemnités allouées, avant imputation de la créance des tiers payeurs et déduction des provisions versées, du 29 janvier 2011 au 3 avril 2017 » (arrêt p. 16, al. 1<sup>er</sup>), quand il résultait de ses propres constatations que la société Banque Populaire Assurances avait fait une offre à la victime le « 3 avril 2017 » (arrêt p. 15, alinéa 2), et que cette offre n'était « pas manifestement insuffisante » (arrêt p. 15, alinéa 2), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 211-13 du code des assurances. »

##### Réponse de la Cour

Vu les articles L. 211-9 et L. 211-13 du code des assurances :

14. Il résulte du premier de ces textes que l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur doit adresser une offre d'indemnisation définitive à la victime qui a subi une atteinte à sa personne dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident.

15. Il résulte du second que, dès lors qu'une offre est intervenue depuis la date d'expiration de ce délai, et à moins qu'elle ne soit manifestement insuffisante, les juges, saisis par la victime, ne peuvent condamner l'assureur au doublement des intérêts légaux que sur les sommes offertes, pour la seule période qui s'étend entre la date d'expiration du délai et celle de l'offre.

16. Pour ordonner le versement des intérêts au double du taux légal sur les sommes allouées, l'arrêt attaqué énonce qu'une offre incomplète équivaut à une absence d'offre, que l'offre du 11 juin 2011 est tardive comme faite après l'expiration du délai de huit mois et de surcroît manifestement insuffisante, que l'offre définitive du 14 octobre 2016 présentée dans les cinq mois du rapport d'expertise n'est pas tardive mais incomplète et qu'en revanche celle présentée à l'audience du tribunal le 3 avril 2017, hors frais de logement adapté, n'est pas manifestement insuffisante et que, compte tenu de ces éléments, l'indemnité allouée avant imputation de la créance des tiers payeurs et déduction faite des provisions versées produira intérêts au double du taux légal à compter du 29 janvier 2011 jusqu'au 3 avril 2017.

17. En se déterminant ainsi la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés.

18. En effet, après avoir constaté que l'offre du 3 avril 2017 n'était pas manifestement insuffisante, les juges ne pouvaient fixer l'assiette du doublement des intérêts légaux que sur les sommes ainsi offertes par l'assureur.

19. La cassation est par conséquent encourue.

#### Et sur le deuxième moyen proposé par la société Assurances Banque populaire

##### Énoncé du moyen

20. Le moyen est pris de la violation de l'article 388-3 du code de procédure pénale.

21. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné la société Assurance Banque populaire à payer à M. J... D... représenté par Mme S... E... en qualité de tutrice la somme de 2 602 610,09 euros en deniers ou quittances valables, provisions et somme versée en vertu de l'exécution provisoire non déduites, ladite somme augmentée des intérêts au taux légal à compter du jugement à concurrence des sommes allouées par celui-ci et à compter du présent arrêt pour le surplus, une rente annuelle viagère au titre de la tierce personne d'un montant de 217 395,70 euros payable trimestriellement à compter du 1<sup>er</sup> juin 2019 et indexée selon les dispositions prévues par la loi du 5 juillet 1985 et qui sera suspendue en cas d'hospitalisation ou de prise en charge en milieu médical spécialisé supérieure à 45 jours, alors « que l'intervention de l'assureur à l'instance pénale n'a pour objet que de lui rendre opposable la

décision rendue sur intérêts civils en vertu de l'article 388-3 du code de procédure pénale ; qu'en condamnant la société Assurance Banque Populaire à payer à M. J... D... représenté par Mme S... E... en qualité de tutrice la somme de 2 602 610,09 euros en deniers ou quittances valables, provisions et somme versée en vertu de l'exécution provisoire non déduites, ladite somme augmentée des intérêts au taux légal à compter du jugement à concurrence des sommes allouées par celui-ci et à compter du présent arrêt pour le surplus, une rente annuelle viagère au titre de la tierce personne d'un montant de 217 395,70 euros payable trimestriellement à compter du 1er juin 2019 et indexée selon les dispositions prévues par la loi du 5 juillet 1985 et qui sera suspendue en cas d'hospitalisation ou de prise en charge en milieu médical spécialisé supérieure à 45 jours, la cour d'appel a violé l'article 388-3 du code de procédure pénale. »

### Réponse de la Cour

Vu l'article 388-3 du code de procédure pénale :

22. Il résulte de ce texte que l'intervention volontaire ou forcée de l'assureur à l'instance pénale ne saurait avoir d'autre effet que de lui rendre opposable la décision rendue sur les intérêts civils.

23. En condamnant la société Assurances Banque populaire, partie intervenante, au paiement de diverses sommes, alors qu'elle ne pouvait que déclarer sa décision opposable à l'assureur, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé.

24. La cassation est à nouveau encourue de ce chef.

Portée et conséquences de la cassation

25. La cassation n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE et ANNULE (...)

## ASSURANCE DOMMAGES-OUVRAGE

# *Bis repetita ?* Interruption du délai de forclusion décennale par l'assignation en référé expertise de l'assureur / Subrogation par anticipation par la prise en compte du paiement effectué par celui-ci avant que le juge n'ait statué

Il résulte de la combinaison des articles L. 121-12 du Code des assurances, 2244 ancien du Code civil et 126 du Code de procédure civile que l'assignation en référé expertise délivrée par l'assureur dommages ouvrage interrompt le délai de forclusion décennale à l'égard des constructeurs et de leurs assureurs, bien qu'il n'ait pas eu, au moment de la délivrance de son assignation, la qualité de subrogé dans les droits de son assuré, dès lors qu'il a payé l'indemnité due à celui-ci avant que le juge n'ait statué.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 19-21358, F-D

Par Jean-Pierre Karila

Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, professeur à l'ICH, chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

## 118h3

1. L'emploi par un praticien – qu'il soit avocat ou juge – de la locution « il est de jurisprudence constante » non confortée / illustrée par la citation de l'arrêt de principe concernant ladite jurisprudence constante ou encore sa dernière illustration masque dans le meilleur des cas l'absence de précision de son auteur ou encore de sa paresse mais parfois plus souvent *de facto* son absence totale de maîtrise de la jurisprudence ou de la matière traitée.

L'arrêt de la cour d'appel, cassé dans toutes ses dispositions par l'arrêt rapporté, avait énoncé : « il est de jurisprudence constante que l'assignation en référé délivrée à la seule demande de l'assureur dommages ouvrage contre les constructeurs et leurs assureurs, alors qu'il n'est pas subrogé dans les droits du bénéficiaire de l'assurance dommages ouvrage, n'a pas d'effet interruptif de prescription, l'assureur dommages ouvrage ne tenant ses droits que par sa subrogation dans les droits du bénéficiaire de l'assurance dommages ouvrage »,

pour en tirer, au regard de la chronologie de la délivrance des divers actes extra-judiciaires, la conséquence que l'action de l'assureur dommages ouvrage à l'encontre des locataires d'ouvrages et de leurs assureurs était forclose, la prescription étant acquise dès lors qu'aucun acte interruptif n'était intervenu entre la date de l'ordonnance de référé expertise rendue à la demande d'un syndicat des copropriétaires et les assignations au fond dudit assureur dommages ouvrage.

2. Les affirmations comme le raisonnement de la cour d'appel étant **contraires à l'état du droit positif** en la matière depuis plus de deux décennies, en la circonstance depuis un arrêt du 29 mars 2000 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 mars 2000, n° 98-19705 : Bull. civ. III, n° 62 ; RGDA 2000, p. 157, note J. Beauchard) – rendu à l'occasion de l'ancienne police « Maître d'ouvrage » à laquelle a succédé l'assurance dommages ouvrage – et conduisant à l'**appréciation rétroactive de la recevabilité de l'action subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage après paiement de l'indemnité d'assurance, la cassation était inévitable.**

La haute juridiction énonce à cet égard qu'il résulte de la combinaison des articles L. 121-12 du Code des assurances, 2244 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 17 juin 2008 (sur la réforme de la prescription civile) et 126 du Code de procédure civile, que l'assignation en référé expertise délivrée par l'assureur dommages ouvrage interrompt le délai de forclusion décennale à l'égard des constructeurs et de leurs assureurs, bien qu'il n'ait pas eu au moment de la délivrance de son assignation la qualité de subrogé dans les droits de son assuré, dès lors qu'il a payé l'indemnité due à celui-ci avant que le juge du fond n'ait statué.

La cour d'appel est censurée pour défaut de base légale au regard de la combinaison des textes précités, pour avoir déclaré irrecevable le recours de l'assureur dommages ouvrage contre les constructeurs et leurs assureurs de responsabilité décennale en retenant que l'assignation en référé délivrée par l'assureur était dépourvue d'effet interruptif dès lors qu'il n'était **pas à cette date subrogé** dans les droits de l'assuré, et ce, **sans rechercher**, comme il lui était demandé, si l'assureur n'avait pas été **subrogé** dans les droits d'un syndicat de copropriétaires et de copropriétaires (assurés) **avant qu'elle ne statue.**

On relèvera qu'au point de 9 de sa décision, la haute juridiction invoque le paiement de l'indemnité « **avant que le juge du fond n'ait statué** », formulation sans doute adaptée à la situation de l'espèce

**mais trop restrictive** puisqu'aussi bien un juge des référés ou le juge de la mise en état d'un tribunal judiciaire peut être conduit à statuer sur le recours formulé par un assureur de dommages ouvrage qui ne paierait l'indemnité due que postérieurement à sa saisine de la juridiction considérée (juge des référés ou juge de la mise en état d'un tribunal judiciaire).

3. Étant observé aussi que, dès 1985, la Cour de cassation avait rendu un arrêt de principe du 18 juin 1985 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1985, n° 84-12430 : Bull. civ. I, n° 187) à l'occasion d'un sinistre constitué par des dommages ayant affecté, en cours de transport, un matériel et ayant donné lieu par la suite à une action engagée par un assureur contre le responsable des dommages, avant l'expiration du délai de prescription en la matière, mais dont le paiement n'avait été effectué que postérieurement à l'introduction de ladite action, arrêt qui admet en application de l'article 126 du Code de procédure civile l'action subrogatoire de l'assureur.

4. L'arrêt rapporté s'inscrit donc dans une longue série d'arrêts rendus depuis celui ci-avant évoqué du 29 mars 2000, notamment les 4 avril 2001 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 avr. 2001, n° 99-16554 : RDI 2001 p. 259, obs. Ph. Malinvaud), 9 octobre 2001 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 oct. 2001, n° 98-18378 : RGDA 2001, p. 975, note J.-P. Karila), 21 janvier 2004 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 janv. 2004, n° 02-14931 : RGDA 2004, p. 454, note J.-P. Karila), 4 juin 2009 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 juin 2009, n° 07-18960 : Bull. civ. III, n° 129 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 264, obs. crit. H. Groutel ; RDI 2009, p. 442, note approb. L. Karila), 8 septembre 2009 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 sept. 2009, n° 08-17012 : Bull. civ. III, n° 180 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 370, obs. crit. H. Groutel), 22 juin 2010 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 juin 2010, n° 09-15798), 28 avril 2011 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-16267 : Bull. civ. III, n° 60 ; RGDA 2011, p. 700, note J. Kullmann), 7 avril 2015 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 avr. 2015, n° 14-12212 : RGDA juin 2015, n° 112h0, p. 293, note J.-P. Karila ; RDI 2015, p. 366, obs. D. Noguero), 5 novembre 2020 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 nov. 2020, n° 19-18284, FS-PBI), dernier arrêt à l'occasion duquel il nous est apparu opportun de publier dans les colonnes de la présente revue un **article de doctrine « Subrogation de l'assureur dommages ouvrage par la prise en compte, rétrospectivement, du paiement effectué par celui-ci avant que le juge ne statue »** (RGDA janv. 2021, n° 118a9, p. 7), auquel le lecteur est prié de se reporter quant à la genèse de la jurisprudence ci-avant évoquée.

La jurisprudence administrative statue dans le même sens (CE, 7<sup>e</sup>-2<sup>e</sup> ss-sect. réunies, 12 mars 2014, n° 364429, publié au Lebon : AJDA 2014, p. 1103, note A. Galland ; RGDA 2014, p. 347, note J.-P. Karila ; RDI 2014, p. 417, obs. J. Roussel ; RDI 2014, p. 467, obs. B. Delaunay).

