

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE



En vue de l'obtention du  
**DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE**

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

---

Présentée et soutenue par

**Sarra ABBES**

le 17 décembre 2021

**La responsabilité décennale à raison des désordres évolutifs**

---

Droit et Science Politique :

Spécialité : Droit

Unité de recherche: IEJUC – Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'environnement

**Directeur de thèse** : Monsieur Moussa Thioye, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

## JURY

**Rapporteurs** Madame Béatrice BALIVET, Maître de conférences HDR, Université Lyon 3  
Monsieur Mbissane NGOM, Professeur titulaire, Université Gaston Berger de Saint-Louis du Sénégal

**Suffragants** Monsieur Georges CAVALIER, Maître de conférences HDR, Université Lyon 3  
Monsieur Mostefa Maouene, Professeur titulaire, Université Sidi Bel Abbès, Algérie  
Madame Anne-Laure Thomat-Raynaud, Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole

**Directeur(s) de thèse** Monsieur Moussa Thioye, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les  
opinions particulières de l'auteur. »*



*À mes parents.*



# REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de recherche, Monsieur le Professeur Moussa THIOYE qui par sa bienveillance et ses précieux conseils, m'a permis d'acquérir la confiance suffisante pour mener mes travaux. Je tiens à lui témoigner ma sincère reconnaissance pour m'avoir accordé le temps et l'écoute nécessaires lors des moments de doute. Mais aussi pour m'avoir encouragé tout au long de ces années de thèse.

Je remercie également les enseignants de l'IEJUC pour leur engagement aux côtés des doctorants, ainsi que l'ensemble des enseignants qui m'ont permis d'enrichir mes travaux par leurs conseils toujours avisés.

Qu'il me soit aussi permis de remercier mes amis qui n'ont eu de cesse de me témoigner leur soutien durant toutes ces années. Merci à Imen, pour sa présence à chaque instant, pour n'avoir ménagé aucun effort afin de me transmettre son expérience doctorale, mais aussi pour nos fous rires ô combien salvateurs. Merci à Audrey, Fatima, Jeanine, Mathieu, Maître Aribaut et Maître Abadie pour leurs encouragements si réconfortants.

Au terme de ce parcours, qu'il me soit enfin permis de remercier ma famille pour son soutien sans faille. À mon père dont les sacrifices et le dur labeur sont à la base de mes études universitaires, et à ma mère dont l'infinie patience et les conseils pleins de sagesse m'ont permis de surmonter tant d'obstacles. Merci à mes frères et sœurs de n'avoir jamais douté de ma réussite. Je remercie tout particulièrement Houari et Auda, mes autres père et mère qui depuis toujours sont à mes côtés, ils sont les piliers fondateurs de ce que je suis et de ce que je fais, merci pour leur amour, leur infinie bonté et leur confiance. Merci à Rhedoine, mon ange gardien et *alter ego* dont la simple présence a souvent suffi à dépasser les moments difficiles. À ma petite Chahineze pour son optimisme communicatif et sa présence égayante au quotidien. À Fatiha pour son écoute et sa bonne humeur si salutaires, merci à Zohraïde qui m'a constamment soutenue peu importe mes choix, à Laetitia toujours attentionnée et attentive à tous. Merci à Laura pour ses encouragements réguliers et sa bienveillance. Je n'oublie pas mes sœurs qui m'ont transmis leur amour et leur soutien malgré la distance, merci à Farida et Nadera pour avoir continué à veiller sur moi, à Fatima et Aouali dont l'amour nous parvient par-delà les frontières.





# SOMMAIRE

## **Première Partie**

### **L'anticipation de la réparation à travers le dommage futur *stricto sensu***

#### **Titre I - La réparation encadrée d'un désordre à la décennalité encore latente**

Chapitre I - La nature du désordre destiné à se réaliser

Chapitre II - La réparabilité du désordre destiné à se réaliser

#### **Titre II - Le moment effectif de la décennialisation du désordre restreignant l'accès à la réparation**

Chapitre I - Le traitement des manifestations premières du désordre

Chapitre II - Le traitement de l'apparition effective du désordre

## **Seconde partie**

### **La réitération de la réparation à travers le dommage évolutif *lato sensu***

#### **Titre I - L'existence d'un désordre à la décennalité déjà patente**

Chapitre I - La singularité relative de la notion de dommage évolutif

Chapitre II - La clarté relative du régime applicable au dommage évolutif

#### **Titre II - Le désordre évolutif : mécanisme sous influences**

Chapitre I - Les implications procédurales du désordre évolutif

Chapitre II - Perspectives d'évolution de régime du désordre évolutif



# LISTE DES ABREVIATIONS

## *Abréviations usuelles*

§	Paragraphe
<i>Act.</i>	Actualité
<i>Adde</i>	Ajouter, Ajoutez
Al.	Alinéa
Ann.	Annale
Art.	Article
C/	Contre
Cf.	Conférer
CGV	Conditions générales de vente
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Contraire
Dactyl.	Dactylographié
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
Dr.	Droit
Ed.	Édition
Et.	Étude
Fasc.	Fascicule
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
Jur.	Jurisprudence

Mél.	Mélanges
N°	Numéro (s)
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
<i>Op. et loc. cit</i>	À l'endroit cité
P.	Pages
Pan.	Panorama
Préc.	Précité
Préf.	Préface
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprochez
Réed.	Réédition
Réf.	Référence (s)
S.	Suivant (s)
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
Th.	Thèse
Trad.	Traduction
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)
Vol.	Volume
Vs.	Contre

<b><i>Juridictions/Institutions</i></b>
---

AFNOR	Association française de normalisation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'état
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CIV.	Chambre civile de la Cour de cassation
COPAL	Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance

### ***Sources du droit et pratique de la construction***

A.	Arrêté
Assurance DO	Assurance dommages-ouvrage
C. ass.	Code des assurances
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
CCMI	Contrat de construction de maison individuelle
CPC	Code de procédure civile
C. urb	Code de l'urbanisme
Conv.	Convention
D.	Décret
Dir.	Directive
DTU	Documents techniques unifiés
EPERS	Élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire
L.	Loi
Ord.	Ordonnance
VEFA	Vente en l'état futur d'achèvement

### ***Publications***

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier

BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJDA	Bulletin juridique des assurances
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. civ. ass. plén.	Bulletin des arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de Cassation
CCC	Revue contrats, concurrence, consommation
D.	Recueil Dalloz
DA.	Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)
Défrénois	Répertoire notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Gaz. Pal.	Gazette du palais
J.-Cl	Jurisqueuseur
JCP	Jurisqueuseur périodique (Semaine Juridique)
JCP E	Jurisqueuseur périodique (Semaine juridique) édition entreprise et affaires
JCP G	Jurisqueuseur périodique (Semaine juridique) édition générale
JCP N	Jurisqueuseur périodique (Semaine juridique) édition notariale et immobilière
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
LEDC	L'essentiel du droit des contrats
LPA	Les petites affiches
Rec. Lebon	Recueil Lebon
Rep. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Resp. civ. et assur.	Revue responsabilité civile et assurances
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue droit immobilier
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLD aff.	Revue Lamy droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit des affaires
S.	Receuil Sirey

## INTRODUCTION

*« On peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit l'être ; ainsi, dès qu'il est reçu, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité : mais il n'est pas de même d'un édifice ; il peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc en répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide »<sup>1</sup>.*

**1. Aux origines de la garantie décennale** – Les observations susmentionnées, échangées entre Regnaud de Saint-Jean d'Angély et Béranger lors de la discussion du projet de Code civil concernant le titre VIII « *Du louage* » au Conseil d'État, synthétisent les enjeux que représente la responsabilité décennale pour l'ensemble des parties en présence. La charge d'une obligation de garantie portant sur la viabilité de l'ouvrage réalisé constituait une préoccupation bien plus ancienne. Nombre de droits de l'Antiquité connaissaient déjà la responsabilité du constructeur. Le Code Hammourabi avait auparavant organisé un système de responsabilité spécifiquement applicable aux acteurs de l'acte de construction. Les articles 229 à 232 du Code des lois d'Hammourabi prévoyaient : « *Si un architecte construit une maison, que cette maison s'écroule et tue son propriétaire, alors l'architecte sera mis à mort. Si elle tue le fils du propriétaire, le fils de l'architecte sera mis à mort. Si elle tue des esclaves du propriétaire, alors l'architecte devra payer esclave pour esclave au propriétaire de la maison. Si elle détruit des biens, il devra dédommager pour tout ce qui a été détruit, et dans la mesure où il n'a pas construit convenablement la maison qu'il a bâtie et qu'elle s'est écroulée, il doit la reconstruire à ses propres frais* ». Le droit romain a quant à lui posé les bases d'un système de responsabilité spécifique dont certains aspects n'ont cessé de résonner au cours de l'histoire. Du Moyen Age à la Révolution, les acteurs du bâtiment étaient exposés à une justice de pairs fonctionnant à l'image du système corporatif<sup>2</sup>. Les architectes, considérés sous certains aspects comme des

---

<sup>1</sup> Discussion du projet de Code civil, Séance du Conseil d'État du 14 nivôse an XII (15 janvier 1804).

<sup>2</sup> R. Carvais, « Quand les architectes jugeaient leurs pairs, les juristes représentaient-ils encore le droit des bâtiments ? L'histoire des relations pratiques entre droit et architecture », *Droit et Ville*, vol. 76, n° 2, 2013, p. 69-87.

## Introduction

entrepreneurs et donc membres d'une communauté de métiers, y étaient également soumis<sup>3</sup>. Ainsi, la juridiction de la maçonnerie, autrement dénommée la « Chambre royale des bâtiments », a exercé ses activités sur cinq siècles, du Moyen Age jusqu'à la Révolution<sup>4</sup>. Cette juridiction est à l'origine d'un « droit de la construction » forgé à partir des usages de la pratique constructive. Les règles jurisprudentielles ainsi élaborées ont parfois fait l'objet de tentatives de normalisation sans que l'on puisse toutefois en trouver une véritable codification. La première tentative fut présentée en 1694 par JEAN BEAUSIRE, entrepreneur, puis architecte du roi et magistrat. Il proposait le premier code technique de droit de la construction en tenant compte des malfaçons les plus couramment découvertes lors des visites, mais celui-ci n'a pas reçu les faveurs du Parlement<sup>5</sup>.

