

Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs

Moussa Thioye, Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole ; Chargé de cours à l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction (IEJUC)

RDI 2004 p.229

D'après l'article 2270 du code civil, les personnes sur lesquelles pèse la présomption prévue par les articles 1792 et 1792-2 du même code sont libérées des responsabilités et garanties pesant sur elles « après dix ans à compter de la réception des travaux... ». Ce principe n'est toutefois pas absolu puisque la jurisprudence admet que le maître de l'ouvrage ou assimilé qui, après l'expiration du délai décennal, découvre des dommages, pourrait toujours en demander la réparation sur le terrain de la responsabilité contractuelle de droit commun en faisant la démonstration d'un dol ou d'une faute du constructeur extérieure au contrat. En outre, les tribunaux admettent traditionnellement que l'effet interruptif de l'action en responsabilité décennale s'applique non seulement aux dommages qui sont expressément visés dans l'assignation, mais aussi à ceux qui, quoique survenus après l'expiration du délai de dix ans, ne sont que l'aggravation de désordres décennaux dénoncés en temps utile. Il s'agit là de dommages dits évolutifs qu'il convient de ne pas confondre avec les dommages dits futurs (à propos desquels la jurisprudence est incertaine voire contradictoire), même s'ils s'inscrivent tous dans une même perspective (qui est d'actionner la garantie décennale au-delà des dix ans de la réception) et peuvent tous amener à s'interroger sur une éventuelle responsabilité civile de l'expert judiciaire (dont les investigations et/ou les préconisations n'ont pas permis de trouver une solution technique définitive aux dommages dénoncés dans le délai décennal).

1. - Pour la désignation des événements préjudiciables de nature à engager les responsabilités particulières des constructeurs immobiliers et assimilés, l'on rencontre à la fois les qualifications de « vices », de « malfaçons », de « sinistres », de « dégâts », de « destructions », de « dégradations », de « dommages »... ou encore de « désordres ». Il s'est dès lors posé la question de savoir si, véritablement, ces diverses notions étaient interchangeables et, partant, toutes aptes à caractériser les faits considérés.

Certes, il semble établi, dans l'esprit commun, qu'il s'agit là de termes substituables voire synonymes et, par conséquent, utilisables indifféremment. Mais l'on sait que l'entendement du public ne correspond pas toujours à celui des juristes, dès l'instant qu'« un mot emprunté au langage courant peut aboutir, par une série d'affinements, à un sens spécifique ou être évincé du langage juridique au profit d'un terme technique au sens propre » (1). Il existe, en effet, une terminologie juridique qui, même si elle n'a pas toujours bonne presse (2), permet somme toute de remédier plus ou moins efficacement aux ambivalences que le langage courant risque de générer. Si l'on ajoute à cela le fait que « les mots n'ont pas [tous] pour le juriste une importance égale

[puisque] *certaines, précis et acérés excitent sa curiosité*, [alors que] *d'autres graves et obscurs le tourmentent et l'inquiètent* » (3), on ne peut que s'interroger sur la pertinence de la synonymie retenue, dans la conception commune, entre, notamment, les notions de « dommages » et de « désordres » pouvant entraîner la responsabilité des constructeurs immobiliers. La question se pose d'autant plus que, en cette matière, le législateur lui-même et bon nombre d'interprètes (opérateurs, praticiens, tribunaux...) ne s'embarrassent pas toujours des subtilités ou des précautions que pourrait requérir le choix du vocabulaire le mieux approprié.

2. - Déjà sous l'empire de la loi ancienne du 3 janvier 1967, les praticiens employaient usuellement la notion de « désordres » pour désigner les vices et les malfaçons portant atteinte aux ouvrages. Puis, avec la réforme opérée par la loi « Spinetta » du 4 janvier 1978, ce vocable fut introduit pour la première fois dans le code civil, dans son article 1792-6, à propos de la garantie annale de parfait achèvement (4). Mais le concept de « dommages » est resté celui utilisé par le même code concernant les responsabilités biennale et décennale (v. art. 1792 et 1792-2). Cette variation dans la terminologie légale peut amener l'analyste à se poser une question : le fait que le législateur ait, en 1978, préféré la notion de désordres à celle de dommages ne serait-il pas un aveu des différences ou nuances qui, en rigueur des termes, existent entre elles (5) ? En effet, le dommage proprement dit désigne un « préjudice subi par quelqu'un » ou, de manière plus particulière, un « dégât matériel » (les notions de vice ou de malfaçon s'attachant, elles, à la cause ou à l'origine du dommage que l'on prétend généralement trouver dans une défaillance humaine (6)). Quant au mot désordre, il peut avoir deux sens : d'abord celui de perturbation ou de trouble fonctionnel, auquel cas il est synonyme de dommage tel que précédemment défini ; ensuite, celui de déviance quelconque à une règle, de différence entre les prévisions contractuelles et l'ouvrage réalisé, auquel cas le désordre inclut non seulement le dommage mais aussi le défaut de conformité (7).

3. - Ces nuances sémantiques faites, il semble acquis que, dans le cadre des garanties mises à la charge des constructeurs, les notions de dommages et de désordres peuvent être utilisées indifféremment, bien que la loi (prise au pied de la lettre) réserve le mot désordres à la garantie de parfait achèvement et qu'elle ne parle de dommages qu'à propos des responsabilités biennale et décennale. Du reste, les auteurs, les praticiens et même les tribunaux (8) continuent, bien après la réforme de 1978, à employer la notion de désordres pour désigner les dommages pris en compte au titre des garanties de fond (9) qui, fondées sur une présomption de responsabilité (10), ne peuvent toutefois être mises en œuvre que dans un cadre et dans des circonstances bien déterminés. En particulier, la garantie ou, plus exactement, la responsabilité décennale obéit à diverses conditions - tant de fond que de procédure - très rigoureuses qui sont au premier rang des problèmes juridiques que soulèvent les qualifications de dommages futurs ou évolutifs.

4. - S'agissant des conditions de fond de la garantie, il ressort des deux textes centraux, en l'occurrence les articles 1792, alinéa 1^{er}, et 1792-2, alinéa 1^{er}, du code civil, que la garantie décennale couvre non seulement le gros ouvrage pour tous les désordres ou dommages cachés au moment de la réception, quelle qu'en soit l'origine (11), qui en compromettent la solidité ou le rendent impropre à sa destination, mais aussi, sous certaines conditions, les éléments d'équipement qui constituent des menus ouvrages.

A ces exigences substantielles, s'ajoute une condition particulière de procédure puisque l'article

2270 du code civil dispose que les personnes physiques ou morales sur lesquelles pèse la présomption prévue par les articles 1792 et 1792-2 du même code sont libérées des responsabilités et garanties pesant sur elles « *après dix ans à compter de la réception des travaux...* ». La victime d'un dommage décennal (maître de l'ouvrage ou assimilé) dispose donc d'un délai dont tant la durée que le point de départ sont, à la différence du « bref délai » de l'article 1648 du code civil (12), déterminés par le législateur. Il s'agit là d'un délai d'épreuve de la bonne solidité (13) de l'immeuble (et non simplement de prescription même si c'est parfois le langage des arrêts ou des auteurs) et d'un délai d'exercice de l'action en responsabilité dont la durée est dès lors préfix. Cela signifie, pour prendre des exemples concrets, que lorsque le dommage apparaît sept ans après la réception, le délai d'action ne sera plus que de trois ans, s'il apparaît la veille du terme décennal, il ne sera que d'un jour, et s'il apparaît postérieurement à ce terme, l'action en garantie ne sera plus recevable. En effet, d'après la Cour de cassation, « *si lourde que soit la faute, la responsabilité contractuelle de droit commun des architectes, entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrage ne peut être invoquée, sauf dol ou faute extérieure au contrat, au-delà des délais prévus à l'article 2270 du code civil* », en l'occurrence celui de dix ans (14). Autant dire alors que le maître de l'ouvrage ou assimilé qui, après l'expiration du délai décennal, découvre des dommages ne pourrait pas, en principe, en demander la réparation quand bien même ces dommages seraient importants (15). Il ne pourrait agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle de droit commun qu'en faisant la démonstration d'un dol (16) ou d'une faute du constructeur extérieure au contrat (17).

5. - Mais à ces hypothèses particulières de faute dolosive ou étrangère au contrat, s'ajoute traditionnellement la possibilité de faire réparer, dans le cadre de la garantie décennale, certains dommages particuliers survenus postérieurement à l'expiration du délai de dix ans. Il convient, en effet, de souligner que même si le délai préfix de garantie ne peut être suspendu, il peut être interrompu (18) soit par une assignation, même en référé (art. 2244 c. civ.), soit par une reconnaissance de responsabilité volontaire et consciente du débiteur (art. 2248 c. civ.) (19). L'interruption du délai fait courir pour l'ouvrage concerné un nouveau délai de dix ans (20) qui est, en principe, limité aux dommages décennaux clairement dénoncés au bon moment (21).