5. Étant encore observé et souligné qu'il importe peu que ledit paiement ait été effectué postérieurement à la forclusion de l'action

**en garantie décennale** puisqu'aussi bien, la subrogation de l'assureur est admise **rétrospectivement par anticipation**. Mais bien évidemment, les actes extra-judiciaires de l'assureur doivent, quant à eux, avoir été délivrés avant la forclusion décennale, qu'il s'agisse d'une assignation en référé expertise ou d'une assignation au fond (non précédé d'une assignation en référé expertise).

6. La haute juridiction, dans l'arrêt rapporté, a cassé, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la cour d'appel pour défaut de base légale au regard des textes précités, et **ce en considération de la première branche du moyen unique de cassation** (qui en comportait quatre), soutenu par l'assureur « **sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs** », c'est-à-dire sans considération des trois autres branches dudit moyen.

Mais les questions traitées dans les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen unique de cassation sont intéressantes au regard de la réflexion juridique, notamment :

1/ Celle de l'effet interruptif relatif **ou erga omnes** des assignations d'extension d'une expertise déjà ordonnée (deuxième branche et quatrième branche) à propos desquelles nous avons cité dans notre doctrine de janvier 2021 ci-avant précitée la jurisprudence rendue en la matière que nous complétons ici en citant un arrêt inédit du 13 février 2020 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2020, n° 18-23723), lequel, dans la réponse qu'il apporte au premier moyen de cassation pris en sa seconde branche, au visa des articles L. 124-3 du Code des assurances et 2239 du Code civil, est particulièrement intéressant ; étant souligné que la question est désormais traitée de façon identique par la deuxième et la troisième chambre civile de la haute juridiction en ce sens que l'effet interruptif des citations en référé expertise aux fins de rendre commune à d'autres parties non précédemment mises en cause, est nécessairement relatif tandis qu'il est *erga omnes* dans les rapports de l'assuré et de l'assureur, ou encore chaque fois que l'assureur est en cause. Pour un exposé plus complet et précis de l'étendue de l'effet interruptif, le lecteur est prié de se reporter à nos développements sur la question dans **Lamy Assurances 2021, nos 3574 et 3579**.

2/ Celle de l'irritante, inexplicable et persistante confusion des praticiens entre action en garantie et action subrogatoire. Voir sur cette question également nos développements dans **Lamy Assurances 2021, n° 3410**.

3/ Celle de la confusion souvent opérée par les praticiens entre subrogation *in futurum* et subrogation par anticipation.

Ces questions évoquées dans les branches du moyen non examinées par la Cour de cassation ont été traitées également dans notre article précité de janvier 2021 : RGDA janv. 2021, n° 118a9, p. 7.

## Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 19-21358, F-D

(...)

### Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en Provence, 21 mars 2019), la société civile immobilière La Villa d'Este (la SCI) a fait construire un groupe de bâtiments, dont la réception a été prononcée le 21 mars 1991.

3. Se plaignant des désordres, le syndicat des copropriétaires et plusieurs copropriétaires ont obtenu, par ordonnance de référé du 20 septembre 1995, une mesure d'expertise contradictoire à l'égard de la SCI et de la société

d'Assurances générales de France, aux droits de laquelle vient la société ALLIANZ IARD, en sa qualité d'assureur dommages-ouvrage.

4. À la suite d'assignations de l'assureur dommages-ouvrage des 24 et 25 janvier 1996, les opérations d'expertise ont été rendues communes aux locataires d'ouvrage et à leurs assureurs par ordonnance de référé du 7 février 1996.

5. Par acte du 30 juin 2020, le syndicat des copropriétaires et les copropriétaires ont assigné la SCI et l'assureur dommages-ouvrage en réparation de leurs préjudices.

6. Par actes des 25 octobre et 7 novembre 2000, l'assureur dommages-ouvrage appelé en garantie les locateurs d'ouvrage et leurs assureurs. Cette instance a fait l'objet d'une radiation.

7. Par actes des 30 décembre 2005, 3 et 10 janvier 2006, l'assureur dommages-ouvrage a exercé ses recours à l'encontre de divers locateurs d'ouvrage et de leurs assureurs, parmi lesquels la SMABTP et la société AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE, aux droits de laquelle vient la société XL INSURANCE COMPANY SE, au titre des sommes dont elle devait s'acquitter au profit du syndicat des copropriétaires et de certains copropriétaires.

#### Examen du moyen

#### Sur le moyen unique, pris en sa première branche

#### Énoncé du moyen

8. La société ALLIANZ IARD fait grief à l'arrêt de déclarer sa demande irrecevable, alors 'qu'une partie assignée en justice est en droit d'en appeler une autre en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle, une telle action ne supposant pas que l'appelant en garantie ait déjà indemnisé le demandeur initial ; qu'une assignation en référé qui tend à rendre commune une expertise ordonnée par une précédente décision constitue une citation en justice interrompant la prescription au profit de son auteur ; qu'est ainsi recevable l'action engagée par l'assureur dommages-ouvrage exerce avant l'expiration du délai de forclusion décennale, bien qu'il n'ait pas eu, au moment de la délivrance de son assignation, la qualité de subrogé dans les droits de son assuré, dès lors qu'il a payé l'indemnité à ce dernier avant que le juge du fond ait statué ; qu'en jugeant néanmoins que « l'assignation en référé délivrée à la seule demande de l'assureur dommages-ouvrage contre les constructeurs et leurs assureurs, alors qu'il n'est pas nécessaire que la société

ALLIANZ IARD soit subrogée dans les droits de son assurée au moment où elle assignait en extension des opérations d'expertise les constructeurs responsables et leurs assureurs, la cour d'appel a violé les articles L.121-12 du code des assurances, 2244 du code civil dans sa rédaction applicable en la cause et l'article 126 du code de procédure civile ».

#### Réponse de la Cour

Vu les articles L.121-12 du code des assurances, 2244 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 17 juin 2008, et 126 du code de procédure civile :

9. Il résulte de la combinaison de ces textes que l'assignation en référé – expertise délivrée par l'assureur dommages-ouvrage interrompt le délai de forclusion décennale à l'égard des constructeurs et de leurs assureurs, bien qu'il n'ait pas eu, au moment de la délivrance de son assignation, la qualité de subrogé dans les droits de son assuré, dès lors qu'il a payé l'indemnité due à celui-ci avant que le juge du fond n'ait statué.

10. Pour déclarer irrecevable le recours de l'assureur dommages-ouvrage contre les constructeurs et leurs assureurs de responsabilité décennale, l'arrêt retient que l'assignation en référé délivrée le 25 janvier 1996 par l'assureur dommages-ouvrage était dépourvue d'effet interruptif dès lors qu'il n'était pas, à cette date, subrogé dans les droits de ses assurés.

11. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la société ALLIANZ IARD n'avait pas été subrogée dans les droits du syndicat des copropriétaires et des copropriétaires avant qu'elle ne statue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour CASSE et ANNULE (...)

# Garantie de l'assureur avant réception des travaux après résiliation du contrat conclu avec l'entrepreneur/ Non-respect des délais de l'article L. 242-1 du Code des assurances : recours subrogatoire de l'assureur ? Oui à raison du caractère limitatif et exclusif des sanctions édictées par ce texte

La cour d'appel qui constate que la décision de non-garantie signifiée par l'assureur était fondée sur l'absence de désordre de nature décennale, ce que l'expert judiciaire a confirmé, en déduit exactement qu'il ne pouvait être reproché à l'assureur de ne pas avoir entrepris des investigations supplémentaires de quelque ordre que ce soit, tandis que, par ailleurs, c'est à bon droit que ladite cour d'appel énonce que le non-respect des délais prévus par l'article L. 242-1 du Code des assurances ne peut entraîner d'autre sanction que celles prévues par ce texte. Par ces seuls motifs, la Cour de cassation a légalement justifié sa décision.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2021, n<sup>o</sup> 19-17499, F-D

Par Jean-Pierre Karila

Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, professeur à l'ICH, chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

 118h4

1. La cassation prononcée par l'arrêt rapporté est explicitée aux points 7, 8, 9 et 10 dudit arrêt, qui, après avoir dit qu'il n'y a pas lieu, en application de l'article 1014, alinéa 2, du Code de procédure civile, de statuer par une décision spécialement motivée sur les griefs formulés par les troisième et cinquième branches du premier moyen et par le deuxième moyen du pourvoi principal :

- **rappelle** les conditions de la mobilisation de l'assurance dommages ouvrage avant la réception des travaux, soit la résiliation du contrat conclu avec l'entrepreneur pour inexécution par celui-ci de ses obligations, après une mise en demeure restée infructueuse, en soulignant que la garantie de l'assureur ne couvre que « **les seuls désordres de nature décennale** » ;

- **relève** que la cour d'appel a constaté que la décision de non-garantie notifiée par l'assureur, prise au vu des conclusions de l'expert dommages ouvrage, était fondée sur l'absence de désordre de nature décennale, ce que l'expertise judiciaire avait confirmé, et **juge** « **qu'elle en a exactement déduit**, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, qu'il ne pouvait être reproché à l'assureur dommages ouvrage de ne pas avoir entrepris des investigations supplémentaires de quelque ordre que ce soit » ;

- **juge** en outre que la cour d'appel a par ailleurs « **énoncé à bon droit** que le non-respect des délais prévus par l'article L. 242-1 du Code des assurances ne peut entraîner d'autres sanctions que celles prévues par ce texte » ;

- **juge** en conséquence que la cour d'appel a « par ces seuls motifs, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche, **légalement justifié sa décision** ».

2. L'ergonomie de la réponse de la Cour de cassation nous conduit à :

- **rappeler** brièvement les conditions de la mobilisation des garanties de l'assurance dommages ouvrage avant la réception des travaux dans le cas ci-avant évoqué de la résiliation du contrat conclu avec l'entrepreneur et les conséquences qu'il faut en tirer (I) ;

- **rappeler** brièvement le caractère limitatif et exclusif des sanctions édictées par l'article L. 242-1 du Code des assurances conduisant *de facto* et *de jure* à l'absence de tout obstacle à **l'exercice plein et entier de l'action subrogatoire** de l'assureur, sauf en ce qui concerne l'indemnité complémentaire constituée par la majoration de l'indemnité destinée à la réparation des dommages d'un intérêt égal au double de l'intérêt légal, et ce en cas de non-respect des délais, **ou** lorsqu'il propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, dont l'assureur, nous le rappelons, est le seul débiteur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juin 2005, n<sup>o</sup> 03-20992 : Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 123 - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 oct. 2012, n<sup>os</sup> 10-27884 et 11-11323 : Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 149) (II).

## I. Les conditions de la mobilisation des garanties de l'assurance dommages ouvrage avant la réception de l'ouvrage / conséquence

Voir « Conditions de mobilisation de la garantie de l'assureur avant réception de l'ouvrage », RGDA avr. 2020, n° 117h4, p. 33, note J.-P. Karila – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2020, n° 19-12281, FS-PB.

### A. Les conditions de la mobilisation de la garantie

3. Deux conditions cumulatives subordonnent la mobilisation de la garantie de l'assureur :

- la délivrance d'une mise en demeure à l'entrepreneur d'exécuter ses obligations ;
- la résiliation, en suite du caractère infructueux de cette mise en demeure, du contrat de louage d'ouvrage conclu avec ledit entrepreneur.

L'appréciation de ces deux conditions peut s'avérer difficile lorsque le constructeur concerné a fait l'objet d'une procédure collective, pouvant conduire **mais seulement** dans certaines circonstances, à l'inutilité de la mise en demeure, car il est admis que la liquidation judiciaire de l'entrepreneur constitue *de facto* la résiliation du contrat de louage d'ouvrage passé avec celui-ci tandis que la Cour de cassation a tendance, à l'occasion, d'évacuer l'exigence de la mise en demeure à raison du fait que l'assignation en résolution constitue une mise en demeure de l'entrepreneur (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mai 2000, n° 97-22547 : Bull. civ. I, n° 150 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2001, n° 98-22760 : Bull. civ. I, n° 7).