Plus tard, le Code civil consacrait en son sein le droit existant institué par la coutume et la jurisprudence. Bien que le droit de la construction se soit aussi développé tout au long du XX<sup>e</sup> siècle en dehors du Code civil, d'abord dans le Code de l'urbanisme et de la construction, puis dans le Code de la construction et de l'habitation, le Code Napoléonien reste le corps de règles où se trouvent les principes fondateurs communs aux constructions immobilières et aux responsabilités spécifiques des constructeurs. Par ailleurs, le domaine de la construction intéresse aussi bien le droit public à travers notamment les règles d'urbanisme qui attribuent aux collectivités publiques la mission d'organiser l'occupation du sol, que le droit privé à la seule lumière duquel sera dirigée notre étude.

Historiquement, la garantie décennale est la première des garanties spécifiques mise originellement à la charge des architectes et des entrepreneurs. Depuis 1804, le texte fondateur de l'article 1792 du Code civil a connu des modifications importantes. À la genèse de la garantie décennale, se trouvait déjà l'idée que la solidité de l'édifice doit être éprouvée dans un laps de temps suffisamment long. L'article 1792 du Code civil était ainsi rédigé : « *Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les*

---

<sup>3</sup> Si la fonction d'architecte est assurément ancienne, elle a de tout temps souffert d'un manque de définition précise. L'*architektôn* a en tout état de cause toujours été attaché à la nébuleuse des gens du bâtiment, aux métiers traditionnels de la construction. Si de nos jours la fonction d'architecte constitue la figure privilégiée du maître d'œuvre, cela n'est dû en réalité qu'à une confusion sémantique ancienne. En effet, l'art de l'architecture a été consacré en 1671 grâce à la création de l'Académie royale d'architecture, celle-ci était composée par des architectes qui ne pouvaient exercer des fonctions d'entrepreneur en raison des règles d'incompatibilité des corporations avec d'autres qui le pouvaient. Ainsi, il existait une confusion sémantique par laquelle « l'architecte » désignait en fait l'entrepreneur. La séparation des deux professions est intervenue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avec le Code Guadet puis au début du XX<sup>e</sup> siècle avec la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes

<sup>4</sup> Pour une étude sur les activités de cette juridiction : R. Carvais, L'ébauche d'un droit du « travail » dans le secteur du bâtiment. La pratique de la juridiction de la maçonnerie à Paris aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. *In*: Le travail avant la révolution industrielle. *Actes du 127<sup>e</sup> Congrès national des sociétés historiques et scientifiques*, Nancy, 2002., Editions du CTHS, 2006. p. 15-33

<sup>5</sup> R. Carvais, préc.



*architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans* ». L'article 2270 du même Code disposait quant à lui : « *Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés* ».

Des auteurs ont pu soutenir que le premier de ces textes instituait une présomption de responsabilité lorsque le marché était à forfait, alors que l'article 2270 s'appliquait aux autres types de marchés, lesquels seraient soumis à un régime pour faute prouvée. La jurisprudence semblait favorable à cette analyse jusqu'au début de l'année 1978 marqué par l'établissement d'une présomption de responsabilité généralisée.

Avant cela, la modification intervenue par la loi du 3 janvier 1967 relative à l'obligation de garantie à raison des vices de la construction, ayant réécrit l'article 1792 du Code civil en supprimant la référence à un marché à forfait ne permettait pas de dégager avec certitude le régime de cette responsabilité<sup>6</sup>. Néanmoins, sous l'empire de cette loi déjà, la Cour de cassation a pu décider que l'article 1792 du Code civil posait une présomption de responsabilité qui ne pouvait être écartée que par la preuve d'une cause étrangère<sup>7</sup>.

C'est la loi du 4 janvier 1978 dite loi « *Spinetta* » qui est venue apporter la pierre finale à l'édifice du régime de responsabilité de la garantie décennale en allongeant davantage la liste des personnes tenues et en étendant également la liste des travaux garantis<sup>8</sup>. Plus encore, cette loi retirait à la garantie décennale son lien avec la notion de vice pour en faire une garantie dont la mise en œuvre dépendrait de la nature suffisamment grave du dommage décelé sur l'ouvrage, sans égard pour son origine. Depuis lors, le désordre décennal se définit alors sommairement comme celui qui, par sa nature particulièrement grave, conduit à une automaticité de la réparation. La présomption de responsabilité retenue par la jurisprudence à l'encontre des constructeurs, a finalement trouvé consécration par le législateur de 1978. Les articles 1792 et 1792-2 du Code civil qualifient désormais très clairement la responsabilité décennale de « plein droit » et de « présomption ». La Haute juridiction prenait dans un temps concomitant à celui de la loi « *Spinetta* », la direction d'une présomption de responsabilité généralisée<sup>9</sup>.

**2. Le système assurantiel soutenant la responsabilité décennale** – La nécessité de protéger l'accédant à la propriété a conduit le législateur à instituer un mécanisme d'assurance obligatoire en matière de responsabilité décennale. Des auteurs ont pu faire observer de façon

---

<sup>6</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

<sup>7</sup> Cass. civ. 3, 21 févr. 1979, n° 77-15.476, *Bull. civ.* III n° 46.

<sup>8</sup> Loi « *Spinetta* », n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

<sup>9</sup> Cass. civ. 3, 25 janv. 1978, n° 76-12.400, *Bull. civ.* III, n° 51.

avisée que la construction d'un immeuble peut être observée à la fois *in personam* et *in rem*. Dans le premier cas, la construction implique le concours de divers d'intervenants dont il convient d'assurer la responsabilité. D'un point de vue *in rem*, la construction entendue comme la chose construite ou à construire, nécessite d'être assurée en tant que telle contre d'éventuels désordres et ce, en dépit de l'absence de toute recherche d'identification de l'hypothétique responsable<sup>10</sup>.

Ainsi, afin d'assurer l'effectivité économique de la garantie légale, le législateur a mis en place un système assurantiel à double détention accompagnant la responsabilité décennale. Par ce mécanisme, l'assurance de chose dite « dommages-ouvrage » souscrite par le maître de l'ouvrage lui permettra d'obtenir le préfinancement du sinistre de construction qu'il aura subi, puis l'assurance de responsabilité contractée par les constructeurs supportera la charge définitive du sinistre. En cela se trouve l'originalité de l'assurance construction dans le cadre de laquelle un seul et même risque est assuré sous deux angles parallèles. La mise en œuvre de chaque assurance répond cependant à un ordre chronologique précis puisque dans un premier temps, l'assureur dommages-ouvrage indemnise le désordre soulevé, à charge pour lui de s'adresser dans un second temps à l'assurance du ou des constructeurs à qui est imputable la réalisation du désordre. Ce mécanisme à double détention est bénéfique pour le maître de l'ouvrage qui peut prétendre à une indemnisation rapide pour le désordre qu'il subit. En l'absence d'un tel système, l'enchevêtrement des multiples responsabilités correspondant aux divers maillons de la chaîne construction, aurait inévitablement conduit à repousser à l'excès le moment de l'indemnisation.

Ces dernières observations conduisent par ailleurs à analyser le domaine de la garantie décennale du double point de vue des acteurs en présence et de l'ouvrage lui-même.

**3. Les acteurs de la garantie décennale, débiteurs** – S'agissant des personnes concernées par la garantie décennale, le Code civil de 1804 soumettait la responsabilité décennale aux seuls architectes et entrepreneurs. La loi précitée du 3 janvier 1967<sup>11</sup> a ensuite assimilé à ces hommes de l'art toutes les personnes qui participent à la construction en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage avec le maître de l'ouvrage. Par la suite, la loi du 4 janvier 1978<sup>12</sup> a étendu la liste des débiteurs de la garantie décennale à des intervenants qu'elle répute constructeurs, qu'il s'agisse de vendeurs ou de mandataires. Cette loi a également établi la responsabilité solidaire du fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément

---

<sup>10</sup> Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 2014.

<sup>11</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 préc.

<sup>12</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 préc.

d'équipement, plus communément dénommé fabricant d'EPERS<sup>13</sup>. Ainsi, l'article 1792 -1 du Code civil prévoit : « *Est réputé constructeur de l'ouvrage : 1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ; 2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ; 3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage* ». À cette liste s'ajoutent une kyrielle d'autres intervenants réputés locateurs d'ouvrages. Les débiteurs de la garantie décennale forment ainsi un ensemble hétérogène qui s'est élargi au gré de l'évolution des techniques et des formes de construction.

**4. Le maître d'œuvre architecte** – La fonction de maîtrise d'œuvre ou de maître d'œuvre est incarnée par la personne physique ou morale sélectionnée par le maître d'ouvrage pour mener la conduite opérationnelle des travaux en termes de coûts, de délais et de choix techniques. Le maître d'œuvre se voit alors confier les missions de concevoir un projet de construction neuve ou de rénovation, de préparer et diriger des marchés de travaux à réaliser avec les entrepreneurs, de contrôler le paiement des travaux ou encore d'assister son client lors de la réception des ouvrages.

La loi du 3 janvier 1977<sup>14</sup> suivie par les décrets de la loi MOP du 29 novembre 1993<sup>15</sup>, attribue à l'architecte un rôle prééminent dans la fonction de maître d'œuvre. Ainsi, le maître d'œuvre est désormais incarné en droit privé par la figure de l'architecte même s'il existe d'autres maîtres d'œuvre. La notion est liée aux fonctions que le maître d'œuvre est susceptible de remplir et dont la liste apparaît dans le Code des devoirs de l'architecte<sup>16</sup>. Au-delà de l'architecte, la maîtrise d'œuvre peut être confiée à d'autres personnes comme les ingénieurs spécialisés dont l'intervention est désormais inévitable au regard de l'évolution des techniques de construction.

**5. La responsabilité décennale de l'entrepreneur, un écho à son savoir-faire** – Les professionnels du bâtiment ont longtemps conservé leur liberté de s'installer comme ils l'entendaient en application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie institué par

---

<sup>13</sup> Éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire.

<sup>14</sup> Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

<sup>15</sup> Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « *loi MOP* ».

<sup>16</sup> Le Code des devoirs des architectes a été institué par le décret n°80-217 du 20 mars 1980 portant code des devoirs professionnels des architectes.

le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791<sup>17</sup> et confirmé par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791<sup>18</sup>. C'est à partir de la loi du 5 juillet 1996 relative au développement du commerce et de l'artisanat<sup>19</sup> que le législateur subordonna l'exercice des métiers du bâtiment à la justification d'un savoir-faire, peu importe à cet égard le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise. Le champ d'application de cette loi se veut très large, il s'étend à : la construction, l'entretien et la réparation des bâtiments, aux métiers de gros œuvre, de second œuvre et de finition des bâtiments, à la mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et équipement utilisant les fluides, ainsi que les matériels et équipements destinés à l'alimentation au gaz, au chauffage des immeubles et installations électriques, aux métiers de plombier, de chauffagiste, d'électricien, de climaticien et d'installateur de réseaux d'eau, de gaz ou d'électricité.