Cela dit, la jurisprudence admet classiquement que l'effet interruptif de l'action en garantie décennale s'applique non seulement aux dégâts qui sont expressément visés dans l'assignation, mais aussi à ceux qui, quoique survenus après l'expiration du délai de dix ans à compter de la réception, ne sont que l'aggravation de malfaçons de nature décennale dénoncées en temps utile (22). Il s'agit là de dommages dits évolutifs qu'il convient de ne pas confondre avec les dommages futurs. En effet, ces notions sont distinctes et renvoient à des situations de fait et de droit différentes, bien que la distinction ne soit pas toujours clairement exprimée par la doctrine et que les praticiens et les tribunaux aient parfois tendance à confondre les deux termes ou à les employer de manière indifférente. Cette confusion trouverait d'abord sa source dans le fait que les deux qualifications impliquent le même enjeu qui est de mettre en marche la garantie décennale. Mais surtout, l'amalgame trouverait ses racines dans le fait que les deux notions (tant celle de « dommages évolutifs » *stricto sensu* que celle de « dommages futurs ») sont toutes animées par la même idée, en l'occurrence l'évolution dans le temps de dommages-construction.

La proximité ne tolère toutefois pas l'assimilation car, dans un cas (celui des dommages futurs), l'évolution prévisible du dommage dans un délai prévisible (dont les contours sont aujourd'hui très

incertains) permet des réparations par anticipation, alors que dans l'autre (celui des dommages évolutifs), l'évolution dans le temps permet plutôt une reprise ou « réitération » des réparations. Il importe donc de bien distinguer les notions de « dommages futurs » et de « dommages évolutifs », bien que ces deux qualifications soient traditionnellement mues par un enjeu commun et qu'elles puissent toutes amener à s'interroger sur une éventuelle responsabilité civile de l'expert judiciaire dont les investigations et/ou les préconisations n'ont pas permis de trouver une solution technique définitive aux dommages dénoncés dans le délai décennal.

La garantie décennale des dommages futurs : une anticipation des réparations

6. - Hier comme aujourd'hui, les dommages futurs se présentent comme des désordres dont la gravité, encore inexistante au stade de la décision du juge, sera assurément caractérisée dans un délai prévisible. Le tracement dudit délai donne toutefois lieu à des positions incertaines voire contradictoires de la Cour de cassation, les arrêts les plus récents se montrant plus rigides puisqu'ils exigent, à la différence de la jurisprudence classique, que l'aggravation prévisible intervienne nécessairement dans le délai décennal d'origine.

La solution classique : l'aggravation inéluctable dans un quelconque délai prévisible

7. - Tels qu'ils sont traditionnellement définis, les dommages futurs constituent des désordres qui, au moment où ils se produisent, n'ont pas encore le caractère de gravité requis par l'article 1792 du code civil, mais dont on est sûr, qu'à terme, ils les revêtiront, *même au-delà du délai de dix ans* (sur une probable rectification de cette définition classique, voir *infra*, n° 11). On dit même, étant donné que la condition de gravité n'est pas encore remplie, que les manifestations en question ne méritent pas encore la qualification de désordres, mais plutôt celle de risques certains de désordres (23). C'est le cas, par exemple, de fissurations pour l'instant simplement déplaisantes ou inesthétiques, mais qui risquent, à coup sûr, d'empirer sérieusement si des mesures de réparation ne sont pas immédiatement mises en œuvre.

Sous réserve des hésitations générées par certaines décisions (v. *infra*, n° 9 et s.), la jurisprudence assimile habituellement à des dommages décennaux déjà réalisés les dommages à venir lorsqu'il apparaît certain (24) que, dans un délai prévisible, ils rendront l'ouvrage impropre à sa destination ou en compromettront la solidité (25). L'indemnisation sur le fondement de la garantie décennale doit alors tenir compte, sans tarder et par anticipation, de toutes les suites futures des désordres constatés et judiciairement dénoncés au cours de la période décennale même s'ils ne révèlent pas déjà les caractéristiques de gravité requises par l'article 1792 du code civil, ou ne révèlent lesdites caractéristiques que pour une partie des ouvrages (26). A cela s'ajoute le fait que, dans l'hypothèse où les réparations offertes se révèlent inadaptées auxdits dommages, une nouvelle action pourrait être intentée par le maître de l'ouvrage sans possibilité de lui opposer une fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai décennal initial (27).

8. - Sans verser dans une tendance trop extensive du champ d'application de « la décennale », on ne peut que reconnaître que cette solution traditionnelle est bienvenue pour le maître de l'ouvrage dont la protection est ainsi assurée par-delà un entendement trop rigide de la condition de gravité des dommages réparables. Toutefois, cette voie n'en prend pas moins le contre-pied du souci tout aussi

classique de ne pas prolonger la responsabilité légale des constructeurs au-delà du délai décennal, délai dont la nature est pourtant celle d'un délai d'épreuve de la solidité de l'ouvrage. Cet « effet de prolongation » est sans doute à l'origine du courant jurisprudentiel, illustré par d'importantes décisions dont certaines sont très récentes, qui semble se résoudre à remettre en question la possibilité d'obtenir réparation des dommages futurs au-delà des dix ans de la réception.

La remise en question de la solution classique : l'aggravation inéluctable dans le strict délai décennal ?

Malgré les doutes légitimes que l'on peut émettre sur leur réelle portée, des arrêts récents de la Cour de cassation semblent marquer un tournant de la jurisprudence en matière de dommages futurs, tournant dont les effets, tant en droit qu'en pratique, pourraient être diversement appréciés.

Un changement de cap *a priori* effectif

9. - La conception traditionnelle des dommages futurs semble, *a priori* en tout cas, être plus ou moins sérieusement remise en cause dans certaines décisions où la jurisprudence requiert que l'on se place au « *stade actuel* », compris dans le délai décennal, pour apprécier si l'on est en présence de la gravité qui constitue l'un des sésames permettant d'ouvrir les portes de l'indemnisation au titre de la garantie décennale (28). En effet, par une interprétation rigide de la condition de gravité, certaines décisions ont pu exiger et exigent encore que les dommages soient tout à la fois parfaitement réalisés et dénoncés dans le délai décennal à compter de la réception, analyse du reste conforme à la nature dudit délai vu comme un délai d'épreuve de la solidité de l'immeuble (v. *infra*, n° 10). A ce propos, on peut citer une affaire dans laquelle les juges du fond avaient retenu la responsabilité des constructeurs pour des dommages qu'ils considéraient comme « *certaines et inéluctables à brève échéance* », c'est-à-dire comme futurs. L'arrêt attaqué fut toutefois mis à néant par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (29) au motif « *qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que les désordres litigieux ne compromettaient pas, au stade actuel, la solidité de l'ouvrage et ne le rendaient pas impropre à sa destination, la Cour d'appel a violé* (l'art. 1792 c. civ.) ». Au prime abord, cet attendu sonnerait le glas de toute possibilité de réparation immédiate, sur le fondement de la garantie décennale, des dommages qui, au moment où ils se produisent, n'ont pas encore le caractère de gravité requis par l'article 1792 du code civil, mais dont on est sûr, qu'à terme, ils le revêtiront. Pourtant, à y regarder de plus près, force était de limiter la portée de cette décision car, si la Cour de cassation n'a pas admis l'indemnisation en l'espèce, c'est parce que la Cour d'appel avait statué près de treize ans (1994) après la réception (en 1981) et qu'à cette date les dommages ne revêtaient toujours pas le caractère de gravité nécessaire (30). En d'autres termes, si la Cour de cassation a mis hors de cause les constructeurs, c'est parce que la condition de gravité requise était encore douteuse, et non parce qu'elle exigeait que la mise en jeu de la responsabilité décennale passât nécessairement par la preuve d'un préjudice grave et actuel. D'ailleurs, une jurisprudence postérieure de la Cour de cassation est venue dissiper le doute en réitérant la « réparabilité » instantanée des dommages futurs (31).

10. - Pourtant, les incertitudes voire les contradictions demeurent réelles et persistantes puisque, par des arrêts plus récents encore (32), la troisième Chambre civile est venue, semble-t-il, juger que la mise en œuvre de la responsabilité décennale des constructeurs suppose que les dommages

aient nécessairement atteint le seuil de gravité requis à l'intérieur du délai de dix ans. Autrement dit, les dommages seulement futurs ne seraient pas (plus !) réparables sur le terrain strictement décennal ou, du moins, ne seraient couverts que si l'aggravation inéluctable requise est nécessairement caractérisée dans le délai légal d'origine. Il s'ensuit, selon d'éminents commentateurs, que ces décisions semblent marquer « *un tournant de la jurisprudence* » (33) ainsi porteuse d'un message de « *requiem pour dommages futurs* » (34).