### B. Les conséquences de la mobilisation de la garantie

4. L'assurance dommages ouvrage étant une assurance de choses dont l'objet / finalité est d'assurer le préfinancement de la réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs en vertu des articles 1792 et 1792-2 du Code civil et assimilés, il s'en suit logiquement qu'en cas de mobilisation de la garantie de l'assureur avant la réception de l'ouvrage, la couverture d'assurance **ne couvre que les seuls désordres de nature décennale** (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 mars 1995, n° 93-11267 : Bull. civ. III, n° 71 ; RGDA 1996, p. 138, note H. Périnet-Marquet - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 nov. 2003, n° 02-15333 : Bull. civ. III, n° 206), ce qui évince en conséquence toute possibilité de mobilisation de garantie de l'assurance dommages ouvrage au titre notamment de dommages mineurs survenus avant la réception ou encore au titre des retards dans l'exécution des travaux de l'entrepreneur concerné.

**Le rejet du pourvoi principal**, qui, rappelons-le, comportait trois branches, toutes axées sur l'affirmation selon laquelle l'assureur engage sa responsabilité contractuelle de droit commun lorsque « **du fait de sa déloyauté dans le cadre de l'exécution de la convention dommages ouvrage...** », il est « à l'origine des dommages immatériels invoqués par le maître de l'ouvrage », affirmation formulée au visa de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, **s'imposait à l'évidence**, comme les conséquences énoncées par la haute juridiction (points 7 et 8 de sa décision).

5. **Le montant de la garantie** de l'assureur ne saurait bien évidemment être limitée à celui des sommes versées à l'entrepreneur avant la résiliation de son marché **mais est nécessairement égal au coût des travaux de remise en état des ouvrages dans la limite du coût prévisionnel de la construction** (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2011, n° 10-27153 : Bull. civ. III, n° 212 ; RGDA 2012, p. 729, note J.-P. Karila).

### C. Observations sur les griefs formulés par le troisième moyen du pourvoi en principal

6. On peut s'interroger sur le visa de l'article 1147, adossé à l'**affirmation** selon laquelle l'assureur **aurait été déloyal** dans le cadre de « l'exécution de la convention dommages ouvrage », alors que le contrat d'assurance est lui-même régi par des dispositions spécifiques du Code des assurances dont certaines sont au surplus d'ordre public.

La question du fondement juridique pertinent de la responsabilité de l'assureur s'est posée en doctrine et jurisprudence à l'occasion du manquement de l'assureur à son obligation contractuelle « d'assurer un préfinancement des travaux de nature à mettre fin aux désordres » ou encore « des travaux pérennes et efficaces ».

Doit-on ?

- **considérer** que l'action en responsabilité à l'encontre de l'assureur dérive du contrat d'assurance lui-même, auquel cas la prescription y attachée est nécessairement la prescription biennale édictée par l'article L. 114-1 du Code des assurances ;

- **ou considérer** que sont applicables les règles de droit commun en matière de responsabilité contractuelle, auquel cas la prescription attachée à l'action serait la prescription de droit commun, c'est-à-dire celle prévue par l'article 2224 du Code civil, institué par la loi du 17 juin 2008 qui pose le principe d'une prescription quinquennale à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, point de départ qualifié de façon imaginée à juste titre par la doctrine de « glissant ».

La problématique ci-avant évoquée étant parfaitement transposable aux griefs formulés par le troisième moyen du pourvoi principal, griefs qui ont été nécessairement et implicitement rejetés par l'affirmation que la garantie de l'assureur porte exclusivement sur les désordres de nature décennale (point 7 de l'arrêt rapporté).

Pour un exposé exhaustif de la problématique ci-avant évoquée, le lecteur est prié de bien vouloir se reporter à nos observations dans **Lamy Assurances 2021, n° 3390**.

## II. Caractère exclusif et limitatif des sanctions édictées par l'article L. 242-1 du Code des assurances / conséquences

L'arrêt rapporté valide, dans le cadre d'un contrôle normatif, l'arrêt de la cour d'appel en ce que celui-ci a énoncé « **à bon droit** que le non-respect des délais prévus par l'article L. 242-1 du Code des assurances ne peut entraîner d'autre sanction que celles prévues par ce texte ».

## A. Caractère limitatif et exclusif des sanctions

7. Les sanctions édictées par l'alinéa 5 de l'article L. 242-1 du Code des assurances ont un effet un caractère limitatif d'une part **et** exclusif d'autre part.

**Limitatif** en ce sens ce qu'elles ne peuvent être transposées / appliquées en dehors de leur objet même qui est d'assurer seulement le paiement d'une indemnité d'assurance correspondant au strict coût des dépenses nécessaires à la réparation des dommages matériels affectant l'ouvrage assuré, indemnité majorée, comme évoqué ci-dessus (*supra* n° 2), d'une indemnité correspondant à un intérêt égal au double de l'intérêt légal sur le montant des travaux réparatoires.

**Exclusif** en ce sens en ce qu'elles excluent toute possibilité de mise en œuvre du droit commun de la responsabilité au titre du manquement, ou encore des conséquences des manquements de l'assureur aux délais et obligations à propos desquelles le texte précité a édicté lesdites sanctions.

Et ce nonobstant le fait que certains arrêts ne visent expressément que le caractère limitatif des sanctions dont s'agit.

### 1. Caractère limitatif

Un certain nombre d'arrêts cités ici dans l'ordre chronologique de leur date illustre le caractère limitatif des sanctions (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 avr. 2000, n° 97-22617 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 2005, n° 03-18899 : Bull. civ. III, n° 3 ; RDI 2005, p. 92, obs. G. Leguay – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 janv. 2017, n° 15-26441 : RGDA mars 2017, n° 114j4, p. 192, note L. Karila ; RDI 2017, p. 198, obs. J. Roussel).

## 2. Caractère exclusif

On peut rattacher au caractère exclusif de la sanction un certain nombre d'arrêts cités ici encore dans leur ordre chronologique de dates (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juill. 2001, n° 94-21913 : Bull. civ. I, n° 232 ; RGDA 2001, p. 982, note J.-P. Karila – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mars 2007, n° 05-20485 : RGDA 2007, p. 641, note J.-P. Karila - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 mai 2007, n° 06-13821 : RGDA 2007, p. 631, note J.-P. Karila).

## 3. Caractère limitatif et exclusif

Quelques arrêts illustrent, même si cela n'est pas toujours indiqué expressément, le caractère à la fois limitatif et exclusif. En ce sens, on citera :

- un arrêt du 14 septembre 2017 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 sept. 2017, n° 16-21696, FS-PB : RGDA janv. 2018, n° 115g7, p. 36, note J.-P. Karila) ;

- un arrêt du 17 octobre 2019 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 oct. 2019, n° 18-11103 : RGDA janv. 2020, n° 117a9, p. 53, note J.-P. Karila ; RDI 2019, p. 634 obs. P. Dessuet ; LEDA déc. 2019, n° 112g9, p. 4, note S. Bertolaso).

## B. Les conséquences du caractère limitatif et exclusif des sanctions

8. Les conséquences du caractère limitatif et exclusif des sanctions ont déjà été évoquées ci-dessus (*supra* nos 4 et 7).

Elles consistent notamment en l'éviction de toute sanction au titre des manquements de l'assureur dans le cadre de l'exécution du contrat d'assurance, ce qui renvoie à la problématique ci-avant évoquée (*supra* n° 6).

## Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2021, n° 19-17499, F-D

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 28 mars 2019), la société civile immobilière [...] (la SCI), qui a entrepris la construction d'un immeuble d'habitation comportant plusieurs logements destinés à la vente, a confié les travaux de fondations et de terrassement à la société MGB, assurée auprès de la société Axa France IARD, et une mission de contrôle technique à la société Bureau Veritas construction. Une assurance dommages-ouvrage a été souscrite auprès de la SMABTP.

2. Ayant constaté, en cours de chantier, un phénomène de fissurations de certains éléments de gros œuvre, des plafonds et des carrelages, la SCI a mis en demeure les entreprises concernées de reprendre les désordres, puis a résilié les marchés des entreprises en cause, parmi lesquelles la société MGB, avant de déclarer le sinistre à la SMABTP, en sa qualité d'assureur dommages-ouvrage.

3. Celle-ci a notifié au maître de l'ouvrage un refus de garantie.

4. Invoquant notamment le préjudice résultant du retard de livraison des appartements aux acquéreurs, la SCI a assigné en responsabilité et réparation la SMABTP, en sa qualité d'assureur dommages-ouvrage, les intervenants à l'acte de construire, ainsi que leurs assureurs. La SMABTP a exercé ses recours contre les sociétés MGB et Bureau Veritas construction.

### Examen des moyens

#### Sur le premier moyen, pris en ses troisième et cinquième branches, et sur le deuxième moyen du pourvoi principal, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

#### Sur le troisième moyen du pourvoi principal

##### Énoncé du moyen

6. La SCI fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes à l'encontre de la SMABTP fondées sur la responsabilité contractuelle, alors :

« 1°/ qu'engage sa responsabilité contractuelle de droit commun l'assureur dommages ouvrage qui, du fait de sa déloyauté dans le cadre de l'exécution de la convention d'assurance dommages ouvrage, est directement à l'origine des préjudices immatériels invoqués par le maître de l'ouvrage ; qu'en énonçant, pour débouter la SCI [...] de sa demande en réparation, que l'indemnisation des préjudices immatériels ne relève pas de l'assurance dommages-ouvrage, quand la société SMABTP était tenue de réparer, au titre de la responsabilité contractuelle de droit commun, l'ensemble des préjudices en relation causale directe avec son comportement déloyal ou fautif, y compris les préjudices immatériels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016,

2°/ qu'engage sa responsabilité contractuelle de droit commun, l'assureur dommages ouvrage qui, du fait de sa déloyauté dans le cadre de l'exécution de la convention d'assurance dommages-ouvrage, est directement à l'origine des préjudices immatériels invoqués par le maître de l'ouvrage ; qu'en ne recherchant pas, bien qu'y ayant été invitée, si la société SMABTP n'avait pas manqué à son obligation de loyauté en ne prenant pas en considération les préconisations de l'expert qu'elle avait elle-même mandaté à la suite de la déclaration de sinistre intervenue le 25 octobre 2010, qui demandait à procéder à un nombre important d'essais et de sondages permettant de déterminer les causes des désordres et d'identifier les remèdes qu'il convenait d'y apporter, ce refus ayant eu pour conséquence de contraindre la SCI [...] à solliciter une expertise judiciaire pour qu'il soit procédé à ces sondages et essais, de sorte que la société SMABTP devait réparer les préjudices immatériels générés en particulier par les retards de livraison des logements vendus en l'état futur d'achèvement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3°/ qu'engage sa responsabilité contractuelle de droit commun, l'assureur dommages ouvrage qui, du fait de sa déloyauté dans le cadre de l'exécution de la convention d'assurance dommages-ouvrage, est directement à l'origine des préjudices immatériels invoqués par le maître de l'ouvrage ; qu'en

ne recherchant pas, bien qu'y ayant été invitée, si la société SMABTP n'avait pas manqué à son obligation de loyauté en notifiant tardivement, le 11 janvier 2011, à la SCI [...] un refus de garantie alors qu'elle était pleinement informée, par la déclaration de sinistre, de ce que, à la suite des mises en demeure qui avaient été adressées le 22 septembre 2010 aux entreprises concernées par les désordres constatés et qui étaient demeurées sans effet, les marchés conclus avec celles-ci avaient été résiliés avant toute réception des travaux, de sorte qu'en refusant de préfinancer avec célérité les travaux de reprise des désordres et d'en faciliter par conséquent l'exécution la société SMABTP avait agi avec déloyauté et mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

### Réponse de la Cour

7. L'assurance dommages-ouvrage, prévue par l'article L. 242-1 du code des assurances, ne couvre, avant la réception des travaux et dans le cas où, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat conclu avec l'entrepreneur est

résilié pour inexécution par celui-ci de ses obligations, que les seuls désordres de nature décennale.

8. La cour d'appel, ayant constaté, par motifs adoptés, que la décision de non-garantie notifiée par la SMABTP, prise au vu des conclusions de l'expert dommages-ouvrage, était fondée sur l'absence de désordre de nature décennale, ce que l'expertise judiciaire avait confirmé, en a exactement déduit, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, qu'il ne pouvait être reproché à l'assureur dommages-ouvrage de ne pas avoir entrepris des investigations supplémentaires de quelque ordre que ce soit.

9. Elle a, par ailleurs, énoncé à bon droit que le non-respect des délais prévus par l'article L. 242-1 du code des assurances ne peut entraîner d'autre sanction que celles prévues par ce texte.

10. Elle a, par ces seuls motifs, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche, légalement justifié sa décision.