De façon générique, l'entrepreneur est le professionnel chargé de la réalisation matérielle des travaux dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage. Le maître de l'ouvrage choisit soit de conclure divers contrats avec les différents corps de métier auquel cas les entrepreneurs sont entre eux, des tiers, des co-traitants ; soit de conclure un contrat unique avec une entreprise générale qui exécute l'ensemble des travaux d'édification de la construction projetée. L'entreprise générale effectue alors les travaux relevant de son activité habituelle et conclut des marchés de sous-traitance avec les entrepreneurs compétents pour les autres corps de métier.

**Les vendeurs réputés constructeurs** – La catégorie des vendeurs réputés constructeurs est constituée par les vendeurs d'immeuble à construire, les vendeurs d'immeubles achevés, et depuis la loi du 13 juillet 2006, les vendeurs d'immeubles à rénover<sup>20</sup>.

**6. Le vendeur d'immeuble à construire** – L'article 1601-1 du Code civil définit la vente d'immeuble à construire comme l'acte par lequel le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par contrat. La vente peut être conclue à terme ou en état futur d'achèvement. Bien que ne figurant pas sur la liste de l'article 1792-1 du Code civil, le vendeur d'immeuble à construire n'en est pas moins soumis, à l'égard des acquéreurs, à la garantie décennale dont il bénéficie par ailleurs lui-même en qualité de maître de l'ouvrage, de la part des constructeurs. Cette règle a, par la loi du 3 janvier 1967, été intégrée au sein

---

<sup>17</sup> Loi des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

<sup>18</sup> Décret du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « *Loi Le Chapelier* ».

<sup>19</sup> Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

<sup>20</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 d'engagement national pour le logement, dite « *loi ENL* ».

l'article 1646-1 du Code civil<sup>21</sup>. Par la suite, la loi du 4 janvier 1978 a adapté cette dernière disposition à la nouvelle rédaction des articles 1792 et suivants du même code : « *Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2, et 1792-3 du présent code* »<sup>22</sup>. Conformément à ce texte, ces garanties courent du jour de la réception, non du jour de la vente. Par ailleurs, le vendeur d'immeuble à construire est responsable, comme un constructeur, des dommages intermédiaires sur le fondement de sa faute prouvée<sup>23</sup>.

**7. Une catégorie particulière : le vendeur d'immeuble en l'état futur d'achèvement** – L'article 1601-1, alinéa 2 du Code civil prévoit que la vente d'immeuble à construire peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement (VEFA). Dans le secteur protégé, le contrat revêt impérativement l'une ou l'autre de ces formes. Dans le secteur libre en revanche, les parties peuvent opter pour d'autres variantes<sup>24</sup>.

La VEFA se définit d'après l'article 1601-3 du Code civil comme : « *Le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux* ».

La vente est dite en état futur d'achèvement lorsque l'acheteur acquiert les droits sur le sol, ainsi que la propriété des constructions existantes à la conclusion du contrat et devient propriétaire de l'immeuble construit, par accession, au fur et à mesure de l'avancée des travaux conformément à la théorie de l'accession. La VEFA organise donc un transfert de propriété au fur et à mesure des travaux et un paiement fractionné du prix. L'article 1601-3 du Code civil prévoit plus largement que le vendeur transfère immédiatement ses droits sur le sol. Le vendeur peut également céder son droit de construire provenant d'un bail à construction, d'un bail emphytéotique ou d'une concession immobilière. Dans ces hypothèses, la vente ne porte pas

---

<sup>21</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 préc.

<sup>22</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 préc.

<sup>23</sup> Cass. civ. 3, 13 févr. 2013, n°11-28.376, *Bull. civ.* III, n°21 ; *RDI* 2013.329.

<sup>24</sup> La distinction entre secteur libre et secteur protégé est largement reprise dans la littérature du droit de la construction. Elle repose sur l'usage auquel est destiné la construction. Le secteur protégé correspond au contrat dont l'objet est la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou à un usage mixte, tandis que le secteur libre concerne les immeubles à usage professionnel. Les contrats conclus dans le cadre du secteur protégés sont soumis à un ordre public de protection lorsque ceux du secteur libre sont gouvernés par le droit commun des contrats et sont plus conciliants de ce fait à l'égard de la liberté contractuelle.

sur le sol lui-même mais le vendeur ne cède que son droit réel immobilier. L'acquéreur devient propriétaire des constructions existantes et de celles à venir sans détenir de titre de propriété sur le terrain ce qui est source d'insécurité juridique s'il n'est pas prévu une renonciation définitive du propriétaire du tréfonds à l'accession immobilière<sup>25</sup>.

L'alinéa 2 de l'article précité dispose : « *le vendeur conserve les pouvoirs du maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* ». Cette précision du Code civil permet au vendeur de mener à bien sa mission et d'empêcher que l'acquéreur ne s'immisce dans la construction. Elle s'applique aussi lorsque les acquéreurs ont pris possession des locaux avant la réception des travaux<sup>26</sup>. Cette règle induit également que tant que la réception des travaux n'est pas intervenue ou que les réserves n'ont pas été levées, l'acquéreur ne pourra intervenir intempestivement dans le déroulement du chantier ni demander au juge l'autorisation de procéder à certains travaux.

**8. L'hypothèse de la vente à terme** – En pratique, la vente à terme est peu utilisée. Elle se définit comme une vente d'immeuble à construire dont les effets se produisent à l'achèvement de l'immeuble. Dès lors, l'achèvement de l'immeuble à construire provoque les effets essentiels du contrat que sont le transfert de propriété, la livraison et le paiement du prix. L'achèvement correspond à l'aptitude de l'immeuble à remplir sa destination ; il se distingue du parachèvement qui concerne un ouvrage fini. Pour appréhender la notion d'achèvement, il convient de tenir compte de l'usage normal de l'immeuble.

**9. Le vendeur d'immeuble à rénover** – La vente d'immeuble à rénover concerne la vente globale d'un bâtiment existant et des travaux relatifs à sa rénovation, à un acquéreur qui verse le prix par fractions, au fur et à mesure des interventions. On remarque d'emblée la ressemblance avec la VEFA, cette proximité s'illustre aussi par l'acronyme employé en pratique : VEFR. La loi Engagement national pour le logement (ENL) du 13 juillet 2006<sup>27</sup> a apporté des précisions quant aux règles applicables en la matière. Malgré cet apport, la lourdeur du régime n'en fait pas un contrat prisé par la pratique. La loi ENL instituant la vente d'immeuble à rénover ne s'applique qu'aux immeubles à usage d'habitation et à usage mixte. Ainsi, l'article L. 262-1 du nouveau Code de la construction et de l'habitation prévoit que « *les travaux d'agrandissement ou de reconstruction complète de l'immeuble, assimilables à une*

---

<sup>25</sup> M. Thioye, La VEFA, une bombe à retardement?, *Droit et ville*, Institut des études juridiques de l'urbanisme et de la construction, n° 75, 2013.

<sup>26</sup> Cass. civ. 3, 22 nov. 1989, n° 88-13.683, *Bull. civ.* III, n° 218, *RDI* 1990 p. 500.

<sup>27</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 d'engagement national pour le logement, dite « *loi ENL* ».

*reconstruction* », ne font pas partie de la catégorie des immeubles à rénover, ce qui suggère qu'ils relèvent de la vente d'immeuble à construire. L'article L. 262-2 du même code poursuit en prévoyant que le rénovateur est soumis à la responsabilité décennale et biennale pour les travaux de rénovation, à l'exclusion des désordres affectant les existants, si ces travaux peuvent constituer des ouvrages au sens de l'article 1792 et suivants du Code civil.

**10. L'application de la garantie décennale au vendeur d'immeuble après achèvement** – L'article 1792-1, 2° du Code civil qualifie de constructeur « *toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire* ». Cet article, issu de la loi du 4 janvier 1978 a ainsi mis fin à la différence de traitement qui existait entre le vendeur d'immeuble à construire qui était tenu de la garantie décennale et les vendeurs « clés en main » qui pouvaient construire et commercialiser sans être soumis à la garantie décennale.

**11. Les raisons de l'application de la garantie au fabricant d'EPERS** – Le fabricant d'éléments pouvant entraîner une responsabilité solidaire (EPERS) est soumis à la garantie décennale des constructeurs par l'article 1792-4 du Code civil.

Cette application de l'article 1792-4 du Code civil au fabricant interpelle dans la mesure où le fabricant n'est pas censé être un locateur d'ouvrage, n'a aucun contact direct avec le maître de l'ouvrage et n'opère pas sur le chantier mais produit les éléments en usine. En tout état de cause, la responsabilité décennale trouve à s'appliquer si l'on se trouve : « *en présence d'un ouvrage, partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement ; conçu ou produit pour satisfaire à des exigences précises déterminées en avance ; par un fabricant ou un importateur d'un produit de construction ou d'une personne ayant présenté le bien comme son œuvre ; mis en œuvre d'après les instructions du fabricant et sans modification de la part du poseur ; par un intervenant, lui-même soumis à la décennale, c'est-à-dire par une personne dans les liens d'un contrat de louage d'ouvrage avec le bénéficiaire de la garantie* ». La formulation de cet article semble manifester une volonté d'étendre au maximum le champ des responsables pour que le maître d'ouvrage soit toujours assuré de trouver un garant. Néanmoins, la responsabilité du fabricant ne peut être engagée qu'à la condition que le locateur d'ouvrage ait mis en œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'élément d'équipement considéré. L'article 1792-4 du Code civil est donc inapplicable si le produit a été mis en œuvre directement par le maître d'ouvrage et non par un locateur d'ouvrage<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. civ. 3, 13 nov. 2003, n° 02-15.367, *Bull. civ.* III n° 192, *RDI*. 2004, p. 129.