Un tournant encore incertain

Il est certes vrai que la solution retenue dans les arrêts précités est en parfaite adéquation avec la nature de délai d'épreuve du délai décennal, qualification commandant que la garantie soit désactivée lorsque l'immeuble a pu remplir les services essentiels attendus de lui dans les stricts dix ans de la réception : « *les pires maladies du bâtiment sont souvent des maladies de jeunesse [de sorte qu'] un ouvrage dépourvu de vices pendant dix ans peut ainsi espérer affronter le temps sans trop de risques* » (35).

Cela dit, ne serait-il pas trop imprudent d'en déduire une solution définitive sonnante le glas de la théorie classique des dommages futurs (36), d'autant plus que la Cour de cassation, visiblement en proie aux doutes, a déjà montré qu'elle ne s'en tenait pas toujours à une ligne ferme (elle a déjà évolué sur la question de savoir s'il faut ou pas se placer au « *stade actuel* », et non dans le futur, pour apprécier si l'on est en présence de la gravité décennale) ? Du reste, un regard très attentif porté sur les espèces en cause devrait, nous semble-t-il, permettre de relativiser la portée des récentes décisions précitées. Dans les affaires ayant donné lieu aux deux arrêts publiés du 29 janvier 2003, si la responsabilité des constructeurs a été retenue (par un rejet de leurs pourvois), c'est certes parce que les juridictions du fond ont pu relever que « *les conséquences (du dommage d'ores et déjà réalisé) s'aggravaient inéluctablement avec le temps et assurément dans le délai de la garantie décennale* » (1^{re} espèce) ou que le « *désordre était de nature à porter atteinte à brève échéance et en tout cas avant l'expiration du délai de garantie décennale, à la solidité de l'immeuble* » (2^e espèce). De toute évidence, les juges insistaient ainsi sur le fait que les désordres allaient inévitablement présenter le degré de gravité requis *dans le délai décennal*, même si cette exigence n'était pas encore satisfaite au jour de leurs constatations ou de leur décision. Pour autant, il nous semble difficile de déduire de cette solution une véritable désactivation de la théorie de dommages futurs telle qu'on l'a toujours entendue au motif que, pour que ceux-ci soient réparables, encore faut-il que la gravité requise soit nécessairement caractérisée avant l'expiration du délai de dix ans à compter de la réception. La référence au fait que l'impropriété à la destination ou l'atteinte à la solidité de l'ouvrage interviendrait « *en tout cas* » dans le délai décennal ou « *assurément dans le délai décennal* » (37) pourrait n'être, dans les espèces considérées, qu'un imparable argument *a fortiori* en faveur de la réparation immédiate et anticipée de dommages dont la stricte gravité nécessaire n'était pourtant pas d'ores et déjà caractérisée au jour de la décision des juges. Comme l'a du reste souligné l'avocat général Guérin, il y a incontestablement eu, dans ces affaires, application ou extension de la garantie décennale à des « dommages futurs » puisque la responsabilité des constructeurs n'aurait pas pu être retenue si les juges s'étaient rigoureusement placés « au stade actuel » de leur intervention pour apprécier le caractère de gravité. Ne pourrait-on donc pas considérer que la catégorie des dommages futurs ne se limite pas aux cas en cause dans les affaires précitées (désordres qui, lorsque le juge se prononce, n'ont pas encore le caractère de

gravité requis par l'article 1792 du code civil mais dont on est sûr qu'ils le revêtiront inéluctablement dans un futur prévisible *compris dans le délai décennal*) ? Ne pourrait-on pas, en d'autres termes, considérer que le moule des dommages futurs sied encore aux désordres qui, au moment où ils sont relevés, ne produisent pas encore l'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou l'impropriété de celui-ci à sa destination, mais dont on est sûr, qu'à terme, ils revêtiront cette gravité, *même au-delà du délai de dix ans* ? A défaut de pouvoir l'assurer (38), on peut encore l'espérer pour les maîtres d'ouvrage d'autant plus qu'il semble que l'analyse attentive de l'arrêt du 21 mai 2003 ne dément pas cette conclusion (39). Et ce, dès l'instant que la solution défavorable au maître de l'ouvrage s'expliquerait, dans cette affaire, par le fait que les dommages invoqués étaient, en réalité, seulement encore hypothétiques et dès lors indifférents. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu de retenir la responsabilité décennale du constructeur dès lors que les désordres dénoncés ne présentaient pas le caractère de gravité requis et que, bien que l'expert ait estimé qu'il s'agissait d'un phénomène évolutif de nature à entraîner la dégradation totale de l'ouvrage, celle-ci n'était toujours pas prouvée plus de dix ans après la réception (40) (cette affaire rappellerait ainsi, en certains aspects, celle ayant donné lieu à l'arrêt précité du 19 juin 1996) (41).

Finalement, il nous semble qu'il serait encore possible de voir la Cour de cassation appliquer la garantie décennale à des désordres qui, au moment où ils se produisent, n'ont pas encore le caractère de gravité requis par l'article 1792 du code civil, mais dont on est sûr, qu'à terme, ils les revêtiront, *même au-delà du délai de dix ans*. Cela dit, un démenti de cette interprétation, même s'il créerait une division entre les jurisprudences civile et administrative (42), n'en reste pas moins très plausible aujourd'hui (43) et serait, en tout état de cause, diversement apprécié.

Heurs et malheurs d'une nouvelle conception des dommages futurs

11. - En attendant que de nouvelles décisions viennent confirmer ou infirmer notre tentative d'interprétation « fixiste » de la jurisprudence classique sur les dommages futurs, il faut d'emblée reconnaître que l'exclusion en définitive de tels désordres du champ de « la décennale » équivaldrait, en droit privé, à « *diminuer la protection accordée au maître de l'ouvrage, alors même que la garantie légale est (dans son domaine propre) exclusive de toute autre responsabilité, sauf au cas de dol* » (44). Certes, les dommages qui se produisent dans le délai décennal, mais qui n'atteindront la gravité de l'article 1792 du code civil qu'après l'expiration du délai de dix ans, constituent d'ores et déjà des dommages intermédiaires pouvant être immédiatement et adéquatement réparés sur le terrain de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'article 1147 du code civil. Seulement, la jurisprudence considère que cette action, qui requiert la preuve d'une faute du constructeur, est elle aussi enfermée dans le délai de dix ans de l'article 2270 du code civil (45) et l'on peut se poser, par voie de conséquence, la question de savoir quel est le régime d'indemnisation à appliquer à ces « dommages intermédiaires évolutifs » selon l'expression de M. Malinvaud (46). Celui-ci fait ainsi observer qu'« *en voulant régler un problème, voici un autre qui surgit !* ». Les juges devraient néanmoins éviter cet écueil en accordant une indemnité « globale » intégrant les conséquences futures et certaines des désordres intermédiaires dont la réparation a été judiciairement demandée, sur le terrain du droit commun, au cours de la période de responsabilité (dix ans de la réception). On ne ferait là qu'appliquer les règles habituelles de la responsabilité civile (délictuelle comme contractuelle) qui permettent de réparer les préjudices futurs dès lors qu'ils sont la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et qu'ils sont

susceptibles d'estimation immédiate (47). Mais puisque « *la certitude n'est pas de ce monde* » (48), les juges pourraient souvent avoir à se livrer à un jeu de pronostic avec un inévitable accroissement du rôle et de la responsabilité des experts judiciaires (voir *infra*, n° 18 et s.).

Quoi qu'il en soit, le retournement de situation « soupçonné » et d'ores et déjà critiqué (49), s'il s'avérait définitivement établi, aurait néanmoins le mérite d'ancrer davantage la nature de délai d'épreuve du délai décennal et, partant, rendrait plus confortables la position des constructeurs et celle de leurs assureurs vis-à-vis des maîtres d'ouvrage privés (50).

Le changement de position aurait aussi pour incidence, comme l'a à très juste titre précisé le professeur Malinvaud (51), de tailler une nouvelle définition de droit privé, plus étroite, à la notion de dommages futurs : « *dommages qui, lors de la décision du juge, ne revêtent pas encore la gravité de l'article 1792 mais qui, à raison de leur caractère évolutif, revêtiront cette gravité dans le délai de dix ans* ».

En tout état de cause, que l'on en retienne une conception classique ou extensive ou une nouvelle conception plutôt « limitatrice » de leur domaine, les dommages futurs (parce qu'ils ne revêtent pas d'ores et déjà, au jour de la décision des juges, la caractéristique de gravité requise par l'article 1792 du code civil même si cette condition sera inéluctablement remplie dans un délai prévisible) se distinguent des dommages strictement évolutifs dont le critère de définition (resté constant) est ailleurs.