## ASSURANCE EMPRUNTEUR

# Assurance emprunteur de groupe et perte de chance de contracter une assurance plus complète : quand ça veut pas, ça veut pas...

La cour d'appel qui a constaté que l'emprunteur, victime d'une hernie discale, avait été mis en arrêt de travail puis hospitalisé antérieurement à la souscription du prêt, a pu justement décider qu'il n'était pas démontré que celui-ci aurait pu contracter une assurance couvrant les conséquences d'un risque déjà réalisé et par conséquent a pu rejeter la demande en réparation formée contre la banque pour manquement à son obligation d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation de la garantie à sa situation personnelle.

Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-18314, F-D

Par Agnès Pimbert

Maître de conférences HDR à la faculté de droit de Poitiers, co-directrice du master droit des assurances

 118h1

**U**n agriculteur contracte des prêts professionnels auprès d'une banque afin d'acheter du matériel agricole. Victime d'une hernie discale et mis en arrêt de travail puis hospitalisé, l'emprunteur ne peut plus rembourser le prêt et demande la prise en charge des mensualités par l'assurance emprunteur de groupe à laquelle il a adhéré. L'assureur refuse au motif que le risque n'est pas couvert par le contrat. Par la suite, la banque constate la déchéance du terme et assigne l'emprunteur en paiement des mensualités. Celui-ci forme alors une demande reconventionnelle en réparation contre la banque

pour manquement à son obligation de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts par l'assurance à sa situation personnelle. La cour d'appel rejette sa demande et la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi de l'emprunteur.

En l'espèce, l'emprunteur invoquait, classiquement, un manquement de la banque à son obligation d'éclairer l'assuré « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur » (Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : Bull. ass. plén., n° 4 ; RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 8, obs. G. Courtieu). Engager la responsabilité contractuelle du banquier souscripteur de l'assurance de groupe constitue en effet une voie alternative, permettant d'obtenir des dommages et intérêts, alors que l'assurance emprunteur souscrite n'a pas pu être mobilisée. Engager la responsabilité du banquier impose toutefois de prouver l'existence d'un préjudice, conformément aux conditions de la responsabilité contractuelle. La jurisprudence décide traditionnellement que le préjudice subi consiste en une perte de chance (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 sept. 2008, n° 06-17859 : RGDA 2008, p. 994, note J. Kullmann – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 juin 2011, n° 10-30311 : RGDA 2011, p. 1060, obs. J. Kullmann), considérant que le défaut d'information sur le contrat conclu a fait perdre à l'emprunteur une chance de chercher et souscrire une autre assurance, proposant des garanties plus complètes, et ainsi d'être garanti pour le sinistre subi.

Sur ce point, on observera d'ailleurs que, dans un arrêt rendu le même jour que la décision commentée, la même chambre commerciale retient une conception élargie de cette perte de chance, conçue comme « la perte de la chance de bénéficier d'une prise en charge par l'assurance » (Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-24954, et notre note dans ce numéro : RGDA mars 2021, n° 118h2).

La perte de chance a pu être définie en jurisprudence comme « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » (Cass. crim., 18 mars 1975, n° 74-92118 : Bull. crim., n° 79 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2007, n° 05-20313 : Bull. civ. I, n° 217 ; JCP G 2007, I, p. 185, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck). Sa réparation est envisageable chaque fois que l'obtention de l'avantage espéré présentait un caractère aléatoire. S'agissant du manquement du banquier à son obligation d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation de l'assurance souscrite à sa situation personnelle, l'incertitude réside dans le doute relatif au fait que, correctement informé, l'assuré ait effectivement recherché et pu souscrire une autre assurance présentant des garanties plus complètes (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 sept. 2008, n° 06-17859 : RGDA 2008, p. 994, note J. Kullmann – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2004, n° 02-10957). Conformément au droit de la responsabilité civile, l'emprunteur devra ensuite établir que son préjudice de perte de chance est actuel, direct et certain. Or, par le biais de cette condition de certitude, qui est au cœur de la décision commentée, la Cour de cassation impose en réalité une double exigence : que la perte de chance ait été certaine, d'une part, et que la chance perdue ait été certaine, d'autre part. En l'espèce, c'est le caractère certain de la chance perdue qui posait problème. Sur ce point, la jurisprudence vérifie traditionnellement que la chance ait été réelle et s'assure de son caractère non hypothétique ou nul. Concrètement, s'agissant du manquement du banquier à son obligation, il doit être établi l'existence d'une réelle chance de pouvoir souscrire une assurance plus efficace. En effet, à défaut, le préjudice subi ne serait qu'éventuel et par conséquent non réparable (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 juin 2011, n° 10-30311 : RGDA 2011, p. 1060, obs. J. Kullmann).

On observera toutefois que, de façon très surprenante, il a pu être admis une perte de chance, pourtant hautement improbable, si

ce n'est impossible, de souscrire une assurance prévoyance après soixante-cinq ans (Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-24026 : RGDA mars 2015, n° 111z2, p. 14, note M. Bruschi). On notera cependant que, dans ce cas, il s'agit d'une impossibilité davantage économique que juridique, dans la mesure où la couverture d'un tel risque n'est *de facto* pas proposée sur le marché de l'assurance, sans qu'il existe à proprement parler d'interdiction juridique.

En l'espèce, la pathologie (hernie discale ayant entraîné un arrêt de travail puis une hospitalisation) était bel et bien survenue avant la souscription du contrat de prêt et l'adhésion à l'assurance, et cela quelle que soit la date retenue pour la conclusion du prêt ; la discussion opérée par l'emprunteur sur ce point s'avérait d'ailleurs

totallement vaine. Dès lors, le risque était déjà réalisé lors de la conclusion du contrat d'assurance. Or un contrat d'assurance ne peut, par nature, couvrir que les seuls risques futurs, et non ceux déjà réalisés au moment de la conclusion du contrat puisque l'aléa relève de l'essence même du contrat d'assurance. Il y avait donc ici absence d'aléa et par conséquent absence de toute chance de trouver une autre garantie, puisqu'aucun autre contrat d'assurance n'était juridiquement susceptible de couvrir un tel risque. Était donc caractérisée une impossibilité juridique à trouver un autre contrat proposant une garantie plus efficace. Par conséquent, aucune chance de conclure un tel contrat ne pouvait être reconnue. En l'absence de perte de chance certaine, le préjudice n'était ainsi pas réparable et l'action en responsabilité contre la banque vouée à l'échec.

## Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-18314, F-D

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 14 décembre 2017), M. B... H..., agriculteur, a contracté quatre prêts professionnels auprès de la société Caisse régionale de crédit agricole mutuel Provence Côte d'Azur (la banque) pour acheter du matériel agricole.

2. L'emprunteur étant défaillant dans le remboursement des emprunts, la banque a constaté la déchéance du terme et l'a assigné en paiement. M. B... H... a formé une demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts, en lui reprochant un manquement à son obligation de conseil.

### Examen des moyens

#### Sur le premier moyen

##### Énoncé du moyen

3. M. B... H... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de dommages-intérêts au titre d'un manquement de la banque à son obligation de conseil, alors :

« 1°/ qu'en ne recherchant pas, comme il lui était demandé, si la banque avait satisfait à son obligation d'éclairer M. B... H... sur les risques nés d'un défaut d'assurance en ce qui concerne les prêts n° 1, 2 et 4 afin de garantir l'exécution de tout ou partie de ses engagements, la cour, qui a statué par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 applicable,

2°/ qu'en ne recherchant pas, comme il lui était demandé, si la banque avait satisfait, pour le prêt n° 3, à son obligation d'éclairer M. B... H... sur l'adéquation des risques de l'assurance décédés invalidité qu'il avait souscrit à sa situation personnelle d'agriculteur exposée aux risques inhérents à son activité, la cour, qui a statué par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 applicable,

3°/ qu'en constatant que le contrat de prêt n° 3 non daté d'un montant de 23 600 euros consenti à M. B... H... par la banque a été souscrit en octobre 2007 sans indiquer sur quel élément de preuve elle fonde cette affirmation péremptoire, la cour a violé l'article 455 du code de procédure civile,

4°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans les avoir invitées à présenter des observations complémentaires ; qu'en retenant que le contrat de prêt n° 3 d'un montant de 23 600 euros, non daté, a été souscrit en octobre 2007 quand les parties s'accordaient dans leurs conclusions respectives à fixer la date de conclusion de ce prêt au 15 janvier 2008, sans les avoir invitées à présenter des observations complémentaires, la cour a modifié les termes du litige et violé les articles 4, 5 et 16 du code de procédure civile. »

#### Réponse de la Cour

4. En premier lieu, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer la recherche invoquée par la première branche, qui ne lui était pas demandée.

5. En second lieu, ayant constaté que M. B... H..., victime d'une hernie discale, avait été mis en arrêt de travail à compter du 22 septembre 2007, puis

hospitalisé du 24 au 29 septembre 2007, et relevé que cette pathologie était antérieure à la souscription du prêt n° 3, peu important à cet égard que celle-ci soit intervenue en octobre 2007 ou en janvier 2008, comme le soutient le moyen, ce dont elle a déduit qu'il n'était pas démontré que l'emprunteur aurait pu contracter une assurance couvrant les conséquences d'un risque déjà réalisé, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

6. Le moyen n'est donc pas fondé.

#### Et sur le second moyen

##### Énoncé du moyen

7. M. B... H... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de dommages-intérêts au titre du manquement de la banque à son devoir de mise en garde pour les prêts de 23 600 euros et 11 285 euros consentis en 2007, alors :

« 1°/ qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions de M. B... H..., si la subvention accordée par le Conseil général des Alpes-Maritimes, dont le déblocage est soumis à des conditions précises qui ont conduit à la réduction ultérieure de son montant à la somme de 23 228,40 euros, pouvait être prise en considération au titre du revenu de l'emprunteur pour apprécier ses capacités financières, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2006 applicable ;

2°/ que la charge de la preuve de l'exécution du devoir de mise en garde pèse sur la banque et non sur l'emprunteur ; qu'en reprochant à M. B... H..., pour le débouter de sa demande au titre du devoir de mise en garde, de ne pas démontrer que les prêts de 23 600 euros et de 11 285 euros «auraient créé à son détriment un risque d'endettement contre lequel le Crédit agricole aurait dû le mettre en garde», la cour a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 applicable. »

#### Réponse de la Cour

8. Après avoir constaté que la lettre du président du Conseil général des Alpes-Maritimes informant M. B... H... de l'octroi d'une subvention de 38 714 euros pour l'achat de matériel agricole était en possession de la banque le 10 octobre 2007, puis relevé qu'il avait été fait le choix d'un prêt in fine d'une durée d'un an, pour les deux prêts, permettant à l'emprunteur de percevoir la subvention allouée avant de les rembourser, la cour d'appel retient que ces prêts ont été accordés en considération de cette subvention et qu'il n'est pas démontré qu'ils aient créé un risque d'endettement excessif pour l'emprunteur.

9. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer la recherche invoquée par la première branche, qui ne lui était pas demandée, et qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a légalement justifié sa décision.

10. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi (...)

# Date du dommage résultant du manquement de la banque à son obligation d'éclairer l'emprunteur et prescription de l'action : ne nous fâchons pas !

Lorsqu'un emprunteur, ayant adhéré au contrat d'assurance de groupe souscrit par la banque prêteuse à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, reproche à cette banque d'avoir manqué à son obligation de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur et d'être responsable de l'absence de prise en charge, par l'assureur, du remboursement du prêt au motif que le risque invoqué n'était pas couvert, le dommage qu'il invoque consiste en la perte de la chance de bénéficier d'une telle prise en charge. Ce dommage se réalisant au moment du refus de garantie opposé par l'assureur, cette date constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité exercée par l'emprunteur.

Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-24954, FS-P

Par Agnès Pimbert

Maître de conférences HDR à la faculté de droit de Poitiers, co-directrice du master droit des assurances

 118h2

Une banque consent un prêt immobilier à un emprunteur qui adhère au contrat d'assurance de groupe proposé. Placé en arrêt-maladie, l'emprunteur demande à l'assureur la prise en charge du remboursement des mensualités du prêt mais la garantie lui est refusée au motif qu'il avait atteint l'âge au-delà duquel le risque de maladie n'était plus garanti. Assigné en paiement par la caution qui a réglé les sommes restant dues à la suite de la déchéance du terme, il oppose reconventionnellement un manquement de la banque à son devoir de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle. La cour d'appel déclare toutefois cette action en responsabilité prescrite dans la mesure où cinq ans s'étaient écoulés entre l'exercice de l'action et la remise de la notice d'information sur les conditions générales de l'assurance. Sur pourvoi de l'emprunteur, cette décision est censurée par la chambre commerciale de la Cour de cassation au motif que le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité réside en réalité dans le refus de garantie opposé par l'assureur.