**12. Les nouveaux locateurs d'ouvrage** – Le progrès de la technique aidant, l'apparition de nouvelles techniques de construction accompagnée parfois de nouvelles professions, nécessitait une adaptation des textes. C'est ainsi que la responsabilité décennale s'applique à une série d'intervenants répondant à des missions de coordination, de contrôle, ou encore d'assistance et de conseil. Ainsi, il arrive que l'ampleur d'un chantier conduise le maître d'ouvrage à adresser à un entrepreneur une mission de pilotage et de coordination du chantier afin de diriger l'action des corps de métiers. L'objet de la mission du coordonnateur de travaux est d'« *harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux* », comme le définit l'arrêté du 21 décembre 1993 en application de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985<sup>29</sup>. La mise en œuvre de la garantie décennale à son encontre sera vraisemblablement fonction de l'étendue de sa mission. S'il s'agit d'une mission d'organisation, sans participation technique, il n'est pas assujéti à la garantie ; s'il est au contraire, à la tête d'une mission également technique, la garantie décennale aurait vocation à s'appliquer<sup>30</sup>.

Parmi les nouveaux locateurs d'ouvrage soumis à la garantie légale, on trouve également le promoteur immobilier. Suivant la définition dégagée par la Fédération Nationale des Promoteurs-constructeurs, le promoteur est : « *celui dont la profession est de prendre, de façon habituelle, l'initiative de réalisation immobilière et d'assumer la responsabilité de la coordination des opérations intervenant pour l'étude, l'exécution et la mise à disposition des usagers des programmes à réaliser* ». Le promoteur peut être dit de droit, lorsqu'il conclut un contrat de promotion immobilière, il est alors assujéti à la garantie décennale par l'article 1831- 1 du Code civil. Il peut tout aussi bien être un promoteur de fait s'il a pris l'initiative et le soin principal d'une opération de construction immobilière, en dehors d'un contrat de promotion immobilière. Dans ce dernier cas, il n'est pas un constructeur au sens de l'article 1792 du Code civil mais il reste tenu à une obligation de livrer des locaux conformes aux règles de l'art et affranchis de vice.

Du point de vue des missions de contrôle, l'article L. 125-2 du Code de la construction et de l'habitation soumet le contrôleur technique aux textes gouvernant la garantie décennale des constructeurs dans la limite de la mission contractuelle qui lui a été confiée par le maître de l'ouvrage. L'assistance à maîtrise d'ouvrage de même que les techniciens d'étude ne sont par ailleurs pas en reste, dans la mesure où la responsabilité décennale de ces intervenants est

---

<sup>29</sup> Loi MOP préc.

<sup>30</sup> Ph. Malinvaud, La mission d'OPC n'inclut pas la surveillance de l'exécution, *RDI* 2004, p.125



rendue possible par l'article 1792-1 du Code civil, lequel, par sa formulation libérale, permet de rechercher la responsabilité de tout intervenant à l'acte de construire.

Ce faisant, il n'est pas étonnant que la recherche constante de potentiels responsables ait conduit la jurisprudence à écarter la responsabilité décennale de certains acteurs du chantier de construction. En effet, la question de la responsabilité décennale s'est posée en de termes différents pour d'autres intervenants. Le sous-traitant est ainsi exclu de la liste des débiteurs de la garantie en l'absence de lien contractuel direct avec le maître de l'ouvrage<sup>31</sup>. Un tel raisonnement conduirait à exclure *ipso facto* une autre figure capitale du contentieux du désordre décennal futur et évolutif qu'est l'expert construction. Pour autant, exclure toute idée de responsabilité de l'expert détonne avec le rôle capital joué par ce dernier. En effet, il revêt une importance telle en matière de garantie décennale, que l'issue d'un procès est bien souvent tributaire de ses constatations. Il s'ensuit la nécessité de s'interroger sur la nature d'une éventuelle responsabilité qui pèserait sur lui.

**13. Bénéficiaires de la garantie** – Du point de vue des bénéficiaires de la garantie à présent, le maître de l'ouvrage apparaît comme le terme générique désignant celui qui fait construire l'immeuble. De façon plus précise, il est défini au sens de l'article 1792 du Code civil, comme celui qui, étant propriétaire du terrain ou titulaire du droit construire, commande la réalisation de l'ouvrage. Dès lors, le maître de l'ouvrage n'est pas nécessairement le propriétaire originaire du sol, le preneur disposant d'un droit de construire sur le sol au titre d'un bail à construction ou d'un bail emphytéotique et qui en devient propriétaire, est aussi considéré comme maître de l'ouvrage. Certaines situations apparaissent plus singulières, tel est le cas du vendeur en état futur d'achèvement ou du vendeur d'immeuble à construire, lesquels portent une double casquette. Ils sont en effet non seulement réputés constructeurs, mais répondent à la qualité de maître d'ouvrage durant les opérations de construction. Cela emportera des conséquences s'agissant de la nature du recours dont ils disposeront à l'encontre des locataires d'ouvrage pour le cas où ils auraient été condamnés à garantir les acquéreurs. Par ailleurs, il est admis que la cession de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage à un acquéreur emporte également le transfert de l'action en garantie décennale. Les désordres futurs et évolutifs s'inscrivant par essence dans un temps long, conduisent à s'interroger sur ce qu'il adviendra de l'action en réparation lorsque l'ouvrage sera transmis à plusieurs acquéreurs successifs. La définition de cet ouvrage n'a par ailleurs pas été sans poser quelques difficultés.

---

<sup>31</sup> M. Thioye, Le contrat de « sous-traitance » dans le domaine de la construction immobilière, Sécuriser la sous-traitance, *Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole*, Collection des actes de colloques de l'IFR, 2019.

**14. L'ouvrage de la garantie décennale** – L'article 1792 du Code civil prévoit « *Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». Indépendamment du cas particulier de la vente après achèvement, la garantie décennale suppose un contrat dont l'objet est la réalisation d'un ouvrage. Bien qu'il existe une multitude de contrats permettant la construction d'un ouvrage<sup>32</sup>, le louage d'ouvrage, encore appelé contrat d'entreprise, incarne le contrat de droit commun des constructeurs. Cela s'explique non seulement par le fait que la garantie bienno- décennale et la garantie de parfait achèvement sont appréhendées par le Code civil au sein du titre VIII « *Du contrat de louage* » du livre troisième intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert le propriété* », mais aussi car il constitue l'instrument contractuel le plus général du secteur de la construction immobilière<sup>33</sup>. Ainsi, envisagé plus précisément à la section III « *Des devis et des marchés* » du chapitre précité, le contrat de louage d'ouvrage concerne les opérations par lesquelles une personne confie à une autre la mission d'accomplir un travail matériel ou intellectuel contre une rémunération. Il s'agit alors du contrat par lequel le maître de l'ouvrage charge un entrepreneur de réaliser un ouvrage, en toute indépendance et en convenant d'une rémunération. En tout état de cause, le contrat envisagé par les parties porte nécessairement dans le cadre de la garantie décennale, sur la réalisation d'un ouvrage, toutefois le Code civil ne donne aucune définition précise de ce dernier. Une certitude émerge cependant, celle qui consiste à dépasser le clivage entre menu et gros ouvrages. En effet, alors que la loi de 1967 reposait sur une distinction entre ces deux aspects de l'ouvrage, le législateur de 1978 a initié une sorte « d'universalité » en admettant que la responsabilité décennale a vocation à s'appliquer indépendamment du siège du désordre<sup>34</sup>. Le sens commun de l'ouvrage implique le travail de l'homme, le « *produit du travail de l'artisan ou de l'artiste* »<sup>35</sup>. L'ouvrage de construction au sens juridique, est entendu comme « *un terme générique englobant non seulement les bâtiments, mais tous les édifices et plus généralement toute espèce de construction, tout élément concourant à la constitution d'un édifice, par opposition aux*

---

<sup>32</sup> Divers modèles contractuels plus ciblés existent en effet : le contrat de construction de maison individuelle, le contrat de vente d'immeuble à construire, à rénover, le contrat de promotion immobilière ou encore le bail à construction.

<sup>33</sup> C'est d'ailleurs pourquoi des textes spéciaux sont requis pour en étendre l'application, comme par exemple le font les articles 1641-1 du Code civil pour la vente d'immeuble à construire, ou encore l'article 1831-1 du même code pour le contrat de promotion immobilière.

<sup>34</sup> C. Charbonneau, Les responsabilités spécifiques des constructeurs, in , J.-P. Tricoire, *Le droit de la promotion immobilière 50 ans après la loi du 3 janvier 1967*, Dalloz, Thèmes et commentaires, sept. 2017.

<sup>35</sup> Grand Larousse, Broché, éd. 2022.

*éléments d'équipement* »<sup>36</sup>. Le législateur de 1978, a substitué le terme d'ouvrage à celui d'édifice, ce qui eut pour conséquence d'étendre le champ de la garantie décennale. Désormais, la notion d'ouvrage englobe des constructions qui autrefois, étaient exclues du bénéfice de la garantie légale comme les travaux de génie civil. Ces derniers sont des ouvrages dans la mesure où ils tendent à la réalisation ou à la modification d'un immeuble. En effet, le critère constant de qualification d'un ouvrage est que celui-ci est nécessairement de nature immobilière. En cela, le droit de la construction emploie les classifications existantes en droit des biens<sup>37</sup>. L'article 517 du Code civil dispose « *les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent* ». Traditionnellement, l'immeuble par nature est ainsi qualifié lorsqu'il ne peut pas être déplacé, il s'agit du sol, et de ce qui s'y incorpore. L'immeuble par destination quant à lui est, conformément à l'article 524 du Code civil, celui qui, meuble par nature, perd son caractère mobilier parce qu'il est l'accessoire d'un immeuble et ce, soit par son affectation au fonds, soit par l'attache à perpétuelle demeure. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement en quoi ces effets mobiliers ne peuvent pas être enlevés sans détérioration pour pouvoir justifier la qualité d'immeuble par destination.

Ainsi, la responsabilité décennale porte sur un ouvrage entendu en un sens large, dont elle va garantir la pérennité au maître de l'ouvrage, les deux expressions de responsabilité et de garantie seront de ce fait indistinctement employées. Les désordres affectant cet ouvrage et couverts par la garantie décennale, présentent une spécificité dans la mesure où ils doivent atteindre une certaine gravité pour pouvoir prétendre actionner la réparation. Par ailleurs, le moment de réception de cet ouvrage revêt une haute importance dont il faut ici se saisir. Souvent décrite comme la « clé de voûte », la pierre angulaire de tout le système de la responsabilité des constructeurs, la réception connaît une importance primordiale en ce qu'elle marque à la fois une rupture et un point de départ. Elle est en effet le marqueur de l'ouverture des garanties légales de même qu'elle rompt le cours de l'exécution contractuelle. C'est aussi lors de la réception que s'apprécie le caractère caché ou apparent du désordre de construction, dont dépendra l'ouverture de la réparation, seuls les désordres cachés à la réception permettant effectivement le bénéfice de la garantie décennale. Notons néanmoins d'emblée que s'agissant du dommage futur, même si ses premiers signaux étaient apparents au moment de la réception, cela n'empêche pas la mise en œuvre de la garantie légale si le dommage ne déploie sa gravité dans toute son ampleur que postérieurement à celle-ci.