La garantie décennale des dommages évolutifs : une réitération des réparations

12. - A la différence de la jurisprudence relative aux dommages futurs, celle ayant trait aux dommages évolutifs *stricto sensu* est plutôt ferme et stable, sous réserve toutefois des variations constatées à propos du critère de définition de l'aggravation.

Une constance des éléments caractéristiques des dommages évolutifs

13. - En vertu d'une jurisprudence constante, les dommages dit évolutifs sont couverts par la garantie décennale pour leur totalité, y compris pour la partie apparue au-delà des dix ans de la réception. Suivant la formule consacrée par la Cour de cassation, la garantie décennale couvre les conséquences futures de désordres résultant de vices dont la réparation a été judiciairement demandée au cours de la période de garantie (52) : la victime qui invoque l'aggravation ultérieure des désordres constatés par une décision de justice devenue irrévocable peut s'appuyer sur l'autorité de la chose ainsi jugée pour obtenir réparation des dommages liés à l'aggravation (53).

On entend par là les désordres qui, au moment où ils sont apparus et dénoncés, pendant le délai décennal, présentent déjà les caractères (de gravité notamment) requis par l'article 1792 du code civil, mais vont continuer à produire des conséquences dommageables, peut-être postérieurement à l'expiration de ce délai, donc à un moment où la « prescription » est normalement acquise. Autrement dit, les dommages évolutifs sont des désordres qui se situent dans la lignée de désordres d'origine dont ils constituent l'aggravation, la suite logique (54). Les dommages évolutifs font suite à des dommages initiaux auxquels ils s'identifient ou dans lesquels ils viennent s'agréger.

14. - L'établissement d'un tel « lien de dépendance » et, partant, la réparation des dommages évolutifs passent naturellement par la réunion de constantes conditions caractéristiques. D'une part, il faut que la condition de gravité de l'article 1792 du code civil soit satisfaite, c'est-à-dire que les désordres litigieux compromettent d'ores et déjà la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination et qu'ils soient appelés à empirer (55). A ce titre, les désordres évolutifs se distinguent des désordres futurs qui, au moment où ils se produisent, n'ont pas encore le caractère de gravité requis par l'article 1792 du code civil, mais dont on est sûr, qu'à terme, ils le revêtiront. De deuxième part, il faut que les dommages originels aient été judiciairement dénoncés dans le délai décennal (56). En d'autres termes, il ne peut y avoir désordre évolutif sans interruption préalable du délai légal de garantie. De troisième part, il faut que les nouveaux désordres soient bien l'aggravation de désordres initiaux déjà réparés mais qui appellent une nouvelle réparation, et non des désordres tout à fait nouveaux sans lien de causalité avec les précédents (on notera, à ce propos, une différence additionnelle avec les dommages futurs qui constituent des dommages qui n'ont encore été jamais réparés au moment où ils sont soulevés). Cette dernière exigence est la seule qui, en matière de dommages évolutifs, révèle une difficulté de la jurisprudence à adhérer à une ligne intangible. En effet, la condition relative à l'exigence d'un lien entre le dommage déjà manifesté et celui dont on demande la réparation est celle qui, le plus souvent, suscite l'embarras, les propriétaires ayant tendance à mettre en branle la garantie dès l'instant où les désordres nouvellement apparus hors délai semblent avoir un lien quelconque avec un sinistre antérieurement dénoncé. Il se pose alors la question de savoir si le lien qui doit exister entre le désordre ancien et le désordre nouveau doit être situé au niveau de la cause ou au niveau du siège ou objet du désordre (57). Autrement dit, faut-il que les nouveaux dommages aient les mêmes germes que les dommages d'origine ou faut-il seulement qu'ils portent sur les mêmes parties initialement touchées ? L'observation de la jurisprudence récente, plutôt en proie aux fluctuations, donne une impression d'incertitude.

Des variations sur les critères de définition de l'aggravation

15. - Du critère de l'objet du dommage, la jurisprudence semble être clairement passée à celui de la cause du dommage.

Le critère allégé de l'objet du désordre

16. - Dans un arrêt en date du 20 mai 1998 (58), la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a clairement pu opter pour le critère tiré de l'objet du désordre : peu importe que la cause du dommage nouveau soit différente de celle du dommage d'origine dénoncé en temps utile, le seul critère à retenir est de savoir s'il affecte ou non le même ouvrage. Dans cette affaire, s'agissant d'infiltrations affectant les mêmes parties d'un ouvrage, l'expert avait considéré que les causes des nouveaux désordres étaient différentes de celles des désordres d'origine. La Cour d'appel en avait déduit qu'il s'agissait de désordres tout à fait nouveaux, sans lien avec les précédents, et qu'ils n'en étaient donc pas l'aggravation. Cet arrêt qui excluait la qualification de dommages évolutifs fut censuré par la Cour de cassation, sous le visa de l'article 2270 du code civil, en ces termes : « *en statuant ainsi, alors que la détermination de la cause des désordres est sans incidence sur le droit à réparation des victimes invoquant l'article 1792 du code civil, sans rechercher, alors qu'elle*

avait constaté que des infiltrations sur les mêmes façades avaient été dénoncées dans le délai de garantie décennale, si les nouveaux désordres ne constituaient pas l'aggravation de celles-ci, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef ».

Cette solution qui déclare indifférente l'origine des dommages réparables sur le terrain de la garantie décennale (et qui insiste sur l'identité d'objet des désordres) est classique depuis la réforme de 1978 qui, au rebours du texte antérieur, n'y fait plus référence, sauf pour les vices du sol. Depuis, la jurisprudence déclare constamment que « *la mise en jeu de la responsabilité décennale (...) n'exige pas la recherche de la cause des désordres* » (59) : peu importe qu'il s'agisse de vices, de défauts de conformité (60) ou d'autres causes. Mais, s'agissant de dommages évolutifs, la notion d'aggravation ne doit-elle pas supposer une recherche de la cause des désordres présentés comme la suite logique des dommages initiaux ? C'est dans ce sens que semble s'être orientée la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation.

Le critère renforcé de la cause du désordre

17. - Un arrêt de la troisième Chambre civile du 11 mai 2000 (61) paraît avoir opté, à la différence de celui précité du 20 mai 1998, pour le critère tenant à la cause du désordre pour qualifier celui-ci d'évolutif. Dans cette affaire, des constructeurs condamnés en appel soutenaient, dans leur pourvoi, « *que si les dommages futurs d'un vice peuvent être réparés, c'est à la condition qu'ils procèdent de la même cause que les dommages existants ; qu'en revanche, les dommages, affectant les mêmes éléments mais procédant d'une cause différente, ne sauraient être considérés comme une aggravation du dommage existant ; qu'ils ne sauraient donc être couverts par l'action en garantie décennale intentée à l'apparition des premiers désordres* ». Autrement dit, les demandeurs plaidaient que le critère du dommage évolutif résiderait dans l'identité de cause et non dans l'identité d'objet du dommage (62). Au regard de l'arrêt précité du 20 mai 1998, on aurait pu s'attendre à un rejet du pourvoi au motif que « *la détermination de la cause des désordres est sans incidence sur le droit à réparation des victimes invoquant l'article 1792 du code civil* ». Or, la troisième Chambre civile a préféré ne pas reconduire cette formule, se contentant d'approuver la Cour d'appel mais pour des motifs de fait : « *ayant constaté que les premiers désordres affectaient les plaques de pierre de façade, que l'extension des désordres signalée par le second expert correspondait bien à l'aggravation de ceux mis en évidence par le premier expert, et que le traitement des quarante premières pierres ne pouvait arrêter l'aggravation qui ne relevait pas d'un défaut d'entretien, la Cour d'appel en a déduit que le désordre invoqué constituait l'aggravation du premier désordre constaté dans le délai de la garantie décennale* ». Bref, la Haute juridiction aurait indirectement ou implicitement considéré que les premiers désordres et leur extension procédaient de la même cause. Dès lors, on peut se demander, à l'instar d'un commentateur (63), s'il ne faut pas lire dans cette décision « *la consécration implicite que l'aggravation suppose (dorénavant) une identité de cause* (entre les désordres d'origine et les désordres nouveaux) ». Au vu de la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation, une réponse affirmative semble aujourd'hui s'imposer. En effet, des arrêts plus récents de la troisième Chambre civile ont retenu le caractère évolutif de désordres nouvellement révélés au motif qu'ils « *provenaient de la même cause que les désordres précédents* » (64). Dès lors, il faudrait en conclure que, désormais, même si la cause des dommages d'origine ne constitue pas, en principe, une condition de mise en jeu de la responsabilité décennale, cet élément devient décisif lorsqu'il s'agit de caractériser un dommage

évolutif.