On ne développera pas la question, qui n'était pas contestée ici, du manquement à son devoir de conseil du banquier souscripteur d'un contrat d'assurance de groupe (la qualification de devoir de mise en garde étant d'ailleurs plus appropriée : v. en ce sens J. Kullmann, note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : RGDA 2007, p. 397 ; J. Bigot, « L'assurance face à l'obligation de mise en garde : épouvantail ou épée de Damoclès », JCP 2008, I, 135 ; A. Pélissier, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 juin 2016, n° 15-12113 : RGDA sept. 2016, n° 113t5, p. 427). Il est en effet décidé que le banquier est tenu d'éclairer l'assuré « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation » (Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : Bull. ass. plén., n° 4 ; RGDA 2007 p. 397 ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 8, G. Courtieu – Dans le même sens, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 oct. 2008, n° 07-16018 : Bull. civ. II, n° 202 ; RGDA 2009, p. 204, note J. Kullmann ; JCP E 2008, 48, obs. D. Legeais – Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 janv. 2009, n° 07-19867 : Bull. civ. I, n° 7 ; RGDA 2009, p. 204, note J. Kullmann – Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-11700 : RGDA 2012, p. 748, note J. Kullmann). À défaut, il engage sa responsabilité civile contractuelle. En l'espèce, le manquement, résidant dans le fait que la banque n'avait pas alerté l'emprunteur sur la durée de la couverture accordée et son adéquation à sa situation personnelle, ne semblait pas discuté. En réalité, le vrai débat portait ici, à travers la question du point de départ du délai de prescription, sur la nature du préjudice subi en cas de manquement de la banque à son devoir de conseil et, plus précisément, sur la consistance de la perte de chance dans une telle hypothèse.

La décision est rendue au visa de l'article L. 110-4 du Code de commerce qui prévoit que « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans » et de l'article 2224 du Code civil qui précise que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». En effet, l'action en responsabilité civile exercée par l'emprunteur contre la banque était sans conteste soumise au délai de prescription de cinq ans ; mais la difficulté résidait dans la détermination du point de départ de ce délai. Or, en matière de responsabilité civile, le délai de prescription court à compter de la naissance de la créance de réparation, à savoir du jour du dommage ou, à tout le moins, du jour de sa manifestation (Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-16847 : D. 2009,

p. 1960, obs. X. Delpech ; RTD com. 2009, p. 794, obs. D. Legeais) ; dès lors, c'est cette date qui devait être retenue comme point de départ du délai de prescription. Encore fallait-il s'entendre sur la nature du dommage subi et, sur ce point, la conception de la Cour de cassation s'oppose à celle de la cour d'appel. La cour d'appel avait en effet considéré que le dommage consistait en une perte de chance de ne pas contracter, c'est-à-dire de ne pas adhérer au contrat d'assurance de groupe proposé par l'assureur et de souscrire une garantie plus étendue, et que celle-ci s'était manifestée dès l'obtention du crédit par l'emprunteur, qui avait alors été informé des conditions générales de la garantie par la notice d'information. De là, elle en déduisait que le point de départ de la prescription se situait au jour de la délivrance de cette notice. La Cour de cassation retient de son côté une conception différente, considérant que le dommage résultant du manquement consiste en la perte de la chance de bénéficier de la prise en charge des mensualités du prêt par l'assureur, ce qui la conduit à situer le point de départ de la prescription au moment du refus de garantie opposé par l'assureur. La solution retenue conduit à formuler deux observations.

En premier lieu, la solution s'inscrit dans la continuité d'une décision de la deuxième chambre civile du 18 mai 2017. En effet, en matière de prêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation décidait traditionnellement que le dommage résultant d'un manquement de la banque à son obligation de conseil et de mise en garde consistait en une perte de chance de ne pas contracter, par exemple en cas de crédit excessif (v. par ex. Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18354 : RTD com. 2010, p. 770, obs. D. Legeais). Toutefois, à propos, spécifiquement, de l'assurance emprunteur de groupe, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a pu affirmer que « le dommage résultant d'un manquement au devoir de conseil dû à l'assuré sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins se réalise au moment du refus de garantie opposé par l'assureur » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mai 2017, n° 16-17754 : Gaz. Pal. 17 oct. 2017, n° 305b8, p. 61, note D. Noguero). La décision commentée se place clairement dans la lignée de la position de la deuxième chambre civile, en venant retarder la date de survenance du dommage à celle du refus de garantie par l'assureur. Concrètement, il s'agit d'une position favorable à l'emprunteur. Les prêts, notamment immobiliers comme en l'espèce, sont en effet généralement conclus sur une longue période ; dès lors, un refus de garantie de la part de l'assureur à la suite d'un sinistre peut fréquemment survenir longtemps après l'adhésion au contrat d'assurance. Limiter la possibilité d'agir en responsabilité contre la banque à un délai de cinq ans après l'obtention du prêt conduirait concrètement à priver les emprunteurs de possibilité d'agir.

En second lieu, la solution retenue apparaît justifiée au regard de la notion même de perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information ou de conseil. En effet, dans une telle hypothèse, la doctrine considère que le dommage consiste en « la perte d'une chance de contracter, ou de ne pas contracter ou encore de contracter à de meilleures conditions » (J. Ghestin, P. Jourdain et G. Viney,

*Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, LGDJ, n° 280, p. 136). Dans l'hypothèse particulière du manquement à son devoir de conseil du banquier souscripteur d'une assurance de groupe, il était classiquement considéré que ce dommage résidait dans la perte d'une chance de souscrire un contrat d'assurance plus complet que celui proposé, permettant une meilleure garantie. La perte de chance est ainsi retenue parce qu'il existe un aléa quant à la recherche et la possibilité de souscrire une autre assurance plus complète. La jurisprudence a toutefois fait évoluer son analyse de la perte de chance, en distinguant le dommage et le préjudice (v. sur cette distinction : Proposition de loi du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile, « Art. 1235 : Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial », <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>). C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider que la victime devait établir l'existence « d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 2014, n° 12-22567 : RDC 2014, n° 110z5, p. 610, note O. Deshayes – v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2020, n° 18-24349 : RGDA juill. 2020, n° 117q2, p. 27, note A. Pimbert). Une telle affirmation s'explique par le fait que la perte de chance de conclure un autre contrat, plus favorable, n'est pas, en elle-même, préjudiciable ; ce sont les conséquences qui en résultent, telle l'absence de garantie, qui le sont. Pour cette raison, il apparaît nécessaire que la victime du manquement au devoir de conseil démontre, outre la perte de chance de conclure un autre contrat, l'avantage (gain ou perte évitée) qu'elle aurait pu retirer de la conclusion de cet autre contrat. Or, c'est en ce sens que s'inscrit la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui vise de façon générale le dommage consistant en la « perte d'une chance de bénéficier d'une telle prise en charge », c'est-à-dire de bénéficier de la garantie du sinistre. Il s'agit donc d'une conception élargie de la perte de chance, qui englobe à la fois la perte de chance de conclure un contrat plus favorable et le préjudice qui en résulte directement, à savoir l'absence de garantie. Et ce n'est qu'à la date où ce préjudice est bel et bien avéré que la prescription peut commencer à courir, c'est-à-dire au jour du refus de garantie de l'assureur. Si l'on préfère une analyse plus textuelle, bien que la Cour de cassation vise « la réalisation du dommage » et non sa « manifestation », on pourrait voir ici une dissociation entre la survenance du dommage et sa manifestation, la chance perdue ne se révélant qu'au jour où la perte subie apparaît, c'est-à-dire lors du refus de garantie de l'assureur. Cette position, qui tend à prendre en considération, comme point de départ de la prescription, la date de la perte effective subie par le créancier du devoir d'information, de conseil et de mise en garde, est d'ailleurs cohérente avec celle retenue par la même chambre commerciale dans un arrêt de 2019, où elle décide, au sujet d'un montage financier associant souscription d'un prêt *in fine* et adhésion à des contrats d'assurance-vie, que la prescription de l'action en responsabilité contre la banque pour mauvais conseil ne court qu'à compter du terme du prêt (Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-22668 : RGDA mai 2019, n° 116p0, p. 33, note L. Mayaux).

## Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-24954, FS-P

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Bastia, 26 septembre 2018) et les productions, le 13 mars 2009, la société BNP Paribas (la banque) a consenti à M. L... un prêt immobilier garanti par le cautionnement de la société Crédit logement (la caution). M. L... a adhéré au contrat d'assurance de groupe souscrit par la banque. Ayant été placé en arrêt maladie en 2012, M. L... a demandé la prise en charge, par l'assurance, du remboursement des mensualités du prêt, laquelle lui a été refusée au motif qu'il avait atteint l'âge au-delà duquel le risque de maladie n'était plus garanti.

2. Des échéances étant demeurées impayées, la banque a prononcé la déchéance du terme du prêt et la caution lui a payé les sommes restant dues. La caution a ensuite assigné en paiement M. L..., qui, reconventionnellement, lui a opposé un manquement de la banque à son devoir de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle.

### Examen du moyen

#### Énoncé du moyen

3. M. L... fait grief à l'arrêt de déclarer prescrite son action en responsabilité, alors « que l'assuré prend connaissance du dommage né d'un manquement à un devoir de conseil sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins au moment du refus de garantie, qui constitue donc le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité contre le débiteur de l'obligation de conseil ; qu'en retenant au contraire que le délai de prescription de l'action en responsabilité contre la banque souscripteur de l'assurance groupe pour manquement à son obligation de conseil sur l'adéquation des risques couverts à la situation personnelle de M. L... aurait commencé à courir à compter de la délivrance de la notice d'information, la cour d'appel a violé l'article L. 110-4 du code de commerce et l'article 2224 du code civil. »

### Réponse de la Cour

Vu les articles 2224 du code civil et L. 110-4 du code de commerce :

4. Il résulte de ces textes que les actions personnelles ou mobilières entre commerçants et non commerçants se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

5. Lorsqu'un emprunteur, ayant adhéré au contrat d'assurance de groupe souscrit par la banque prêteuse à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, reproche à cette banque d'avoir manqué à son obligation de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur et d'être responsable de l'absence de prise en charge, par l'assureur, du remboursement du prêt au motif que le risque invoqué n'était pas couvert, le dommage qu'il invoque consiste en la perte de la chance de bénéficier d'une telle prise en charge.

6. Ce dommage se réalisant au moment du refus de garantie opposé par l'assureur, cette date constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité exercée par l'emprunteur.

7. Pour déclarer prescrite l'action en responsabilité de M. L..., l'arrêt retient que le dommage résultant du manquement de la banque à son obligation de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle, consistant en une perte de chance de ne pas contracter, s'est manifesté dès l'obtention du crédit par l'emprunteur, qui avait été informé des conditions générales de l'assurance par la remise de la notice d'information, et non à l'occasion du refus de prise en charge des mensualités du prêt par l'assureur.

8. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, réformant le jugement, il déclare prescrite l'action en responsabilité engagée par M. L... et en ce qu'il statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile (...)

## ASSURANCE VOL

# Le transfert de propriété du véhicule volé à l'assureur vaut renonciation à la condition de la garantie vol

La cour d'appel a pu déduire au vu des documents établis par les parties et la remise des clés, alors que le prix de vente était déterminable par application du contrat d'assurance, qu'une cession du véhicule a été régularisée et que l'assureur a ainsi renoncé à la clause contractuelle subordonnant l'indemnisation à la disparition du véhicule pendant plus de trente jours. Dès lors, la propriété du bien avait été définitivement transférée à l'assureur et ce transfert n'avait pas été remis en cause par la découverte du véhicule.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 févr. 2021, n° 19-17956, F-D

Par Anne Pélissier

Professeur à l'université de Montpellier, directeur du master II Droit des assurances, secrétaire générale de l'AIDA-France

 118g8

« Prudence est mère de sûreté », tel est l'enseignement, ironique pour un assureur, qu'il convient de tirer de la manière dont le sinistre vol a été géré dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 février 2021.