---

<sup>36</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13<sup>e</sup> éd. 2020.

<sup>37</sup> M. Thioye, Un bien-construction : l'ouvrage (une chose appropriée au confluent du droit des biens et du droit de la construction), Mélanges en l'honneur du Professeur Deen Gibirila, *Presses Université Toulouse 1*, 2021.

**15. La réception de l'ouvrage conditionnant la prise en compte ultérieure des désordres futurs et évolutifs** – La réception a longtemps souffert d'un manque de définition précise. Le Code civil de 1804 évoque en filigrane la réception dans ses articles 1788 et 1790. Ces derniers disposaient respectivement : « *Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* » ; « *Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière* ». Ces dispositions faisant une allusion lointaine et circonstancielle à la notion de réception ne permettaient nullement d'en tirer une définition. Plus tard, la loi de 1967 ne fournissait pas d'avantage d'éléments qualifiant la réception à proprement dite, bien que des précisions intéressant les effets de la réception aient été apportées<sup>38</sup>. Ainsi, les articles 1646-1 et suivants du Code civil précisaient que la réception constituait l'évènement déclencheur des garanties mises à la charge du vendeur d'immeuble à construire de même qu'elle marquait la fin des pouvoirs du vendeur d'immeuble dans l'opération de construction. Face à la carence définitionnelle dont souffrait la notion de réception, la jurisprudence en a tracé les contours impulsant ainsi sa future consécration légale<sup>39</sup>.

En 1974, la Cour de cassation décidait que « *la réception ne consiste pas seulement dans la livraison de l'ouvrage mais aussi, dans l'approbation par le maître de l'ouvrage du travail exécuté* »<sup>40</sup>. L'état de la jurisprudence d'alors, tendait à qualifier la réception d'acte juridique. Cette qualification issue de la pratique judiciaire n'était pas exempte de critiques doctrinales lui préférant la qualification de fait juridique. Pour les tenants de cette théorie, la réception devrait être regardée comme « l'envers » de la livraison. Autrement dit, la réception ne constituerait que la délivrance de l'immeuble telle qu'elle résulte du contrat d'entreprise. En ce sens, Monsieur BOUBLI, tout en admettant que l'article 1792-6 du Code civil met un terme à la controverse portant sur la nature juridique de la réception, soulève que « *la réception n'a aucun effet extinctif, puisque le contrat n'est pas achevé à sa date* », et ajoute que, « *la réception n'est probablement aujourd'hui que le constat d'un certain état d'avancement des travaux qui permet de faire courir les garanties légales* »<sup>41</sup>. Les défenseurs de la vision d'une réception

---

<sup>38</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 préc.

<sup>39</sup> J. Kabori, *La réception de l'ouvrage en droit de la construction*, thèse, Toulouse, 2018.

<sup>40</sup> Cass. civ. 3, 8 oct. 1974, 73-12.347, *Bull. civ.* III n° 337.

<sup>41</sup> Ph. Malinvaud, B. Boulbi, Conditions de la réception judiciaire des travaux, *RDI* 1993, p. 511 ; J.-L. Praud, Requalifier la réception des travaux, *RDI* 2016 p. 259.

constitutive d'un fait juridique dénie l'existence d'une volonté particulière émanant du maître de l'ouvrage lorsqu'il reçoit le bien. Mais cette position n'emporte pas l'approbation de la majorité des interprètes ni celle du législateur qui est venu consacrer la qualification jurisprudentielle de la réception. La loi du 4 janvier 1978 la définit dans le nouvel article 1792-6 du Code civil comme « *l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement* ». Sous l'impulsion de la pratique et de la jurisprudence, le législateur de 1978 consacre la nature juridique de la réception en la qualifiant d'acte juridique. Monsieur REYNAUD a vu en cela une consécration conférant « *à l'acte juridique ses lettres de noblesse* »<sup>42</sup>. Il apparaît alors qu'en tant qu'acte juridique, de surcroît unilatéral, la réception doit répondre à des exigences de forme afin d'acquiescer sa force probante. Si cette affirmation semble être marquée au coin du bon sens le plus absolu, elle n'est pas dépourvue de difficultés d'application notamment au regard de la pratique courante des réceptions tacites. Aussi, les conditions consubstantielles à la nature de la réception intéressent au premier chef la forme de la réception réalisée par le maître de l'ouvrage. La volonté de ce dernier s'exprime contradictoirement au regard des travaux menés par les constructeurs ou réputés comme tels, lesquels ne sont alors pas totalement étrangers au « droit de la réception ».

**16. La réception, point de départ de la garantie décennale** – Les responsabilités et garanties des constructeurs sont très nombreuses. Au fil du Code civil on rencontre la responsabilité contractuelle des articles 1231 et suivants, les responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle des articles 1240 et suivants, la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6<sup>43</sup>, ou encore la garantie « bienno-décennale »<sup>44</sup> des articles 1792 et suivants. On trouve également

---

<sup>42</sup> J. Reynaud, La réception des travaux en droit de la construction, *Rev. Droit et ville*, 1981, n° 13.

<sup>43</sup> La garantie de parfait achèvement a pour objet de réparer non seulement les désordres réservés lors de la réception, mais aussi ceux signalés postérieurement par voie de notification écrite. De ce fait, elle revêt une nature hybride, elle est aussi bien une garantie des défauts cachés, qu'une garantie de bonne fin des travaux. Sa durée est d'un an à compter de la réception et concerne tous les désordres de la construction, quelle que soit leur gravité. Peu importe par ailleurs que le désordre affecte un élément d'équipement dissociable ou indissociable, ou encore un élément d'équipement de l'ouvrage. Cette garantie incombe exclusivement à l'entrepreneur ayant pris en charge les travaux.

<sup>44</sup> L'expression de « garantie bienno-décennale » souvent employée, laisse sous-entendre une uniformité des régimes applicables. Pour autant, la dualité des garanties est avérée. Leur domaine d'application et leur durée diffèrent ; leur distinction repose également sur le plan de l'assurance puisque seule la garantie décennale est couverte par une assurance de responsabilité obligatoire. La garantie biennale prévue à l'article 1792-3 du Code civil, concerne les éléments d'équipement d'un bâtiment qui ne relèvent pas de la décennale. L'équipement souffrant d'un désordre biennal doit nécessairement être dissociable des ouvrages de structure définis par l'article 1792-2 du Code civil. L'équipement doit donc pouvoir être déplacé ou retiré pour être réparé ou remplacé, sans que cela ne détériore le support.

dans le Code de la construction et de l'habitation, la garantie des vices et défauts de conformité apparents du vendeur d'immeuble à rénover. La réception constitue alors le point culminant à partir duquel les garanties légales des contrats de construction immobilière entrent en jeu et ne laissent qu'un rôle résiduel à la responsabilité contractuelle de droit commun, celle-ci ne s'appliquant alors plus qu'aux désordres dits « intermédiaires »<sup>45</sup>. Afin de valablement marquer le point de départ des garanties légales, la réception doit répondre à certaines conditions. La réception dépourvue de réserves implique que l'entrepreneur ait correctement exécuté ses obligations ou du moins, que le maître de l'ouvrage fait abstraction des désordres visibles, les considérant sans doute comme mineurs<sup>46</sup>. Ainsi, il est communément admis que la réception a un effet de purge en présence de vices ou de défauts de conformité apparents<sup>47</sup>. Le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage ayant ainsi donné *quitus* à l'entrepreneur, ne pourra plus prétendre à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, pas plus qu'aux garanties de parfait achèvement, biennale ou décennale. Pour avoir cet effet neutralisateur des diverses garanties, le désordre doit être apparent, autrement dit, manifeste au jour de la réception. Le désordre ne peut légitimement être méconnu par le maître de l'ouvrage tant il était exposé à la vue de tous au moment de la réception. Il a ainsi été jugé qu'une rampe d'accès à un garage de largeur insuffisante constituait un désordre apparent,<sup>48</sup> de même que le constat d'un parking inondé le jour de la réception conduit à l'évidence de son caractère inondable<sup>49</sup>. Compte tenu des lourdes conséquences juridiques qu'entraîne la réception des désordres apparents, la Cour de cassation opère un contrôle de cette apparence en fonction d'une part, du désordre lui-même, et d'autre part, de la personne du maître de l'ouvrage.

Du point de vue du désordre, ce dernier doit être perceptible dans son entièreté afin d'être couvert par la réception. Ainsi le désordre réservé qui ne se révèle dans toute son ampleur que postérieurement à la réception, peut voir la garantie décennale lui être appliquée. La

---

<sup>45</sup> De manière sommaire à ce stade, on peut définir les désordres intermédiaires comme ceux qui n'ont pas la gravité requise pour entrer dans le champ de la garantie décennale, et qui n'entrent pas non plus dans le cadre de la garantie biennale réservée aux défauts de fonctionnement affectant les éléments d'équipement dissociables.

<sup>46</sup> En cas de réserves en revanche, leur présence à la réception a pour effet de maintenir le régime de la responsabilité contractuelle de droit commun en ce qui concerne les désordres constatés. La Cour de cassation a décidé que des désordres réservés mais non réparés relevaient de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'architecte et de l'entrepreneur laquelle subsiste « concurremment avec la garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur ». Cass. Civ. 3, 13 déc. 1995, n° 92-11.637, *Bull. civ.* III, n° 255, *RDI* 1996 p. 223. Il apparaît alors que les désordres réservés peuvent faire l'objet d'une réparation fondée soit sur la garantie de parfait achèvement, soit sur la responsabilité contractuelle de droit commun. En effet, ni la réception, ni le refus d'exécuter les travaux au titre de la garantie de parfait achèvement, ne libère l'entrepreneur de son obligation contractuelle pour les désordres réservés ou notifiés postérieurement à la réception.

<sup>47</sup> Cass. civ. 3, 1<sup>er</sup> févr. 1984, *RDI* 1984, p. 314, obs. P. Malinvaud et B. Boulbi.