Le paradoxe n'est qu'apparent, car déclarer indifférente l'origine des désordres actuels est une chose, exiger que des désordres nouveaux nés de l'aggravation de ces désordres d'origine aient la même cause que ces derniers en est une autre, plutôt logique. En effet, « *pareille extension suppose l'existence d'un lien de causalité entre les dommages nouveaux et ceux précédents, ce qui oblige nécessairement à en rechercher la cause* » (65). Cette solution, qui pourrait s'avérer moins favorable aux créanciers des garanties, rend d'autant plus important et fréquent le recours à l'expertise judiciaire pour pallier les difficultés de caractère technique (66).

Le contentieux des dommages futurs et évolutifs, une source de responsabilité civile des experts judiciaires ?

18. - Puisqu'il y a une importance manifeste de l'expertise judiciaire dans les litiges afférents à la garantie des constructeurs, il se pose parfois la question de la responsabilité civile des techniciens diligents lorsque leur intervention n'a pas permis d'éviter le problème des dommages évolutifs voire futurs.

Des experts judiciaires parfois sur la sellette

19. - Il va sans dire que la mesure d'instruction que constitue l'expertise judiciaire joue un rôle éminemment important dans les contentieux relatifs à la responsabilité des constructeurs (67). En effet, en raison du caractère technique du litige, le recours à un technicien est quasi systématique, celui-ci pouvant être commis tant pour mettre en exergue la réalité, la cause ou l'étendue de désordres que pour évaluer le coût définitif de travaux de réparation préconisés (68). Moins ordinairement, l'objet de l'expertise a parfois pu consister à « *définir, surveiller et évaluer* » des travaux de remise en état (69) et, donc, à déterminer la solution technique permettant de mettre fin aux dommages. Il s'agit là d'un office de maîtrise d'œuvre qui, jadis, avait été rendu possible par un décret du 27 décembre 1920 prévoyant implicitement que l'expert pouvait recevoir « *mission (...), à défaut de l'architecte, de diriger les travaux ou de procéder à la vérification et règlement de mémoires d'entrepreneurs* ». Cette mission, connue sous le nom d'expertise-travaux, ne définissait pas autre chose qu'une véritable mission de maîtrise d'œuvre par laquelle la responsabilité même de l'exécution des travaux était confiée au technicien commis par le juge. L'entrée en vigueur du décret du 17 décembre 1973, qui a abrogé celui précité du 27 décembre 1920, devait logiquement marquer l'abandon de la pratique de l'expertise-travaux. Pourtant, certaines juridictions du fond (70) allaient faire preuve d'un certain manque de spontanéité dans la mise en œuvre des nouvelles exigences, au point de susciter des critiques doctrinales (71) et des « rappels à l'ordre » par la Cour de cassation (72).

Les missions que le juge peut confier à un technicien sont donc, aujourd'hui, très encadrées et assez limitées (cf. articles 232 et suivants du nouveau code de procédure civile). Il demeure néanmoins que, du fait des complications d'ordre technique auxquelles le juge est fréquemment confronté, l'expertise demeure un outil de première grandeur dans la mise en jeu des garanties légales des articles 1792 et suivants du code civil. Dès lors, ne pourrait-on pas s'interroger sur l'éventuelle responsabilité (civile) de l'expert judiciaire lorsqu'il n'a pas permis de trouver immédiatement une

solution définitive à des dommages dénoncés dans le délai décennal, solution qui aurait permis d'éviter le casse-tête des dommages évolutifs (voire des dommages futurs dont les réparations faites se sont ultérieurement avérées insuffisantes ou inadaptées) ? En d'autres termes, ne pourrait-on pas penser que le « *"désordre évolutif" n'existe que parce que le "contentieux technique" intervenu dans les dix ans de la réception des travaux n'a pas été correctement traité, donc parce que l'expert s'est trompé dans la détermination des travaux de réfection nécessaires* » (73) ?

La question se pose d'autant plus que, en cette matière, le langage des rapports d'expertise est parfois tellement brumeux que l'on pourrait y voir des diversions ou, tout au moins, des échappatoires aux difficultés. En effet, certains techniciens prendraient sans conteste trop de précautions en employant des formules ombrageuses et, partant, porteuses de pronostics somme toute conjecturaux ou divinatoires. C'est le cas, par exemple, de la formule suivante dont M. Ruellan (74), magistrat, a dénoncé l'ambiguïté et recommandé l'évitement : « *le désordre ne rend pas actuellement l'immeuble impropre à sa destination, mais est susceptible, à terme, de l'affecter dans l'un de ses éléments constitutifs* ». De telles imperfections risquent fort, en pratique, de déteindre sur la décision des juges même si ceux-ci ne sont pas théoriquement liés par les conclusions de l'expertise (art. 238 NCPC) (75). En effet, il s'avère, au témoignage même de magistrats, que « *la qualité de l'expertise judiciaire est [...] souvent déterminante dans l'élaboration de la décision de justice* » (76). Il en est ainsi parce que, avec la bénédiction de la Cour de cassation, les juges du fond s'approprient fréquemment l'avis de l'expert, y compris au demeurant dans des cas où l'homme de l'art a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission (77). Il importe donc que l'expert veille à apporter la plus grande attention dans la description des désordres allégués puisqu'il suffit « *de constatations techniques trop brèves ou de conclusions d'expertise elliptiques pour que le mécanisme légal de présomption de responsabilité se trouve enrayé et que le contentieux de la construction retombe dans la pénombre* » (78). D'où la question de savoir si les victimes - réelles ou supposées - ne pourraient pas tenter d'engager la responsabilité civile du technicien en raison de fautes ou d'erreurs commises à l'occasion de l'exécution de sa mission. La jurisprudence, quoique très peu fournie en la matière, offre quelques illustrations dont certaines semblent intéresser le contentieux des dommages futurs ou évolutifs.

Des experts judiciaires quelquefois responsables

20. - Il est établi qu'au-delà de certaines sanctions d'ordre procédural qui peuvent atteindre son travail (comme la nullité ou l'inopposabilité du rapport d'expertise), l'expert peut faire l'objet des sanctions personnelles ne concernant que lui et pour lesquelles on utilise parfois le terme de « responsabilité disciplinaire » : suspension provisoire, retrait ou radiation de la liste (79). Mais, outre ces sanctions administratives, l'expert qui cause un préjudice lié à l'exercice de sa mission pourrait engager sa responsabilité civile ordinaire fondée sur l'article 1382 du code civil (80). Ce texte pose, si besoin est de le rappeler, un principe général de responsabilité du fait personnel dont la mise en œuvre suppose, comme constante, la caractérisation des trois éléments constitutifs suivants : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la première et le deuxième. Sous ces conditions, le texte a vocation universelle à s'appliquer à tous dommages et en toutes matières, réserve faite de la règle dite de non-cumul des deux ordres de responsabilité. Ainsi, il arrive quelquefois que des experts - dont les diligences n'ont pas convenablement porté leurs fruits - soient mis en cause sur le terrain de l'article 1382 du code civil, ce qui doit aboutir, s'il y a lieu, à

une condamnation au paiement de dommages-intérêts. Voilà pour la théorie !

21. - Dans la pratique, il en va relativement différemment car il s'avère qu'il y a, sinon une inexistence, du moins une pauvreté du contentieux de la responsabilité civile de l'expert (un auteur n'a répertorié qu'une trentaine d'affaires sur quarante ans de jurisprudence publiée, dont seulement cinq décisions de condamnation (81)). Les raisons de la rareté du contentieux sont diverses. D'abord, il y aurait une sorte de « perfection » des experts qui, pour être inscrits sur la liste, ont dû prouver leurs qualités morales et leur « *haute qualification* » (82). Ensuite, l'on avance que l'idée de participation des experts au service public de la justice est telle que le fait de les mettre en cause équivaldrait, quelque part, à remettre en question ledit service public (83). A ce propos, rappelons que le rôle d'un expert est seulement d'examiner une question de fait qui requiert ses lumières et à donner un avis purement technique (sans pouvoir porter d'appréciation juridique), lequel avis ne lie d'ailleurs pas le tribunal. On en déduit, dès l'instant que l'expertise n'est qu'un élément d'information offert au juge, que « *les fautes d'analyse ou d'appréciation de l'expert ne peuvent être la cause du dommage que dans la mesure où elles sont reconduites par le juge* » (84). Par conséquent, « *se plaindre de l'expert judiciaire, c'est aussi un peu, indirectement, remettre en cause la décision du juge* » (85). A cet argumentaire déjà très dense, l'on ajoute qu'il est difficile de reprocher à un technicien de ne pas avoir trouvé immédiatement une solution qui n'aurait pu être arrêtée avec certitude qu'au prix de démolitions que chacune des parties souhaitait éviter (86). En définitive, la voie de la responsabilité civile de l'expert est, dans les faits et en jurisprudence, loin d'avoir les vertus d'une panacée.