Tenant à gérer « au mieux des intérêts de l'assuré et le plus rapidement possible » le sinistre vol déclaré le 16 avril 2016, l'assureur lui avait adressé le jour même plusieurs documents en lui demandant de les compléter et signer. Il s'agissait d'une déclaration de cession du véhicule, au bas de laquelle se trouvait un « certificat de vente » revêtu de son tampon, d'une déclaration d'achat revêtu de son tampon et d'un questionnaire « vol d'un véhicule ». L'assureur demandait encore que lui soit adressés l'original du dépôt de plainte, le certificat de non-gage du véhicule, la carte grise à barrer et à signer par

le titulaire, tous les jeux de clés du véhicule, la facture d'achat du véhicule, les factures d'entretien, le procès-verbal ou le rapport de contrôle technique. L'ensemble des documents fut retourné à l'assureur le 28 avril. Puis, le 2 mai, le véhicule volé fut retrouvé et déclaré réparable. Toutefois, l'assuré refusa d'en reprendre possession en raison de l'acquisition du véhicule par l'assureur à la date du 28 avril. Contestant que la vente fut formée, l'assureur opposait les termes du contrat d'assurance qui subordonnaient la garantie du vol du véhicule assuré au fait que ce véhicule n'ait pas été retrouvé dans un délai de trente jours. Les juges avaient donc à déterminer si la vente avait bel et bien été conclue, ce qui rendait sans objet l'application de la garantie vol.

Dans un premier temps, la cour d'appel de Chambéry avait retenu « qu'en observant les formalités légales exigées pour la vente d'un véhicule, l'assureur s'est comporté comme un véritable acquéreur, sans que la vente ait été conclue sous la condition suspensive de l'absence de découverte du véhicule volé dans le délai de trente jours stipulé au contrat d'assurance ». Son arrêt est cassé par la première chambre civile, au visa des articles 1582 et 1583 du Code civil, au motif que « l'observation des formalités édictées par le code de la route était indifférente à l'appréciation d'un accord des parties sur la chose et sur le prix » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2018, n°s 17-16368 et 17-21060). Contrat consensuel s'il en est, la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (C. civ., art. 1583), sans qu'aucune formalité ne soit requise.

Cette erreur de débutant, qui relève sans doute davantage de la maladresse rédactionnelle que de l'incurie, dut être rattrapée par la cour d'appel de renvoi, dans un second temps. La cour d'appel de Grenoble s'y employa en précisant « qu'en sollicitant la remise de l'ensemble des documents contractuels et administratifs nécessaires à la régularisation de la vente et, surtout, en apposant sans réserve son tampon sur la déclaration d'achat et sur le certificat de vente et en exigeant la remise des clés, la société Pacifica a cependant manifesté clairement son intention de procéder dès le 28 avril 2016 à l'acquisition ferme et définitive du véhicule sans conditionner son accord à l'absence de découverte du véhicule volé dans le délai de 30 jours ». Elle ajoute que si le prix de cession n'est pas mentionné dans ces documents, il est déterminable « à partir de l'option d'indemnisation choisie par l'assuré, dont il est constant qu'il a souscrit l'option "sérénité" lui garantissant en cas de vol une indemnisation égale à la valeur vénale du véhicule, fixée à dire d'expert en cas de désaccord, majorée de 40 % lorsque le sinistre survient dans la quatrième année d'ancienneté du véhicule ». Cette motivation n'est pas remise en cause par la première chambre civile, même si les termes de sa solution, renvoyant aux constatations et énonciations souveraines de la cour d'appel dont elle a pu déduire le transfert de propriété du véhicule, montre qu'elle ne l'approuve que du bout des lèvres. Car, s'agissant de déterminer s'il y a eu accord des parties sur la chose et sur le prix, l'appréciation par les juges de fond de cette question de fait est totalement souveraine. Il n'est pas interdit, pourtant, de s'étonner de quelques termes de la motivation.

En premier lieu, le constat de l'accord de l'assureur tient « surtout », insiste la cour d'appel, au fait que l'assureur ait apposé sans réserve son tampon sur la déclaration d'achat et sur le certificat de vente. Or, si la signature manifeste le consentement de son auteur aux obligations qui découlent de cet acte (C. civ., art. 1363), il n'en est pas de

même de son tampon commercial. Dans un souci de célérité dans la gestion du sinistre, il n'est pas rare que l'assureur transmette à l'assuré des documents à remplir sur lesquels son cachet figure mais sans que cela ne préjuge de l'issue de la prise en charge. C'est d'ailleurs ce qu'expliquait l'assureur piégé par sa trop grande diligence... en vain.

En second lieu, de la manifestation de volonté de l'assureur à la vente, la cour d'appel déduit « que la preuve est ainsi rapportée de sa renonciation claire et non équivoque à la clause contractuelle

subordonnant l'indemnisation à la disparition du véhicule volé pendant plus de 30 jours ». Le recours à la renonciation nous semble mal choisi. En effet, si vente il y a, la garantie vol devient sans objet ; il n'y a pas à y renoncer.

Si l'on est plus accoutumé à voir l'assureur condamné pour des retards et résistances dans le règlement des sinistres (récemment : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 2020, n<sup>o</sup> 19-12023 : RGDA oct. 2020, n<sup>o</sup> 117u4, p. 16, obs. R. Schulz), cet arrêt a le mérite de montrer les effets néfastes de trop de célérité.

## Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 févr. 2021, n<sup>o</sup> 19-17956, F-D

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 9 avril 2019), rendu sur renvoi après cassation (1<sup>re</sup> Civ., 3 mai 2018, pourvois n<sup>o</sup> 17-16.368, 17-21.060), le 16 avril 2016, M. A... a déclaré à son assureur, la société Pacifica (l'assureur), le vol de son véhicule automobile. Le 28 avril, il a adressé à l'assureur, sur sa demande, divers documents comprenant un certificat de cession du véhicule au profit de l'assureur ainsi qu'une déclaration d'achat par l'assureur qui comportait son cachet ainsi que les clés du véhicule. Le 2 mai 2016, le véhicule a été retrouvé et déclaré techniquement et économiquement réparable.

2. Ayant refusé d'en reprendre possession comme le lui demandait l'assureur, M. A... a assigné ce dernier en régularisation de l'acte de cession et en règlement de la valeur vénale du véhicule, majorée de 40 % dans la limite de son prix d'achat, sur le fondement des conditions générales du contrat d'assurance.

### Examen du moyen

#### Énoncé du moyen

3. L'assureur fait grief à l'arrêt de dire qu'il a acquis le véhicule le 28 avril 2016, de le condamner à payer à M. A... la somme de 49 900 euros et de laisser à sa charge les frais de gardiennage et de transport, alors :

« 1<sup>o</sup>/ que la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ; que la vente n'est parfaite qu'à la condition d'un accord des parties sur la chose et le prix ; que si le prix n'a pas été déterminé, il doit toutefois être déterminable ; que le seul fait, pour les parties, de s'accorder sur une procédure de fixation du prix ne suffit pas à rendre le prix déterminable, tant que cette procédure n'a pas été engagée ; qu'en l'espèce, l'assureur faisait valoir qu'il n'y avait eu aucun accord avec M. A... sur le prix du véhicule assuré, que les parties croyaient volé, que les documents reçus le 28 avril 2016 ne pouvaient que lui permettre de faire une proposition d'indemnisation à l'issue des trente jours conformément aux conditions générales de la police d'assurances, ce qui excluait que ce véhicule lui ait été vendu ; que la cour d'appel a néanmoins jugé que le prix de vente était aisément déterminable à partir de l'option d'indemnisation choisie par l'assuré, qui avait souscrit l'option sérénité lui garantissant « en cas de vol une indemnisation égale la valeur vénale du véhicule, fixée à dire d'expert en cas de désaccord, majorée de 40 % lorsque le sinistre survient dans la quatrième année d'ancienneté du véhicule » ; qu'en retenant que le prix était déterminable par renvoi aux stipulations du contrat d'assurance, tandis qu'il résultait de ses propres constatations que l'offre d'indemnisation correspondant au prix de cession dans le cadre de la garantie vol ne pouvait être formulée qu'à l'issue d'un délai de trente jours à compter de la déclaration de sinistre et que l'assureur avait « dans le cadre de la procédure antérieure à la cassation, formulé une offre d'indemnisation à hauteur de 49 900 euros », de sorte que la procédure prévue par le contrat d'assurance pour la fixation du prix de cession du véhicule volé n'avait pas été engagée à la date de la prétendue vente intervenue le 28 avril 2016, date à laquelle un accord sur le prix n'avait donc pas pu être trouvé, la cour d'appel a violé les articles 1582, 1583 et 1591 du code civil ;

2<sup>o</sup>/ que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en l'espèce, l'assureur soutenait que la circonstance qu'il ait demandé à M. A... de lui transmettre l'acte de cession et d'autres documents le 28 avril 2016 ne pouvait nullement signifier qu'il souhaiter déroger à la clause contractuelle prévoyant l'indemnisation trente jours après le vol du véhicule et qu'il n'avait émis de proposition d'indemnité que le 2 mai 2016, à hauteur de 419,29 euros ; qu'en retenant, en l'espèce, que la l'assureur avait reconnu avoir régularisé un acte de cession le 28 avril 2016, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige et ainsi violé l'article 4 du code de procédure civile ;

3<sup>o</sup>/ que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ; qu'à supposer qu'il soit considéré qu'un contrat a été conclu entre l'assureur et M. A... sur le véhicule litigieux, l'assureur faisait valoir que l'acte de cession avait pour cause le fait déclencheur de la garantie d'assurance, à savoir le vol ou la disparition du véhicule assuré, sans que ce véhicule ne soit retrouvé dans les trente jours de la déclaration de sinistre, de sorte que le véhicule ayant été retrouvé dans ce délai, la garantie ne pouvait recevoir effet, ce qui excluait la cession du véhicule à l'assureur ; que la cour d'appel a considéré que le contrat de vente du véhicule assuré avait été valablement conclu entre l'assureur et M. A... dès lors que le transfert de la propriété du véhicule volé à l'assureur ne constituait qu'une condition de l'obligation d'indemnisation lui incombant et ne pouvait trouver sa cause dans cette obligation elle-même qui avait pour seule contrepartie l'obligation incombant à l'assuré de payer les primes et n'avait ainsi pas perdu sa cause avec la découverte du véhicule ; qu'en se prononçant ainsi au regard de la seule contrepartie objective de l'obligation d'indemnisation, sans rechercher, comme elle y était invitée, si ce contrat était dépourvu de sa cause subjective qui résidait dans la garantie stipulée dans les conditions générales d'assurance permettant la cession au profit de l'assureur d'un véhicule volé ou disparu sous réserve qu'il ne soit pas retrouvé dans un délai de trente jours, et que cette garantie ne pouvait recevoir application au cas d'espèce puisque le véhicule de M. A... avait été retrouvé dans ce délai, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 ancien du code civil ;

4<sup>o</sup>/ que la renonciation de l'assureur à une condition de la garantie ne peut résulter que d'une volonté dépourvue d'équivoque ; qu'en l'espèce, l'assureur faisait valoir que le contrat d'assurance subordonnait la garantie du vol du véhicule assuré au fait que ce véhicule n'ait pas été retrouvé dans un délai de trente jours et qu'il n'avait jamais entendu déroger à ses obligations contractuelles, la demande de transmission de documents ayant pour objet de « gérer au mieux cette affaire le plus rapidement possible » et ainsi de pouvoir indemniser l'assuré dans les meilleurs délais ; qu'en retenant néanmoins qu'en sollicitant la remise de l'ensemble des documents contractuels et administratifs nécessaires à la régularisation de la vente, en apposant sans réserve son tampon sur la déclaration d'achat et le certificat de vente, en exigeant la remise des clés du véhicule volé dans le délai de trente jours et en faisant état de son souci de « gérer au mieux cette affaire le plus rapidement possible », l'assureur aurait renoncé de manière claire et non équivoque à la clause contractuelle subordonnant l'indemnisation à la disparition du véhicule volé pendant plus de trente jours, sans caractériser en quoi l'attitude de l'assureur qui, comme il le faisait valoir, s'était borné à instruire la déclaration de sinistre de M. A... et à préparer les documents nécessaires à la cession effective du véhicule, qui ne pouvait intervenir qu'après un délai de trente jours selon le contrat d'assurance, aurait manifesté, sans la moindre équivoque, son intention de renoncer aux conditions de la garantie et de consentir d'emblée à l'acquisition ferme et définitive du véhicule, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 devenu 1103 du code civil ;