<sup>48</sup> Cass. civ. 3, 30 juin 1998, n° 96-11.883.

<sup>49</sup> Cass. civ. 3, 6 nov. 1996, 94-17.811.

solution s'applique également en l'absence de réserve, la jurisprudence ayant admis très tôt que « *la garantie décennale s'applique lorsque l'influence des vices apparents lors de la réception ne s'est révélée évidente qu'après celle-ci* »<sup>50</sup>.

Du point de vue de la personne du maître de l'ouvrage à présent, le caractère apparent est apprécié en fonction de ses compétences personnelles et de sa capacité à relever l'existence des désordres. Ainsi, il a été jugé que le maître de l'ouvrage n'est pas engagé lorsqu'il a délégué la réception au maître d'œuvre.<sup>51</sup> De plus, la Haute juridiction impose aux juges du fond de contrôler la réalité de la volonté du maître de l'ouvrage de recevoir l'immeuble malgré la présence de désordres apparents. Il a par exemple été jugé que le refus de l'entrepreneur de voir figurer des réserves sur le procès-verbal de réception, empêchait de caractériser l'acceptation de l'ouvrage et ne permettait pas de mettre en œuvre l'effet de purge d'une réception sans réserves<sup>52</sup>.

Si le législateur a fait le choix d'une formulation quelque peu alambiquée de l'article 1792-6 du Code civil, il ressort néanmoins de ce texte que la volonté du maître de l'ouvrage quant à la réception, est l'élément central de cette dernière. La réalité de cette volonté commise à l'acte de réception revêt une importance majeure dont la jurisprudence est la gardienne. Celle-ci vérifie alors le caractère non équivoque de la volonté exprimée par le maître de l'ouvrage sans pour autant fixer un formalisme figé applicable à la réception. A ce stade, il convient de préciser que la nécessité d'un écrit au titre de la force probante ne doit pas être confondue avec l'exigence d'expression d'une volonté pour la validité de la réception. Concernant la réception, l'acte doit être admis comme le *negotium* et non pas comme l'*instrumentum*, ce dernier étant alors davantage du ressort du contrat de louage d'ouvrage conclu préalablement. Monsieur CASTON soulevait ainsi à propos de la réception : « *On pourrait alors, nous semble-t-il, la définir comme la manifestation de volonté, éventuellement tacite, du maître de l'ouvrage qui traduit son intention d'accepter les travaux, afin que s'ouvre le délai d'épreuve des articles 1792 et 2270 du Code civil* »<sup>53</sup>.

Il apparaît que l'expression de la volonté n'est observée qu'à l'égard du maître de l'ouvrage à l'exclusion de toute considération pour celle du constructeur, ce qui correspond bien à la nature d'acte juridique unilatéral conférée à la réception. En ce sens, Madame BERTOLASO soulevait à propos du mécanisme de la réception tacite « *Aucun rôle n'est donc*

---

<sup>50</sup> Cass. civ. 3, 27 avr. 1977, n° 75-14.806, *Bull. civ.* III, n° 178.

<sup>51</sup> Cass. civ. 3, 17 nov. 1993, n° 92-11.026, *Bull. civ.* III, n° 146, *RDI* 1994. 53 et 252, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

<sup>52</sup> Cass. civ. 3, 1<sup>er</sup> déc. 1993, n° 92-11.822, *Bull. civ.* III, n° 1555, *Gaz. Pal.* 1994, I, p. 70.

<sup>53</sup> A. Caston, *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8<sup>e</sup>éd., 2018.

dévolu aux constructeurs qui, de facto, n'ont pas systématiquement été placés en situation de débattre des conditions de la réception avec ou sans réserve »<sup>54</sup>. Toutefois, la volonté du constructeur n'est pas inéluctablement réduite au silence puisqu'elle peut s'exprimer à travers une définition conventionnelle de la réception. En effet, en vertu du principe de liberté contractuelle, il est admis que les parties aient le pouvoir de définir par convention les termes de la réception. En suivant le droit commun des contrats, les parties peuvent décider des modalités de réception qui trouveront l'appui de l'article 1103 du Code civil en cas de contentieux<sup>55</sup>. À cet égard, il est très étonnant d'observer la mansuétude dont fait preuve la jurisprudence lorsqu'elle permet l'aménagement conventionnel de la réception à une date antérieure à celle du procès-verbal. En effet, comme le souligne avec pertinence Madame BERTOLASO<sup>56</sup>, si l'on peut concevoir qu'en l'absence d'une interdiction textuelle, une clause puisse modifier le délai de prescription de l'article article 1792-4-3 du Code civil, il est peu acceptable en revanche qu'une telle clause puisse concerner le délai de garantie décennale de l'article 1792-5 du même Code. Ce dernier prévoit : « Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite ». Or, lorsque les parties décident de retenir une date antérieure à celle du procès-verbal de réception, cela équivaut à réduire le délai permettant de solliciter la garantie légale et par voie de conséquence, à limiter la portée de la responsabilité des constructeurs. Néanmoins, de façon assez troublante, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel en ce qu'elle n'avait pas respecté la volonté des parties qui, d'un commun accord avaient arrêté la date de réception à une date antérieure au procès-verbal de réception<sup>57</sup>. Ainsi, il ressort de façon générale que la Haute juridiction adopte une posture permissive concernant les termes de la réception. Cette position libérale se retrouve également dans le cadre des modalités de la réception expresse comme dans celles d'une réception tacite.

**17. Modalités de la réception initiant le délai de la garantie décennale** – L'adjectif « expresse » pour qualifier la réception n'implique pas comme on pourrait le croire l'existence d'un formalisme spécifique même si la pratique fait usage des procès-verbaux de réception.

---

<sup>54</sup> S. Bertolaso, Responsabilité des constructeurs - La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable ?, *Constr. – Urb.*, Septembre 2013, étude 9.

<sup>55</sup> Article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>56</sup> S. Bertolaso, Responsabilité des constructeurs - La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable, préc.

<sup>57</sup> Cass. civ. 3, 26 juin 2002, n° 99-16.895.



D'un point de vue formel en effet, la Cour de cassation prévoit que la réception n'est soumise à « *aucun formalisme quelconque* »<sup>58</sup>. Là encore, la solution retenue par la Haute juridiction étonne dans la mesure où s'agissant d'un acte juridique, la réception devrait en toute logique répondre aux exigences du droit commun de la preuve par écrit. En réalité, nonobstant l'article L. 231-6 du CCH qui prévoit la réception par écrit dans les contrats de construction de maison individuelle, il s'avère que la réception expresse relève davantage de la casuistique que des règles de preuves de l'acte juridique. Il a par exemple été jugé que la volonté expresse de recevoir l'ouvrage était constituée par : un procès-verbal de réception renvoyant à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception visant les désordres réservés<sup>59</sup> ; un constat de réception des travaux porteur du tampon du lycée avec la signature de l'adjoint du proviseur<sup>60</sup> ou encore un document manuscrit nommé « visite de réception à la remise des clés de l'habitation » dépourvu d'observation par l'entrepreneur<sup>61</sup>. La lecture de ces décisions permet d'observer que la signature formelle d'un procès-verbal n'est pas requise pourvu que la participation aux opérations de réception du constructeur non signataire est indéniable.

Du point de vue de la réception tacite à présent, elle présente un avantage sérieux pour le maître de l'ouvrage qui, au cours d'un contentieux, a tout intérêt à en demander la constatation à titre incident afin de pouvoir déclencher les garanties légales. S'agissant du constructeur, la réception tacite lui permet d'invoquer le caractère apparent d'un désordre non réservé par le maître de l'ouvrage et plus encore, de soulever la prescription de l'action en responsabilité décennale dont il fait l'objet.

Dès lors que le législateur de 1978 a défini la réception comme l'acte par lequel le maître de l'ouvrage exprime sa volonté de recevoir l'immeuble tout en incluant la présence du constructeur dans un processus de réception contradictoire, est rapidement apparue la question du maintien de la réception tacite. Celle-ci existait auparavant dans la pratique et avait reçu l'aval de la jurisprudence. En effet, en l'absence de disposition légale définissant la réception, de même qu'en l'absence d'une réception expresse, le juge était contraint de se référer au comportement du maître de l'ouvrage afin de déterminer sa volonté de recevoir l'ouvrage. Plus encore, les parties pouvaient librement insérer une clause contractuelle prévoyant les modalités d'une réception tacite ou encore se référer à une norme<sup>62</sup>. Les cahiers types instituaient à cet

---

<sup>58</sup> Cass. civ. 3, 12 juin 1991, n° 90-10.692, *Bull. civ.* III, n° 166.

<sup>59</sup> Cass. civ. 3, 7 oct. 1998, n° 96-21.977.

<sup>60</sup> Cass. civ. 3, 11 févr. 2014, n°12-35.323.

<sup>61</sup> CA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 23 janv. 2006.

<sup>62</sup> G. Casu, Assurance décennale et réception tacite ... encore du nouveau !, *BJDA*, n° 63, Mai 2019, comm. 19.

égard la réception tacite et les normes AFNOR P 03 001 ont successivement organisé ce système.

L'intervention de la loi du 4 janvier 1978 semblait empêcher la réception tacite si bien que le maintien d'une jurisprudence favorable à cette possibilité relevait pour certains auteurs, d'une violation flagrante de la loi. Monsieur PÉRINET-MARQUET soulignait alors à propos des parlementaires, que ces derniers « *avaient manifestement souhaité rompre avec la possibilité de réception tacite admise jusque-là par la jurisprudence. Les travaux préparatoires en apportent une preuve convaincante* »<sup>63</sup>. En ce sens d'ailleurs, un amendement prévoyant les modalités d'une réception tacite a été écarté lors des travaux préparatoires<sup>64</sup>. Toutefois, comme le souligne très justement Madame NICOLAS<sup>65</sup>, on ne saurait extraire l'entière intention du législateur des seuls travaux préparatoires de la loi. A l'appui de sa démonstration, elle évoque Monsieur CAPITANT qui soulevait « *la supériorité de la loi sur le droit coutumier tient précisément à ce qu'elle est écrite. C'est diminuer cette supériorité que de tenter de l'éclairer par les discussions préliminaires. En résumé, l'interprétation des lois gagnerait en certitude, en autorité, si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires* ». S'il est vrai que les travaux préparatoires ne sauraient à eux seuls permettre de déterminer la volonté du législateur, le mutisme de celui-ci concernant le sort réservé à la réception tacite est lui, plus évocateur qu'il n'y paraît. D'une part, on peut légitimement avancer que si le législateur avait entendu exclure la pratique de la réception tacite, il l'aurait soit expressément écartée, soit consacré le caractère solennel de l'acte de réception comme il a pu le faire en matière de construction de maison individuelle<sup>66</sup>. En réalité, les opposants à l'existence de la réception tacite opèrent une confusion entre l'acte juridique et le mode de preuve qui y est attaché. Comme le souligne à juste raison Monsieur CASTON « *La rédaction d'un procès-verbal ne facilite que la preuve de l'acte de réception, mais elle ne conditionne nullement l'exercice de celui-ci ; la réception n'est pas encore un acte solennel* ». D'autre part, le domaine de la construction étant par essence attaché à une certaine « pratique du chantier » réfractaire au formalisme, l'interdiction pure et simple de la réception tacite n'aurait pu être recevable pour les acteurs de la construction. Il est fort à penser qu'en tout état de cause, une prohibition textuelle de cette forme de réception aurait été tenue en échec par la jurisprudence, plus à même

---

<sup>63</sup> Périnet-Marquet, La réception des travaux : état des lieux, D. 1988. Chron. 287, cité par E. Nicolas, préc.