22. - Soulignons toutefois un arrêt intéressant de la Cour d'appel de Caen, en date du 18 juin 1992, ayant retenu la responsabilité de l'expert judiciaire pour une faute de négligence consistant à avoir sous-estimé les désordres dans une maison d'habitation et préconisé des remèdes insuffisants (87). Il convient aussi de noter cette décision de la Cour de cassation qui a retenu la responsabilité d'un expert qui, n'ayant pas poussé ses investigations assez loin, n'avait pas décelé le défaut d'étanchéité d'une terrasse et avait préconisé des travaux de reprise insuffisants au point que les mêmes désordres étaient réapparus quelques années plus tard (88).

La responsabilité des experts ne constituait pas, si besoin est de le rappeler, l'objet angulaire de cette étude, mais le rôle éminemment important que ceux-ci sont appelés à jouer dans l'opération de caractérisation des dommages futurs ou évolutifs (concernant les dommages futurs, assurer que la gravité du sinistre est à venir ; s'agissant des dommages évolutifs, assurer que les nouveaux dommages constatés sont l'aggravation de dommages d'origine déjà dénoncés) rendait d'autant plus forte la tentation de faire rebondir le débat sur cette question fort « embarrassante ». Du reste, si la définition des dommages futurs devait être définitivement affinée dans le sens d'un strict enfermement dans le délai décennal, il en résulterait fatalement une plus lourde responsabilité à la charge de ces techniciens puisqu'ils « *auront à se prononcer sur la date à laquelle les désordres constatés revêtiront la gravité requise par l'article 1792* » (89).

Mots clés :

RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS * Réparation * Dommage futur et évolutif

- (1) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd., n° 209, p. 223.
- (2) V. J.-L. Bergel, *op. cit.*, n° 208, p. 221 et la doctrine citée.
- (3) D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ 1975, t. 143, préf. P. Hébraud, n° 1, p. 1.
- (4) V. Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JCP 1978, I, 2900, spéc. n° 14 et 15.
- (5) Les « dommages » ne désigneraient que les conséquences des « désordres », en l'occurrence le préjudice en découlant (V. Fr. Lesage, Existe-t-il des limites à la responsabilité décennale ?, *Administrer*, n° 355, mai 2003, p. 13 et s., spéc. p. 19 ; G. Viney, obs. sous Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, JCP 2003, I, 124, p. 602).
- (6) V. Ph. Malinvaud, Responsabilité des constructeurs - Généralités, *in* Dalloz Action Droit de la construction, éd. 2000/2001, spéc. n° 7150, p. 1109 ; Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, art. préc., spéc. n° 14.
- (7) Cf. J.-B. Auby et H. Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 6^e éd., 2001, n° 1243, p. 687 ; Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, art. préc., spéc. n° 14 et 15.
- (8) Pour des arrêts employant la notion de « désordre », voir par exemple Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 18, 2^e esp., p. 17 ; Cass. 3^e civ., 21 mai 2003, Bull. civ. III, n° 106, p. 97. Pour des décisions employant la notion de « dommage », voir par exemple Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 18, 1^{re} esp., p. 16.
- (9) Cela sans doute parce que, d'une part, la loi de 1978 ne fait plus référence, sauf pour les vices du sol, à l'origine des dommages et, d'autre part, les non-conformités sont comprises dans les désordres décennaux réparables si elles présentent la gravité requise (voir notamment Cass. 3^e civ., 13 avr. 1988, Bull. civ. III, n° 67, p. 39 ; Gaz. Pal. 1988, 2, 779, note B. Blanchard ; Cass. 3^e civ., 8 avr. 1998, RDI 1998, p. 373, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli).
- (10) Lorsque les conditions légales sont réunies, le code civil pose, au profit du maître de l'ouvrage ou assimilé, une présomption de responsabilité qui ne peut être renversée que par la preuve d'une cause étrangère (force majeure, fait d'immixtion dans les travaux du maître de l'ouvrage notoirement compétent ou fait d'un tiers, lorsque ces faits présentent pour le responsable désigné les caractères de la force majeure). En revanche, si les dommages venus affecter l'ouvrage après réception ne présentent pas les caractères de gravité décennale, ils constituent des dommages intermédiaires - ou « esthétiques » - qui relèvent du droit commun de la responsabilité contractuelle, étant précisé que la jurisprudence considère que cette action est enfermée dans le délai de dix ans de l'article 2270 du code civil (Cass. 3^e civ., 6 juill. 1988, D. 1988, IR p. 212 ; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, Bull. civ. III, n° 171, p. 109 ; D. 1994, IR p. 248 - Cass. 3^e civ., 16 oct. 2002, 2 esp., Bull. civ. III, n° 205, p. 174 ; D. 2003, Jur. p. 300, obs. Ph. Malinvaud ; RTD civ. 2003, p. 308, obs. P. Jourdain).
- (11) V. par exemple Cass. 3^e civ., 28 févr. 2001, RDI 2001, p. 170, obs. Ph. Malinvaud ; Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 1999, RDI 2000, p. 56, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; Bull. civ. III, n° 230 : « la mise en oeuvre de la responsabilité décennale d'un entrepreneur n'exige pas la recherche de la cause des désordres (vices, défauts de conformité ou autres causes) ».
- (12) V. M. Thioye, Le casse-tête récurrent du bref délai de l'article 1648 du code civil : du contournement à la neutralisation, PA, 21 août 2000, n° 166, p. 6 et s.
- (13) Le délai de l'article 2270 du code civil permet de vérifier que l'ouvrage est conforme à l'obligation souscrite par le constructeur : l'ouvrage immobilier doit être apte à remplir les services que l'on attend de lui pendant ledit délai décennal (sur la qualification de délai d'épreuve, cf. Cass.

3^e civ., 15 févr. 1989, Bull. civ. III, n° 35).

(14) Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, Bull. civ. III, n° 171.

(15) V. récemment, Cass. 3^e civ., 10 juill. 2002, RDI 2002, p. 420, obs. Ph. Malinvaud.

(16) Par un revirement de sa jurisprudence, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 27 juin 2001, jugé que la faute dolosive entraîne une responsabilité contractuelle de droit commun dont le délai de prescription est trentenaire, et non plus de dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation (Cass. 3^e civ., 27 juin 2001, Bull. civ. III, n° 83 ; JCP 2001, II, 10626, note Ph. Malinvaud ; Defrénois 2002, art. 3459, n° 10, p. 64, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2001, Jur. p. 2995, obs. J.-P. Karila et concl. J.-F. Weber ; RTD civ. 2001, Jur. p. 887, obs. P. Jourdain).

(17) Il ne semble pas que cette notion ait eu en jurisprudence des applications spécifiques autres que le dol (pour une amorce de définition, cf. CA Paris, 16 sept. 1998, RDI 1998, p. 647, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli). Néanmoins, la Cour de cassation fait désormais une distinction entre la faute dolosive nécessairement contractuelle et la faute extérieure au contrat (Cass. 3^e civ., 27 juin 2001, préc.).

(18) Même si un délai préfix n'est pas, du moins classiquement (avant la loi du 5 juill. 1985), susceptible d'interruption (cf. Ph. Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 8^e éd., n° 851, p. 610 ; J. Carbonnier, Droit civil, t. 4. Les obligations, PUF, 22^e éd., n° 358 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit civil. Les obligations, Defrénois, 2004, n° 1214 et 1215, p. 652).

(19) Alors pourtant que l'on estime qu'un délai préfix ne peut être interrompu par une reconnaissance de dette (cf. A. Bénabent, Droit civil. Les obligations, Montchrestien, 8^e éd., n° 907, p. 596).

(20) V. récemment, Cass. 3^e civ., 18 juin 2003, RDI 2003, p. 467, obs. Ph. Malinvaud.

(21) V. par exemple Cass. 3^e civ., 4 juill. 1990, Bull. civ. III, n° 164, p. 95 ; D. 1990, IR p. 184.

(22) Cass. 3^e civ., 10 juill. 1972, JCP 1972, IV, 225 ; Cass. 3^e civ., 25 oct. 1978, JCP 1978, IV, p. 335 ; Cass. 3^e civ., 26 avr. 1984, RDI 1984, p. 418, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 297, D. 1992, IR p. 280.

(23) V. J.-B. Auby et H. Périnet-Marquet, *op. cit.*, n° 1228-1 ; Ph. Malinvaud, La responsabilité spécifique des articles 1792 et suivants, in Dalloz Action Droit de la construction, éd. 2000/2001, n° 7232 ; obs. sous Cass. 3^e civ., 25 sept. 2002, 2 esp., RDI 2003, p. 87 ; J.-M. Berly, Désordres évolutifs. Etat de la jurisprudence, RDI 2000, p. 115 et s.