5<sup>o</sup>/ qu'il appartient à l'assuré, qui sollicite le bénéfice d'une garantie d'assurance, d'établir la réunion des conditions de cette garantie ; que, lors de l'instruction de la demande en garantie, l'assureur n'a pas à rappeler à l'assuré ces conditions ; que, pour juger qu'un contrat de cession aurait été définitivement conclu sur le véhicule assuré entre l'assureur et M. A..., la cour d'appel a retenu que la clause faisant obligation à l'assuré de reprendre possession du véhicule découvert dans le délai de trente jours de la déclaration de sinistre constituait une limitation contractuelle licite au principe de indemnisation posé par l'article L. 121-1 du code des assurances mais a retenu que dans son courrier à l'assuré, l'assureur n'avait pas mentionné l'existence de la limitation de garantie ; qu'en statuant ainsi, quand l'assureur n'a pas à rappeler à l'assuré les

conditions de la garantie dont ce dernier invoque le bénéfice, la cour d'appel a violé l'article 1134 devenu 1103 du code civil. »

**Réponse de la Cour**

4. L'arrêt retient, au vu des documents établis par les parties et la remise des clés, qu'une cession du véhicule a été régularisée dès le 28 avril 2016 et que l'assureur, ayant alors manifesté son intention de procéder à son acquisition, sans conditionner son accord à l'absence de sa découverte, a ainsi renoncé à la clause contractuelle subordonnant l'indemnisation à la disparition du véhicule pendant plus de trente jours. Il ajoute que, l'assuré ayant souscrit l'option «sérénité» lui garantissant en cas de vol une indemnisation égale à la valeur vénale du véhicule, fixée à dire d'expert en cas de désaccord, majorée de 40 %

lorsque le sinistre survient dans la quatrième année d'ancienneté du véhicule, le prix de vente était déterminable.

5. De ces constatations et énonciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'objet du litige et n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire que la propriété du bien avait été définitivement transférée à l'assureur le 28 avril 2016 et que ce transfert n'avait pas été remis en cause par la découverte du véhicule.

6. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi (...)

## GARANTIE PERTES D'EXPLOITATION

# Covid-19 : exclusion

N'est pas limitée l'exclusion qui vise tout autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, faisant l'objet d'une fermeture administrative pour une cause identique, sur un territoire particulièrement vaste, puisque dépassant le simple cadre d'un village ou d'une ville.

## CA Aix-en-Provence, Chambre 1-4, 25 févr. 2021, n° 2021/62

### Sur la garantie perte d'exploitation en cas de fermeture d'un établissement pour épidémie :

En application de l'article 1170 du Code civil, dans sa version en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

En outre, en vertu de l'article 1171, alinéa premier, du même code, dans sa version en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 :

« Dans un contrat d'adhésion toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite ». L'article L. 113-1, alinéa premier, du code des assurances énonce que :

« Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».

Enfin, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, dans le doute, il convient de privilégier l'interprétation favorable au débiteur, et, lorsqu'une clause est susceptible deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun (articles 1190 et 1191 du Code civil).

En matière d'assurance, l'assuré doit connaître l'étendue des garanties incluses dans le contrat d'assurance qu'il a souscrit et être en mesure de les comprendre.

Et il a été jugé qu'il résulte de l'article L. 113-1 du code des assurances que les clauses d'exclusion de garantie ne peuvent être tenues pour formelles et limitées dès lors qu'elles doivent être interprétées et qu'elles ne se réfèrent pas à des critères précis et à des hypothèses limitativement énumérées.

En l'espèce, dans les conditions particulières du contrat d'assurance multirisque professionnelle du 23 août 2017, figure sous le titre :

« PERTE D'EXPLOITATION SUITE À FERMETURE ADMINISTRATIVE » (page 9),

une garantie des pertes d'exploitation consécutive à une fermeture administrative intervenue notamment à la suite d'une épidémie, ainsi rédigée :

« La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

- 1- La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même.
- 2- La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication.

Durée et limites de la garantie

la garantie intervient pendant la période d'indemnisation, c'est-à-dire la période commençant le jour du sinistre et qui dure tant que les résultats de l'établissement sont affectés par ledit sinistre, dans la limite de trois mois maximum.

Le montant de la garantie est limité à 300 fois l'indice.

CA Aix-en-Provence, Chambre 1-4, 25 févr. 2021, n° 2021/62

Par Jérôme Kullmann

Professeur émérite de l'université Paris Dauphine PSL (Paris 9), président-fondateur de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

 118g5

**S**ur cet arrêt, voir *supra* l'éditorial de Jérôme Kullmann, « Exclusion et Covid-19 : un premier arrêt d'appel à côté de la plaque juridique », RGDA mars 2021, n° 118h7, page 1.

L'assuré conservera à sa charge une franchise de 3 jours ouvrés ».

Il résulte des différentes pièces produites par les parties que si une épidémie peut être définie comme étant le résultat du développement et de la propagation rapide d'une maladie contagieuse dans une population, cette population peut être celle d'un lieu limité, mais aussi d'un village, d'une ville, d'une région, d'un ou de plusieurs pays.

Pour la garantie souscrite par la société le Phœnix auprès de la compagnie AXA, aucune distinction n'est opérée quant à la population visée, aucune définition des termes maladie contagieuse et épidémie ne figure au contrat.

L'obligation essentielle de l'assureur est donc celle d'indemniser son assuré des pertes d'exploitation subies suite à fermeture administrative en raison d'une épidémie.

Ici, c'est à la suite de plusieurs décisions administratives interdisant aux restaurateurs de recevoir du public en raison de l'épidémie de coronavirus, dit Covid 19, et donc de la fermeture administrative en résultant, que l'assuré a subi des pertes d'exploitation dont il demande l'indemnisation.

Pendant, l'assureur dénie toute garantie en invoquant la clause d'exclusion suivante :

« Sont exclues

- les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ».

L'exclusion ainsi définie n'est nullement limitée puisqu'elle vise :

- tout autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité,
- faisant l'objet d'une fermeture administrative pour une cause identique,
- sur un territoire particulièrement vaste, puisque dépassant le simple cadre d'un village ou d'une ville.

L'application pure et simple de cette clause d'exclusion aboutirait donc à ne pas garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies en raison de la fermeture administrative de son restaurant pour épidémie de coronavirus, et donc, à priver de sa substance l'obligation essentielle de garantie.

Comme le fait d'ailleurs remarquer la société intimée, l'assureur ne produit aucune pièce concernant le cas où sa garantie aurait joué en cas d'épidémie.

En outre, suite à l'épidémie de coronavirus dite COVID 19, le 28 octobre 2020, l'assureur AXA a proposé à son assuré un avenant définissant cette fois avec précision les termes épidémie et pandémie et excluant de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une épidémie et à une pandémie (pièces 24 et 26 de l'intimée).

C'est donc avec raison que les premiers juges ont estimé que la clause d'exclusion litigieuse ne satisfaisait pas aux conditions de l'article L. 113-1 du code des assurances et qu'elle devait être réputée non écrite.

Leur décision doit ici être confirmée, en partie pour d'autres motifs.

## PROCÈS PÉNAL

# Irrecevabilité devant le juge répressif de l'exception tirée de la nullité du contrat d'assurance automobile obligatoire

Selon l'article 385-1 du Code de procédure pénale, dont les dispositions sont d'ordre public, l'exception fondée sur une cause de nullité ou sur une clause du contrat d'assurance et tendant à mettre l'assureur hors de cause, n'est recevable que si elle est de nature à exonérer totalement l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers. Il s'en déduit que le juge pénal n'a pas compétence pour examiner l'exception en ce qu'elle oppose seulement l'assureur à l'assuré.

La nullité édictée par l'article L. 113-8 du Code des assurances n'est pas opposable aux victimes d'un accident de la circulation ou à leurs ayants droit. En statuant sur le mérite d'une exception qui n'était pas de nature à exonérer l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers, et qui devait être d'office déclarée irrecevable, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé.

Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-84016, F-D

Par Romain Schulz

Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, diplômé de l'Institut des Assurances de Paris

 118g6

**N**ous avons récemment écrit dans cette revue que le régime de l'intervention de l'assureur au procès pénal recèle des spécificités parfois piégeuses, non seulement pour les parties mais également pour les magistrats (R. Schulz, note sous Cass. crim., 24 nov. 2020, n° 19-81495 : RGDA janv. 2021, n° 118b1, p. 85). C'est encore plus vrai lorsque ces spécificités se combinent à celles de l'assurance automobile obligatoire, ainsi que le montre la cassation sans renvoi prononcée par l'arrêt sous étude.

En l'espèce, un accident de la circulation a impliqué un véhicule conduit par une personne poursuivie « devant le tribunal correctionnel notamment du chef de blessures involontaires sous l'empire d'un état alcoolique » (arrêt sous étude, § 2).

Mis en cause devant le juge répressif, l'assureur du véhicule a opposé une exception de nullité du contrat d'assurance. Le tribunal correctionnel s'est déclaré incompétent, mais a été infirmé sur ce point par la chambre correctionnelle de la cour d'appel, qui a dans la foulée débouté l'assureur de sa demande de nullité du contrat d'assurance (arrêt, § 5).

En refusant de statuer sur l'exception de nullité, les premiers juges se sont montrés plus avisés que la cour d'appel dont l'arrêt fait l'objet d'une cassation sans renvoi.

À ce stade du commentaire, il peut être opportun de souligner que les questions d'assurance reçoivent devant le juge répressif un traitement spécial. Alors qu'elles ont la nature d'une défense au fond – et telle est bien leur qualification en procédure civile –, elles sont traitées devant le juge pénal comme des exceptions de procédure car elles servent à déterminer si l'assureur doit être mis hors de cause ou doit rester partie au procès afin que la décision lui soit rendue opposable (R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal, contribution à l'étude de l'action civile*, thèse, LGDJ, 2012, nos 967 à 969 ; R. Schulz et J. Beauchard, *Le contrat d'assurance*, in *Traité de droit des assurances*, t. 3 (dir. J. Bigot), 2013, LGDJ, n° 2193 ; *adde* R. Schulz, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2012, n° 11-24437 : RGDA 2013, p. 448, spéc. p. 450 ; note sous Cass. crim., 22 mai 2013, n° 12-83473 : RGDA 2013, p. 1024, spéc. p. 1028 ; note sous Cass. crim., 15 mai 2018, n° 17-82335 et Cass. crim., 15 mai 2018, n° 17-82516 (2 esp.), RGDA juill. 2018, n° 115v4, p. 377 ; note sous Cass. crim., 24 nov. 2020, n° 19-81495 : RGDA janv. 2021, n° 118b1, p. 85). C'est pourquoi l'article 385-1 du Code de procédure pénale, qui prend place après l'article 385 consacré aux exceptions de nullité, dispose en son premier alinéa que « dans les cas prévus par les articles 388-1 et 388-2 [les cas d'intervention de l'assureur au procès pénal], l'exception fondée sur une cause de nullité ou sur une clause du contrat d'assurance et tendant à mettre l'assureur hors de cause est, à peine de forclusion, présentée par celui-ci avant toute défense au fond. Elle n'est recevable que si elle est de nature à exonérer totalement l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers » (R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal, contribution à l'étude de l'action civile*, thèse, LGDJ, 2012, nos 970 et s.).

## L'opposabilité de la nullité, condition de la recevabilité de l'exception de garantie

La dernière phrase du premier alinéa de l'article 385-1 indique les conditions de fond de la recevabilité de l'exception : d'une part, le moyen de garantie doit exonérer totalement l'assureur, c'est-à-dire

porter sur le principe même de la garantie et non seulement sur son étendue et, d'autre part, l'exception doit être opposable aux tiers.

Jusqu'alors, la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle, prononcée sur le fondement de l'article L. 113-8 du Code des assurances, était considérée comme une exception recevable car non seulement elle exonère totalement l'assureur, mais cette nullité était alors opposable à tous, en toute matière (par ex. Cass. crim., 27 janv. 2009, n° 08-81257 : RGDA 2009, p. 476, note J. Landel). Toutefois, ainsi que les lecteurs assidus de cette Revue auront pu le relever, une évolution s'est récemment produite s'agissant de la seconde condition (celle de l'opposabilité), en matière d'assurance automobile obligatoire (v. R. Schulz, note RGDA janv. 2021, n° 118b1, p. 85).