<sup>64</sup> Séance 19 déc. 1977, JOAN CR, p. 8982.

<sup>65</sup> E. Nicolas, *Le rôle de la jurisprudence dans la responsabilité des constructeurs*, préc.

<sup>66</sup> L'article L.231-6 IV du CCH semble exiger une réception par écrit en matière de maison individuelle. Néanmoins, même en ce cas, la Cour de cassation s'affranchit de cette exigence en admettant la réception tacite : Cass. civ. 3, 20 avril 2017, n° 16-10.486, P.

à apprécier les conséquences pratiques d'une telle interdiction. Une jurisprudence *contra legem* aurait assurément vu le jour. Ainsi, après quelques hésitations des juges du fond – sans doute freinés par les nombreuses réticences exprimées par la doctrine<sup>67</sup> – la juridiction suprême va consacrer expressément la réception tacite dans un premier arrêt en date du 16 juillet 1987<sup>68</sup> en soutenant que l'article 1792-6 du Code civil laisse subsister la possibilité d'une réception tacite. L'énoncé de la solution bien qu'étant quelque peu lapidaire, n'en est pas moins d'une grande clarté. La Haute juridiction affirmait sans détour le maintien de la réception tacite, elle réitérera d'ailleurs sa position un an plus tard<sup>69</sup>. Cette position de la Cour de cassation se situait dans la droite ligne de l'avis rendu par le COPAL<sup>70</sup> qui énonçait : « *à vouloir, malgré les habitudes de la majorité des acteurs, imposer un formalisme rigide hors de la portée de la plupart des intéressés pour valider toute opération de réception, on risque d'obtenir une généralisation du contentieux qui ne serait bénéfique à personne* »<sup>71</sup>. Après avoir soutenu la possibilité d'une réception tacite, il appartenait désormais à la jurisprudence d'en fixer les conditions avec plus de précision, étant entendu que lorsque les parties ont contractualisé la réception tacite en prévoyant une clause fixant ses modalités, celle-ci doit recevoir application. Les juges du fond apprécient souverainement les circonstances de fait leur permettant de déterminer la volonté du maître de l'ouvrage et doivent en outre motiver leur décision de façon suffisante. Le contrôle de motivation opéré par la Cour de cassation donne lieu à des décisions plurielles dont il est difficile de dégager des éléments constants d'appréciation de la réception tacite. Deux critères semblent cependant se démarquer en jurisprudence mais à l'image du serpent de mer, leur application fait montre d'une certaine inconstance. La prise de possession de l'ouvrage d'une part et le paiement du prix d'autre part sont ainsi les indices principaux permettant de retenir la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage. Néanmoins, ils ne constituent pas des modes de preuve absolus, la jurisprudence ayant tantôt limité la portée de la prise de possession si celle-ci résultait d'une contrainte économique, et tantôt restreint la portée du paiement du prix. Il a ainsi été jugé que la volonté du maître de l'ouvrage ne peut être valablement retenue lorsqu'il a été contraint de prendre possession de son immeuble en raison des difficultés financières de

---

<sup>67</sup> Monsieur Karila regrettait l'impact des analyses doctrinales sur le positionnement des juges du fond et souligne que « *certaines décisions négatives ou positives, procèdent soit d'une confusion entre les domaines respectifs de la réception judiciaire et de la réception tacite, soit d'une confusion sur la nature juridique de la réception, soit les deux à la fois* ». J.P Karila : « Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 », *Gaz.Pal.*, 1986, doct.1, p. 469.

<sup>68</sup> Cass. civ. 3, 16 juil. 1987, n° 86-11.455, *Bull. civ.* n° 143.

<sup>69</sup> Cass. civ. 3, 12 oct. 1988, n° 87- 11.174, *Bull. civ.* n° 137.

<sup>70</sup> Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978.

<sup>71</sup> Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978, rapport du 1<sup>er</sup> avr. 1987.

son entreprise<sup>72</sup>, ou encore que l'action du maître de l'ouvrage ayant accepté un règlement des travaux à hauteur de 90 % du marché total ne suffit pas à caractériser sa volonté non équivoque de recevoir l'immeuble sans réserve<sup>73</sup>. Plus encore, on remarque que la jurisprudence est réticente à admettre que l'un ou l'autre des critères puisse établir à lui seul la volonté non équivoque de recevoir l'ouvrage. Les hauts magistrats ont décidé à cet égard que la prise de possession d'appartements vendus en l'état futur d'achèvement ne suffit pas à elle seule, à caractériser la réception tacite<sup>74</sup>. Dans le même ordre d'idée, le paiement du prix ne permet pas à lui seul de prouver la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage d'accepter les travaux en l'état<sup>75</sup>. En réalité, il semblerait que ce soit l'addition des deux critères qui permette de démontrer la véritable intention du maître de l'ouvrage, sans pour autant que cela soit exclusif d'éventuels autres indices factuels, dès lors qu'ils suffisent à caractériser cette intention. A cet égard, dans un arrêt de principe, la Haute juridiction a admis que « *la prise de possession de l'ouvrage et le paiement du prix font présumer la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de le recevoir avec ou sans réserve* »<sup>76</sup>. La réception, qu'elle soit tacite ou expresse, devrait en tout état de cause répondre à l'effort combiné du législateur et de la jurisprudence quant à l'uniformisation des délais. Pourtant, en s'abstenant de préciser les conditions entourant la réception, le législateur a ouvert la brèche à un certain nombre de difficultés qui ont échappé à sa conscience. L'une de ces difficultés réside dans la détermination du moment pris en compte afin d'isoler la réception. Concernant ce point, la seule indication donnée par le législateur concerne l'unicité de la réception. En effet, l'article 1792-6 du Code civil semble marquer la volonté du législateur de mettre fin à la tendance de la double réception. Ce système prévoyait que la réception provisoire intervenait à l'achèvement des travaux, et qu'elle devait être constatée par un procès-verbal mentionnant le cas échéant, les omissions, imperfections ou malfaçons constatées. Par la suite, la réception définitive intervenait par un nouveau procès-verbal à l'expiration du délai d'un an, au cours duquel les désordres relevés sont censés avoir été réparés. Ce découpage de la réception ne permettait pas de déterminer le point de départ des garanties et des responsabilités.

**18. Risque de dispersion des délais de responsabilité des constructeurs** – Malgré la volonté affichée du législateur de consacrer le principe d'une réception unique, il est rapidement

---

<sup>72</sup> Cass. civ. 3, 22 févr. 1995, n° 93-13.977.

<sup>73</sup> Cass. civ. 1, 14 janv. 1997, 95-12.738.

<sup>74</sup> Cass. civ. 3, 16 mars 1994, n° 92-10.957, *Bull. civ.* III n° 50.

<sup>75</sup> Cass. civ. 3, 22 juin 1994, n° 90-11.774, *Bull. civ.* III n° 126.

<sup>76</sup> Cass. civ. 3, 18 avr. 2019, n° 18-13.734, Pub.

apparu que ce dernier est en réalité passé sous les fourches caudines de la pratique et de la jurisprudence.

Ainsi, la jurisprudence a décidé que rien ne fait obstacle à une réception partielle pour des lots séparés. En pareille hypothèse, chaque lot entraîne une réception distincte. La solution peut paraître défavorable au maître de l'ouvrage dont la réelle volonté d'accepter l'ouvrage porte sur ce dernier dans son entier, mais elle se comprend aisément du point de vue des entrepreneurs intervenant à des stades différents du chantier. En effet, retenir comme seule réception celle qui survient à l'achèvement de l'ouvrage dans son ensemble reviendrait de fait à rallonger le délai de la garantie décennale pour les premiers intervenants. On comprend d'autant mieux la position de la jurisprudence en la matière lorsqu'on observe la volonté du législateur d'instaurer un délai d'épreuve de la solidité de l'ouvrage. Dès lors, l'unicité de l'ouvrage ne rime pas avec globalité de l'ouvrage, les parties peuvent conventionnellement privilégier des réceptions par lots alors même que l'ouvrage dans son ensemble n'est pas encore achevé<sup>77</sup>. La lettre de l'article 1792-6 du Code civil se contente d'une référence à la « *réception de l'ouvrage* » sans pour autant exclure expressément une réception par tranche. L'article 1792-4-1 du même Code quant à lui emploie une formulation plus évasive encore en soulevant la « *réception des travaux* ». Forte de son pouvoir d'interprétation, la Cour de cassation décide de façon constante que la réception partielle par lots n'est pas en soi, prohibée par la loi<sup>78</sup>. La pratique corrobore ce constat puisque la norme AFNOR P 03-001 du 20 octobre 2017 admet la

---

<sup>77</sup> Sur ce point, il apparaît que de longue date, la Cour de cassation désolidarise la réception de l'achèvement des travaux. Dès 1989, elle a décidé dans un arrêt de principe, qu'une cour d'appel ne saurait ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas lorsque cette dernière a jugé que « *la réception ne peut intervenir que lorsque l'ouvrage est achevé* ». Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juill. 1989, n° 88-10.037, *Bull. civ.* III n° 161. L'achèvement de l'ouvrage n'est donc pas une condition *sine qua non* à sa réception et ne suffit pas à caractériser l'acceptation des travaux par le maître de l'ouvrage sauf bien sûr, si les parties ont contractuellement prévu de subordonner la réception à l'achèvement complet de l'ouvrage. Bien qu'il s'agisse d'une question de fait, la Cour de cassation a dégagé des critères d'appréciation indépendants de l'achèvement des travaux, en fonction du type de réception. La réception tacite suppose la démonstration de l'entrée en possession de l'ouvrage et du paiement de la quasi-totalité de son prix. La réception judiciaire d'un ouvrage achevé quant à elle n'est envisageable que si la construction est en état d'être reçu ou habitée.