(24) Les dommages futurs et certains, qui sont ainsi réparés sur le fondement décennal au même titre que des dommages décennaux déjà réalisés, ne doivent pas être confondus avec les préjudices éventuels ou hypothétiques, qui ne sont pas pris en considération. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu de retenir la responsabilité décennale d'un constructeur dès lors que les désordres dénoncés ne présentaient pas le caractère de gravité requis et que, bien que l'expert - qui s'était prononcé sept ans après la réception - ait estimé qu'il s'agissait d'un phénomène évolutif de nature à entraîner la dégradation totale de l'ouvrage, celle-ci n'était pas prouvée dix ans après la réception (Cass. 3^e civ., 21 mai 2003, Bull. civ. III, n° 106, p. 97 ; BPIM 4/03, p. 18, n° 233).

(25) On avance toutefois une difficulté tenant au fait que si le risque d'impropriété à la destination ou d'atteinte à la solidité est certain, mais qu'il ne se réalise qu'après dix ans, cela veut dire que, avant sa manifestation totale, le désordre mériterait la qualification de dommage intermédiaire (V. Ph. Malinvaud, obs. RDI 2003, spéc. p. 187). On pourrait dès lors imaginer une action immédiate sur ce fondement, encore que cela n'est guère souhaitable ni opportun dès l'instant où la garantie décennale est d'ores et déjà opérationnelle. D'ailleurs, si le dommage considéré est de nature à entrer dans le champ de la garantie décennale, la règle de non-cumul s'opposerait à une action sur

le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun (cf. Cass. 3^e civ., 13 avr. 1988, préc. ; V. Ph. Malinvaud, L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière, RDI 1998, p. 321 et s., spéc. p. 324-325).

(26) V. par exemple Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, D. 2001, Jur. p. 833, note J.-P. Karila ; JCP 2003, I, 124, p. 602, obs. G. Viney. Dans le même sens, CE, 25 mai 1966, *Sté de constructions individuelles publiques et privées*, Lebon, p. 364.

(27) V. Cass. 3^e civ., 12 mai 1999, AJDI 1999, p. 819.

(28) V. par exemple Cass. 3^e civ., 19 juin 1996, Bull. civ. III, n° 149, p. 96 ; RDI 1996, p. 576, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : les désordres qui ne compromettent pas actuellement la solidité de l'immeuble ou ne le rendent pas impropre à sa destination ne peuvent pas relever de la garantie décennale.

(29) Cass. 3^e civ., 19 juin 1996, préc. Dans le même sens, cf. Cass. 3^e civ., 9 juill. 1997, BPIM 5/1997, p. 13, n° 323 ; Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, RDI 1998, p. 375, obs. Ph. Malinvaud.

(30) En ce sens, cf. Ph. Malinvaud, *op. cit.*, p. 1135.

(31) V. Cass. 3^e civ., 16 mai 2001, préc.

(32) Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, 2 esp., Bull. civ. III, n° 18, p. 16 ; JCP 2003, II, 10077, avis de l'avocat général O. Guérin ; RDI 2003, p. 185, obs. Ph. Malinvaud qui fait référence à deux autres espèces inédites ; Cass. 3^e civ., 21 mai 2003, Bull. civ. III, n° 106, p. 97 ; BPIM 4/03, p. 18, n° 233. *Adde* les observations de H. Périnet-Marquet, Defrénois 2003, art. 37819, n° 17, p. 1275.

(33) H. Périnet-Marquet, obs. préc., Defrénois 2003, art. 37819, n° 17, p. 1275-1276.

(34) Ph. Malinvaud, obs. préc., RDI 2003, p. 185, spéc. p. 187.

(35) H. Périnet-Marquet, obs. préc., Defrénois 2003, art. 37819, n° 17, p. 1275-1276.

(36) Voir les formules d'interprétation plutôt prudentes employées par MM. Malinvaud (obs. préc. note 34, RDI 2003, p. 185, spéc. p. 187 : « *la Cour de cassation met, semble-t-il, fin aux incertitudes sur le point de savoir si, et à quelles conditions, les dommages futurs relèvent de la garantie décennale* ») et Périnet-Marquet (obs. préc., Defrénois 2003, art. 37819, n° 17, p. 1275 : « *la Cour de cassation semble mettre un point définitif à des hésitations jurisprudentielles...* »).

(37) « *L'expression "en tout cas" laisse planer un doute sur la portée de la décision car elle ne résout pas le sort d'une atteinte à la solidité de l'immeuble apparaissant après expiration du délai de deux (sic) - dix - ans* » (G. Liet-Veaux, Aggravation des désordres et responsabilité décennale des constructeurs, JCP 2004, I, 110, spéc. n° 11).

(38) D'autant qu'un autre arrêt, qui n'a toutefois pas eu les honneurs du Bulletin civil, a censuré la décision de la Cour d'appel du fait que celle-ci avait estimé ceci : « *même si les désordres relevés par l'expert ne doivent porter atteinte à la solidité de l'immeuble ou le rendre impropre à sa destination qu'après l'expiration du délai de dix ans, ce qui est le cas en l'espèce, dès lors qu'il est établi que cette évolution interviendra à terme, de manière certaine et dans un délai prévisible, ils sont couverts par la garantie décennale* » (Cass. 3^e civ., 3 déc. 2002, RDI 2003, p. 185, Ph. Malinvaud, préc. note 34. Dans le même sens, voir Cass. 3^e civ., 16 déc. 2003, *Cts Le Bayec c/ Compagnie AXA assurances*, pourvoi n° G 00-21.282, RDI 2004, p. 197, obs. Ph. Malinvaud : cassation, sous le visa des articles 1792 et 2270 du code civil, de l'arrêt ayant retenu la responsabilité décennale « *sans relever que l'atteinte à la destination de l'ouvrage interviendrait avec certitude dans le délai décennal* »).

(39) « *Le style de l'arrêt laisse toutefois entendre que la garantie décennale ne joue pas à défaut de preuve du dommage légal survenu dans les dix ans* » (G. Liet-Veaux, art. préc., n° 12).

(40) Dans le même sens, cf. G. Liet-Veaux, art. préc., n° 12 : « *peut-être [...] s'agit-il d'une question de dates : la réception était intervenue sans réserves le 27 juillet 1990 et la Cour d'appel*

avait statué le 4 septembre 2001, soit après expiration du délai de dix ans ».

(41) *Adde* les remarques de M. Liet-Veaux, art. préc., n° 12 : « *la responsabilité décennale des constructeurs a peut-être été écartée en l'espèce parce que le revêtement de façade en cause n'était pas assimilable à un ouvrage ou à une construction* ».

(42) Rappelons que le Conseil d'Etat fait application de la théorie classique des dommages futurs en utilisant, pour la qualification de ceux-ci, le critère de la cause des dommages (CE, 30 déc. 1998, *Andrault, Parat et Carré*, BPIM 2/1999, n° 139 ; RDI 1999, p. 246, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux : « *s'agissant de désordres qu'elle a jugés de même origine que ceux dont l'office (public d'aménagement et de construction d'Ille-et-Vilaine) avait sollicité la réparation dans sa demande initiale [...], la Cour (administrative d'appel de Nantes) a pu légalement en déduire que la réfection du système d'étanchéité de l'ensemble des cinquante-deux terrasses concernées entraînait dans le champ de la garantie décennale, alors même que tous les appartements n'avaient pas été rendus impropres à leur destination pendant la durée du délai d'épreuve de dix ans...* »).

(43) Voir encore récemment, Cass. 3^e civ., 16 déc. 2003, préc.

(44) O. Guérin, avis précité à propos de Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003 (2 esp.).

(45) Cf. par exemple Cass. 3^e civ., 16 oct. 2002, 2 esp., préc., Bull. civ. III, n° 205, p. 174.

(46) Ph. Malinvaud, obs. préc. note 34 RDI 2003, p. 185 et s., spéc. p. 187. *Adde* obs. RDI 2003, p. 87 et s., spéc. p. 89.

(47) Voir J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 205 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 8^e éd., n° 670 ; Ph. Malaurie *et alii*, *op. cit.*, *Les obligations*, n° 241 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, *Les obligations*, n° 553.

(48) Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2002, n° 1416.

(49) « *A notre sens, le seul fait que les désordres incriminés ne soient pas des désordres nouveaux, mais "la suite de désordres d'origine", doit suffire à engager la responsabilité légale des constructeurs, quelle que soit la date à laquelle les dommages entrant dans la garantie décennale se réalisent* » (G. Liet-Veaux, art. préc., n° 13).

(50) Cf. H. Périnet-Marquet, obs. préc., *Defrénois* 2003, art. 37819, n° 17, p. 1275.

(51) Ph. Malinvaud, obs. préc. note 34, RDI 2003, p. 185, spéc. p. 187.

(52) Cass. 3^e civ., 3 déc. 1985, Bull. civ. III, n° 159. *Adde* l'abondante jurisprudence citée par J.-B. Auby et H. Périnet-Marquet, *op. cit.*, n° 1228-2 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 7231.