### L'inopposabilité de la nullité en assurance automobile obligatoire

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé en 2017, dans son arrêt *Fidelidade*, que la nullité n'est pas opposable aux tiers en matière d'assurance automobile obligatoire (CJUE, 6<sup>e</sup> ch., 20 juill. 2017, n° C-287/16 : RGDA oct. 2017, n° 114y0, p. 536, note G. Parleani ; RGDA nov. 2017, n° 114z8, p. 552, note J. Landel).

L'arrêt sous étude n'indique pas si l'assureur a expressément invoqué cet arrêt *Fidelidade* devant le tribunal correctionnel puis devant la cour d'appel, mais il ressort de l'énoncé du moyen de cassation que l'assureur se prévalait en tout cas du droit européen : il soutenait que, interprétée à la lumière des directives européennes sur l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, « la nullité édictée par l'article L. 113-8 du Code des assurances n'est pas opposable aux victimes d'un accident de la circulation ou à leurs ayants droit » (arrêt, § 5).

Dans son arrêt rendu le 10 mai 2019, la cour d'appel n'a pas suivi l'argumentation de l'assureur. Nous pouvons relever à sa décharge que la Cour de cassation n'avait pas encore adopté la solution de l'arrêt *Fidelidade*. C'est quelques mois plus tard que cette inopposabilité de la nullité aux tiers a été consacrée, d'abord par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 août. 2019, n° 18-14768 : RGDA oct. 2019, n° 116v8, p. 19, note J. Landel ; Gaz. Pal. 3 mars 2020, n° 371q3, p. 60, note M. Ehrenfeld – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2020, n° 18-23381 : RGDA avr. 2020, n° 117h0, p. 27, note J. Landel), puis par la chambre criminelle (Cass. crim., 8 sept. 2020, n° 19-84983 : RGDA oct. 2020, n° 117t9, p. 22, note J. Landel).

Dans son arrêt du 8 septembre 2020, la chambre criminelle a confirmé la conclusion qu'il convenait de tirer de cette inopposabilité aux tiers, à savoir que l'exception de nullité du contrat d'assurance automobile obligatoire est désormais irrecevable devant le juge répressif (Cass. crim., 8 sept. 2020, n° 19-84983 : RGDA oct. 2020, n° 117t9, p. 22, note J. Landel).

Sans surprise, la Cour de cassation persiste et signe dans l'arrêt commenté, et prononce une cassation sans renvoi de l'arrêt qui a jugé l'exception recevable et l'a examinée : cassation car il convenait pour le juge répressif de déclarer irrecevable l'exception de nullité du contrat d'assurance automobile obligatoire (arrêt, § 8), et sans renvoi car « la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond par la juridiction pénale, l'examen de l'exception de nullité du contrat d'assurance à l'égard de l'assuré relevant de la compétence de la juridiction civile » (arrêt, § 10).

L'affaire s'arrête donc devant la Cour de cassation pour ce qui est du volet pénal, mais on voit bien la conséquence de l'incompétence de la juridiction répressive : le litige sur la nullité du contrat d'assurance se traduira par un second procès, devant le juge civil. Gageons que les victimes n'en pâtiront pas, en raison de la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui consacre l'inopposabilité à leur égard de la nullité invoquée par l'assureur. Ce dernier ne devrait en conséquence assigner que l'assuré devant le juge civil, afin d'être garanti et relevé indemne des sommes qu'il aura probablement versées aux victimes (auxquelles il ne paraît pas lui rester d'objection à opposer).

Tout est donc bien qui finit bien pour les victimes, et c'est bien le but de l'inopposabilité de la nullité à leur égard. Le tableau est moins idyllique pour l'assureur, qui doit faire l'avance de l'indemnisation et se retourner ensuite contre l'assuré, ainsi que pour l'assuré qui risque, si la nullité du contrat est admise, de supporter la charge du sinistre.

Encore heureux que l'assureur n'ait en l'espèce pas d'autres défenses à opposer aux victimes sans que le juge pénal puisse statuer sur ces exceptions de garantie, comme une exception ne concernant pas le principe de la garantie mais le montant dû. Une telle exception n'exonérant que partiellement l'assureur devrait être soumise au juge civil, ce qui impliquerait un nouveau procès pour tout le monde. Conséquence navrante des imperfections du régime de l'intervention de l'assureur devant le juge répressif, déjà dénoncée (v. R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal, contribution à l'étude de l'action civile*, thèse, LGDJ, 2012, nos 1446 et s., spéc. nos 1477 et s. ; note préc. RGDA janv. 2021, n° 118b1, p. 85).

## Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 19-84016, F-D

### Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.
2. M. N... V... a été poursuivi devant le tribunal correctionnel notamment du chef de blessures involontaires sous l'empire d'un état alcoolique pour avoir dans la nuit du 29 au 30 avril 2016, occasionné un accident de la circulation, au cours duquel ses passagers ont été blessés, en conduisant un véhicule assuré à la société Areas appartenant à sa mère, Mme C... V....
3. Les juges du premier degré ont déclaré le prévenu coupable.
4. Les parties civiles, la société Areas assurances et le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, parties intervenantes, ont relevé appel de cette décision.

### Sur le premier moyen

#### Énoncé du moyen

5. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a infirmé le jugement entrepris sur sa déclaration d'incompétence relative aux demandes de nullité présentées par la société Aréas dommages et débouté l'assureur de sa demande en nullité du contrat d'assurance souscrit par Mme C... V..., alors « qu'interprétée à la lumière des dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 72/166/CEE du Conseil, du 24 avril 1972, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, et de l'article 2, paragraphe 1, de la deuxième directive 84/5/CEE du Conseil, du 30 décembre 1983, concernant le rapprochement des

législations des états membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, la nullité édictée par l'article L.113-8 du Code des assurances n'est pas opposable aux victimes d'un accident de la circulation ou à leurs ayants droit ; qu'en retenant néanmoins sa compétence pour statuer sur une nullité du contrat d'assurance qui ne pouvait être de nature à exonérer totalement l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les dispositions des directives précitées, ensemble les articles 385-1, 388-1, 591 et 593 du Code de procédure pénale. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 385-1 du Code de procédure pénale :

6. Selon ce texte, dont les dispositions sont d'ordre public, l'exception fondée sur une cause de nullité ou sur une clause du contrat d'assurance et tendant à mettre l'assureur hors de cause, n'est recevable que si elle est de nature à exonérer totalement l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers. Il s'en déduit que le juge pénal n'a pas compétence pour examiner l'exception en ce qu'elle oppose seulement l'assureur à l'assuré.

7. Pour rejeter retenir sa compétence et rejeter l'exception de nullité du contrat d'assurance soulevée par la société Areas assurances, l'arrêt attaqué énonce que la juridiction pénale a été saisie en premier des conséquences de

l'accident et ouvrait droit à l'assureur de soulever les exceptions de nullité ou de non garantie qu'il entendait faire valoir.

8. En statuant ainsi sur le mérite d'une exception qui n'était pas de nature à exonérer l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers, et qui devait être d'office déclarée irrecevable, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé (cf. Cass. crim., 8 sept. 2020, n° 19-84983).

9. La cassation est par conséquent encourue de ce chef.

#### Portée de la cassation

10. Dès lors que la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond par la juridiction pénale, l'examen de l'exception de nullité du contrat d'assurance à l'égard de l'assuré relevant de la compétence de la juridiction civile, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen proposé, la Cour :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 10 mai 2019, mais en ses seules dispositions relatives à l'exception de nullité du contrat d'assurances, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi.

# ABONNEZ-VOUS !

## RGDA

**OUI**, je souscris un abonnement annuel à la Revue Générale du Droit des Assurances

11 numéros au prix\* de :

- France = 379,81 € TTC (372 € HT)
- Étranger = 428 € TTC



(Tarifs 2021)

Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de Lextenso

Je réglerai à la réception de la facture

DATE :

SIGNATURE :

\* En signant, j'accepte les conditions générales de vente disponibles sur [text.so/CGV](http://text.so/CGV)

DÉNOMINATION SOCIALE :

NOM :

PRÉNOM :

FONCTION :

ADRESSE :

CODE POSTAL :

VILLE :

PAYS :

n° de TVA intracommunautaire :

TÉL :

FAX :

E-MAIL :

à retourner à Lextenso :

Lextenso - La Grande Arche - Paroi Nord - 1, Parvis de La Défense - 92 044 - Paris - La Défense Cedex

Pour toute information complémentaire, relations clients : 01 40 93 40 40

L'abonnement est facturé à réception de la commande, à prorata temporis, pour la période courant jusqu'au 31 décembre de l'année en cours, et sera ensuite renouvelé par tacite reconduction sauf dénonciation par le client avant le 15 octobre de l'année précédant le renouvellement. Le responsable de la collecte des données à caractère personnel est la société LEXTENSO (Lextenso - La Grande Arche - Paroi Nord - 1, Parvis de La Défense - 92 044 - Paris - La Défense Cedex) dont le Délégué à la Protection des Données peut être contacté à : [dpo@lextenso.fr](mailto:dpo@lextenso.fr). Les données collectées sont traitées à titre contractuel, par LEXTENSO uniquement, aux seules fins d'exécuter la commande et de constituer des fichiers clientèle. Ces données peuvent également être utilisées à des fins de prospection commerciale, à titre contractuel lorsque vous êtes client et, à défaut, en vertu de l'intérêt commercial légitime de LEXTENSO et en application de l'avis de la CNIL selon lequel la prospection entre professionnels ne nécessite pas un consentement exprès. Les données pourront être communiquées aux services client de LEXTENSO et à des sous-traitants auxquels il peut être fait appel dans le cadre de l'exécution des services et aux fins de prospection commerciale. Les informations ne font l'objet d'aucun transfert hors du territoire de l'Union européenne. Les données sont conservées pendant le délai nécessaire à l'exécution et à la preuve de la commande. Dans le cadre de la prospection commerciale, les données sont conservées trois ans avant d'être définitivement effacées sauf en cas de nouveau contact de votre part. Vous disposez des droits (i) d'accès, (ii) de rectification, (iii) d'effacement, (iv) de limitation, (v) d'opposition et (vi) de portabilité sur vos données. Vous pouvez faire valoir vos droits en contactant : [dpo@lextenso.fr](mailto:dpo@lextenso.fr) et en justifiant de votre identité. En cas de litige, vous disposez du droit de saisir une autorité de contrôle. Toute demande d'effacement des données, effectuée à tout moment à l'adresse précédente, est susceptible d'empêcher l'exécution de la commande.

Conformément à la loi du 06/01/1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Lextenso - S.A. au capital de 1 901 718 euros - 552 119 455 RCS NANTERRE

RGDA 2101



Suivez notre actualité sur @RgdaRevue

Lextenso



**Vient de paraître**

“ Le tome 2, consacré à la distribution d'assurance, de la prestigieuse série des traités de droit des assurances (sous la direction de Jean Bigot) ”

Disponible sur



[www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

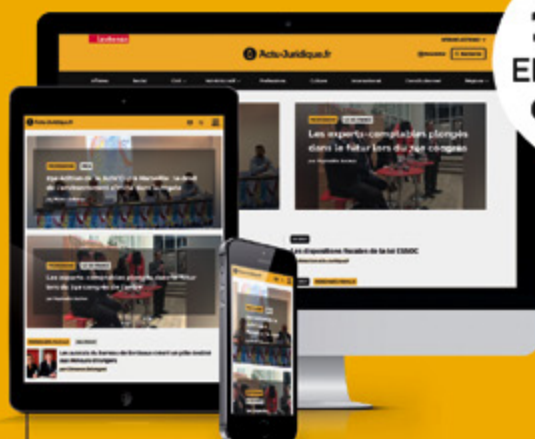
NOUVEAU



# Actu-Juridique.fr

## Le quotidien du droit et de la vie de l'entreprise

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre, Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information - nationale et régionale - essentielle à votre pratique.



**100 %  
EN LIGNE &  
GRATUIT**

Profession du droit • Droit général • Droit européen et international  
Actualité de l'action publique territoriale • Économie d'entreprise  
Enjeux juridiques de l'actualité...

Actu Juridique, UN SAVOIR-FAIRE DE

**Lextenso**

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR



@actujuridique.fr



@ActuJuridiqueFR