(53) Cf. Cass. 3^e civ., 8 oct. 2003, Bull. civ. III, n° 170, p. 150 ; D. 2003, IR p. 2727 ; JCP 2003, Act., p. 1857 ; Cons.-Urban., janv. 2004, p. 14, n° 4.

(54) V. J.-B. Auby et H. Périnet-Marquet, *op. cit.*, n° 1228-2 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 7231 ; J.-M. Berly, art. préc. ; M.-A. Rakotovahiny, *Retour sur un cas d'extension de la responsabilité des constructeurs au-delà du délai décennal : le désordre évolutif*, PA, 10 juin 2002, p. 13 et s.

(55) V. par exemple Cass. 3^e civ., 13 févr. 1991, Bull. civ. III, n° 52, p. 31 ; D. 1991, IR p. 81.

(56) V. par exemple Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992, RDI 1993, p. 84, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

(57) Sur ce point, bien qu'il s'agisse d'une question de fait relevant du pouvoir souverain des juridictions du fond (Cass. 3^e civ., 25 nov. 1998, RDI 1999, p. 259, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli), il faut constater que la Cour de cassation exerce un certain contrôle (laxiste selon certains) sur celles-ci.

(58) Cass. 3^e civ., 20 mai 1998, préc.

(59) Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 1999, Bull. civ. III, n° 230 ; RDI 2000, p. 56, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli. *Adde* Cass. 3^e civ., 25 nov. 1998, RDI 1999, p. 259, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

(60) « *Même s'ils ont pour origine une non-conformité aux stipulations contractuelles, les*

dommages qui relèvent d'une autre garantie légale ne peuvent donner lieu, contre les personnes tenues à cette garantie, à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun. » (Cass. 3^e civ., 13 avr. 1988, préc. ; Cass. 3^e civ., 8 avr. 1998, préc.).

(61) Cass. 3^e civ., 11 mai 2000, D. 2000, IR p. 174 ; RDI 2000, p. 344, obs. Ph. Malinvaud ; Administrer 2001, n° 332, p. 69.

(62) Or, en l'espèce les désordres nouveaux ne procédaient pas de la même cause que les désordres d'origine même s'ils portaient sur les mêmes éléments : les premières chutes de pierres de façade étaient imputables à une tension trop forte des fers à béton, alors que les secondes étaient dues à la porosité et à la nature gélive des pierres.

(63) Ph. Malinvaud, obs. sous Cass. 3^e civ., 11 mai 2000, RDI 2000, p. 344.

(64) Cass. 3^e civ., 27 févr. 2001, RDI 2001, p. 171, obs. Ph. Malinvaud. Rapp. Cass. 3^e civ., 8 oct. 2003, préc. : ont été qualifiés d'évolutifs et réparables les désordres étendus à 267 garde-corps vitrés d'un bâtiment dès lors qu'ils étaient l'aggravation de désordres initialement mis en évidence pour 38 autres de ces garde-corps. Notons que le Conseil d'Etat a déjà pu appliquer la garantie décennale à des dommages futurs en utilisant, pour la qualification de ceux-ci, le critère de la cause des dommages (CE, 30 déc. 1998, *Andrault, Parat et Carré*, préc.).

(65) Ph. Malinvaud, obs. sous Cass. 3^e civ., 11 mai 2000, préc.

(66) Il convient de rappeler que les dommages évolutifs doivent être distingués des dommages consécutifs, lesquels constituent des troubles annexes (comme, par exemple, des dégâts causés au mobilier), qui sont néanmoins réparés au titre de la garantie décennale (cf. Cass. 3^e civ., 22 févr. 1978, Bull. civ. III, n° 93 ; Cass. 3^e civ., 9 juill. 1997, BPIM 5/1997, n° 327). En outre, parce que la gravité requise est sans rapport nécessaire avec le nombre des désordres, les dommages évolutifs ne doivent pas être assimilés aux dommages multiples qui, pour être nombreux, ne sont pas nécessairement graves (Cass. 3^e civ., 4 mars 1987, RDI 1987, p. 234, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli).

(67) V. J.-P. Rémerly, Le rôle du technicien commis par le juge dans la réalisation de travaux ordonnés ou autorisés en justice, D. 1986, Chron., p. 285 et s. ; H. Heugas-Darraspen, L'expertise judiciaire en matière immobilière, AJDI 1999, p. 312 et s. ; B. Chemin et X. Chemin, De quelques pièges de procédure dans les litiges de construction, RDI 1993, p. 461 et s.

(68) Cass. 3^e civ., 20 oct. 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, Somm. 102, obs. S. Guinchard : constitue une mission purement technique la mission donnée à un expert d'arrêter le coût définitif des travaux après constat de leur achèvement.

(69) En ce sens, voir la décision de la Cour d'appel qui, pour des travaux de remise en état, avait commis un expert aux fins de « *définir, surveiller et évaluer lesdits travaux et pour en régler le coût, au fur et à mesure de leur exécution sur mémoires par lui visés des entreprises par lui choisies* ». Cette décision de la Cour d'appel de Poitiers fut toutefois censurée par la Cour de cassation au motif que le juge avait ainsi délégué ses pouvoirs à l'expert, en violation de l'article 232 du nouveau code de procédure civile (Cass. 3^e civ., 19 déc. 1983, Bull. civ. III, n° 268 ; Gaz. Pal. 1984, 1, Panor. 155, obs. S. Guinchard).

(70) V. CA Poitiers, 24 sept. 1980, préc.

(71) M. Rémerly (art. préc.) parle ainsi d'« *errements* » et rappelle que l'expert devrait seulement avoir une mission de bonne fin qui a pour objet essentiel de vérifier que l'exécution des travaux ordonnés ou autorisés par justice a bien eu lieu (mission qui ne serait pas une mesure d'instruction). Sur une telle mission, cf. Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1973, JCP 1975, II, 18115, note M. Despax : en décidant que les travaux prescrits par le jugement seront exécutés selon les directives et sous la

surveillance de l'expert, le juge n'abandonne pas à celui-ci son pouvoir de contrôle et ne lui confère qu'une mission purement technique.

(72) V. Cass. 3^e civ., 19 déc. 1983, préc.

(73) J.-M. Berly, art. préc., spéc. p. 120.

(74) F. Ruellan, L'office du juge dans le contrôle des expertises : l'expérience du tribunal de grande instance d'Albertville, Gaz. Pal., 12 juin 1997, Doctr., p. 850 et s., spéc. p. 854. *Adde* P. Chevalier, L'incidence de l'expertise judiciaire dans la mise en jeu des garanties légales des articles 1792 et suivants du code civil, Gaz. Pal., 18 oct. 1997, Doctr., p. 1317 et s., spéc. p. 1318.

(75) Cf. P. Chevalier, art. préc., spéc. p. 1318 : « *Les conclusions vagues ou équivoques utilisées par l'expert sur une malfaçon conduisent le juge, lorsque le point est débattu par les parties, à des extrapolations dangereuses pour qualifier le désordre* ».

(76) F. Ruellan, art. préc., spéc. p. 850. *Adde* P. Chevalier, art. préc., spéc. p. 1318.

(77) Cass. 3^e civ., 5 mars 2003, JCP 2003, II, 10106, note J. Junillon.

(78) P. Chevalier, art. préc., spéc. p. 1317.

(79) V. V. Larribau-Terneyre, La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile..., PA, 2 déc. 1998, p. 7 et s.

(80) Req., 16 oct. 1914, D. 1916. 1. 53 ; Civ., 9 mars 1949, Gaz. Pal. 1949, 1, 245.

(81) V. Larribau-Terneyre, art. préc., spéc. p. 10.

(82) V. P.-J. Doll, La responsabilité des experts judiciaires, AJPI 1974, p. 777 et s., spéc. p. 781.

(83) V. V. Larribau-Terneyre, art. préc., spéc. p. 8-9 ; D. Garreau, L'expert judiciaire et le service public de la justice, D. 1988, Chron. p. 97 et s., spéc. p. 103 et 104.

(84) D. Garreau, art. préc., spéc. p. 104.

(85) V. Larribau-Terneyre, art. préc., spéc. p. 12.

(86) V. J.-M. Berly, art. préc., spéc. p. 120.

(87) CA Caen, 1^{re} ch. civ. et com., 18 juin 1992, *Berjot c/ Gazengel et autres*, JCP 1993, IV, p. 129, n° 1123. *Adde* condamnation au titre de la conception défectueuse de travaux confortatifs (TGI Dunkerque, 15 nov. 1989, RDI 1990, p. 87, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli).

(88) Cass. 2^e civ., 20 juill. 1993, JCP 1993. 2419 ; RDI 1994, p. 58, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

(89) Ph. Malinvaud, qui ajoute que « *dans de nombreux cas, le pronostic risque d'être difficile, aléatoire, sinon divinatoire !* » (obs. préc. note 34, RDI 2003, p. 185, spéc. p. 187).