<sup>78</sup> Cass. civ. 3, 20 nov. 2007, n° 06-18.404. – Cass. civ. 3, 16 nov. 2010, n° 10-10.828, *RDI* 2011. 285, obs. Ph. Malinvaud. Dans ce dernier arrêt, les hauts magistrats étaient saisis d'une affaire relative à l'arrêt du chantier de construction d'une maison alors que le lot toiture était néanmoins terminé. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait été saisie par le maître de l'ouvrage afin d'obtenir une indemnisation sur le fondement de la responsabilité décennale à l'encontre de l'entreprise ayant réalisé la toiture et son assureur de responsabilité décennale. La cour d'appel avait rejeté la demande du maître de l'ouvrage suivant le motif que « *l'ouvrage devait s'entendre comme étant la maison réalisée par les intervenants chargés des divers lots, dont la société Artisanale bâtiment ; que le premier juge avait donc à tort retenu que le quitus de livraison de la toiture du 26 mars 2004 valait réception ; qu'en effet, la réception était un acte unique exclusif de toute réception par lots ; qu'en l'absence de réception, le maître de l'ouvrage ne pouvait rechercher que la responsabilité contractuelle de la société Artisanale bâtiment et non la responsabilité décennale ; qu'en conséquence, les Mutuelles du Mans n'étaient pas tenues en leur qualité d'assureur décennal de la société Artisanale bâtiment* ». Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation pour violation de l'article 1792-6 du Code civil en soulevant que : « *la réception partielle par lots n'est pas prohibée par la loi* ».

réception par lot. En revanche, la Haute juridiction a précisé dans un arrêt remarqué de 2017 « *qu'en raison du principe d'unicité de la réception, il ne peut y avoir réception partielle à l'intérieur d'un même lot* »<sup>79</sup>. Il résulte que si la réception partielle d'un ouvrage par lots est admise, la réception partielle d'un lot elle, est clairement prohibée<sup>80</sup>. Il ressort donc que la jurisprudence fait preuve d'une certaine habileté en adoptant la réception partielle de façon raisonnée et en veillant à éviter toute violation de la loi. Ce positionnement est rendu possible par l'absence de caractère d'ordre public octroyé à la réception. Rien dans les dispositions textuelles ne permet d'affirmer que les modalités de la réception parmi lesquelles le principe d'unicité, soient frappées du sceau de l'ordre public. Lorsque l'article 1792-5 du Code civil énonce que : « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* », il ne semble concerner que l'étendue des garanties abstraction faite de la réception. Cette interprétation littérale du texte permet de justifier la position de la Cour de cassation tendant à appréhender favorablement la réception partielle. S'il est vrai que cette analyse est motivée par des raisons pratiques indéniables – notamment pour l'entrepreneur qui sera payé dès l'achèvement de sa mission – elle témoigne d'un risque d'insécurité juridique liée à une multiplication des points de départ des garanties légales.

**19. Nécessité d'unification des délais d'action en responsabilité contre les constructeurs** – La possibilité laissée aux parties de prévoir des réceptions au gré de l'achèvement de chaque lot sans attendre la fin du chantier, conduit à un capharnaüm au regard de la multiplication des points de départ du délai d'épreuve. La durée de la prescription des actions se retrouve morcelée pour une seule et même construction ce qui est en contradiction avec la volonté d'unification des délais d'actions en responsabilité contre les constructeurs, exprimée depuis longtemps par la jurisprudence, ainsi que par le législateur lors de la réforme de la prescription de 2008<sup>81</sup>. De plus, si le principe d'unicité de la réception n'est pas d'ordre public, l'étendue de la responsabilité décennale elle, en est bien porteuse. Or, le délai décennal qui constitue en partie un délai d'épreuve, ne peut s'entendre qu'à partir de la réception de l'ouvrage dans son ensemble. Les corps d'état du chantier de construction remplissent certes

---

<sup>79</sup> Cass. civ. 3, 2 févr. 2017 n° 14-19.279, P.

<sup>80</sup> P. Dessuet, Il est possible de réceptionner partiellement un ouvrage par lots, mais pas de réceptionner partiellement un lot..., *RGDA* févr. 2017, p. 129.

<sup>81</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

des missions propres, mais le résultat final de l'ouvrage relève d'une interdépendance entre chaque action menée. Si les premiers intervenants à l'acte de construire bénéficient d'une réception de leur lot dès sa réalisation, la durée de la garantie légale sera toujours de dix années, mais elle commencera bien avant celle des autres intervenants et plus globalement, avant l'achèvement de tout l'ouvrage. Ainsi, cela réduit non seulement les leviers d'action à la disposition du maître de l'ouvrage et à plus forte raison ceux qui concerneraient un désordre futur ou évolutif. Ce constat ne figure-t-il pas d'une limitation implicite à la responsabilité des constructeurs pourtant clairement prohibée par l'article 1792-5 du Code civil ? La position de la Cour de cassation en la matière est d'autant plus déroutante qu'elle a elle-même œuvré pour une unification des délais d'action en responsabilité des constructeurs en faisant de la réception le point de départ unique de l'ensemble des actions<sup>82</sup>. Le législateur quant à lui a consacré ce principe qui figure désormais à l'article 1792-4-3 du Code civil.

Finalement, le principe de l'uniformité des délais, est largement bousculé. Monsieur CHARBONNEAU préconise une solution à laquelle nous souscrivons en partie, consistant à une approche à la fois subjective et objective de la réception<sup>83</sup>. La première correspond à la réception par lot qui ne devrait intéresser que les rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné. La réception intervenant dans ce cadre ne devrait faire courir que les procédures comptables entre les parties, autrement dit cela permettrait à l'intervenant d'obtenir le paiement de sa prestation. En revanche, la réception par lot ne pourrait marquer le point de départ des délais d'action, notamment en responsabilité décennale. En ce sens, une approche plus objective de la réception devrait prendre le pas et seule la date de la dernière réception constituerait le point de départ des garanties légales. Nous pensons qu'à cet égard, la garantie de parfait achèvement devrait également relever de cette dernière hypothèse dans la mesure où très souvent dans un chantier de construction, la qualité de chaque intervention dépend de ce qui a été réalisé en amont, même parfois plus d'un an auparavant. Aussi, bien qu'il soit souhaitable que la jurisprudence dispose d'une certaine latitude en matière de « droit de la réception » afin que les règles applicables soient cohérentes avec la pratique, il demeure qu'une position trop libérale a pour effet comme on l'a vu, de contrevenir à la sacro-sainte interdiction d'une limitation contractuelle des garanties spéciales. Pour autant, les décisions récentes de la Cour de cassation semblent creuser davantage ce risque d'insécurité juridique qui pèse en définitive sur tous les acteurs de la construction. Elle est ainsi récemment

---

<sup>82</sup> Cass. civ. 3, 11 juin 1981, n° 80-10.875, *Bull. civ.* III n° 120.

<sup>83</sup> C. Charbonneau, Le principe d'unicité de réception peut-il être remis en cause par la volonté des parties ?, *Constr.-Urb.*, n° 3, mars 2011, étude 4.

allée jusqu'à consacrer la réception tacite d'un lot en ces termes : « *le paiement de l'intégralité des travaux d'un lot et sa prise de possession par le maître de l'ouvrage valent présomption de réception tacite* »<sup>84</sup>. A défaut d'une position plus mesurée de la Haute juridiction, une intervention du législateur sur la question serait opportune, d'autant plus qu'il a déjà fait preuve de plus de rigueur en la matière à propos du contrat de vente d'immeuble à rénover. L'article L262-2 alinéa 2 du Code de la construction et de l'habitation prévoit en effet : « *La réception des travaux est effectuée pour l'ensemble des travaux à une date unique qui constitue le point de départ des garanties mentionnées au dernier alinéa* ».

**20. Le délai décennal, pierre angulaire du régime de la responsabilité décennale à raison des désordres futurs et évolutifs** – Il ressort du risque d'éclatement des points de départ de la responsabilité des constructeurs, que le délai attaché à celle-ci est l'élément central et particulièrement sensible du régime gouvernant la garantie décennale et conséquemment, les désordres futurs et évolutifs. Dès l'origine, le délai de la garantie décennale a été conçu comme celui par lequel est éprouvée la solidité de l'ouvrage. En cela, il apparaît comme revêtant une certaine rigueur, l'objectif étant de décharger le constructeur de sa responsabilité dès lors qu'il est acquis par l'écoulement du temps, que l'ouvrage répond parfaitement à son office. Or, la « décennialité » du désordre, autrement dit la gravité du désordre qu'il conviendra au demeurant d'analyser, n'est pas nécessairement figée. En effet, une malfaçon peut tout à fait se mouvoir dans un temps plus ou moins long, soit qu'elle s'intensifie progressivement ou qu'elle se répète. Le maître de l'ouvrage subissant ce type de désordres aussi graves qu'ondoyants, se trouverait en grande difficulté si la jurisprudence s'en était tenue à une rigueur absolue de la nature du délai décennal. Ainsi, délai décennal et désordres futurs et évolutifs sont intrinsèquement liés, ce qui conduit nécessairement à examiner les seconds à l'aune du premier. À cet égard, de façon étonnante, la jurisprudence admet que le délai de la garantie décennale puisse être interrompu. Celui-ci est alors compris comme un délai de nature hybride, empruntant à la fois au régime de la prescription et à celui de la forclusion. S'il s'agit ici d'une porte de sortie utile pour le maître de l'ouvrage désireux d'obtenir la réparation d'un désordre en évolution, cette issue a un caractère assurément précaire compte tenu de son appui exclusivement jurisprudentiel. Par ailleurs, s'il est vrai que la nature duale du délai décennal est un facteur facilitant la réparation des désordres futurs et évolutifs, il est largement contrebalancé par des conditions de mise en œuvre de ces derniers se voulant désormais draconiennes.

---

<sup>84</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2019, 18-10.197 ; 18-10.699, P., *D. actu.* 21 févr. 2019, obs. D. Pelet.



Suivant une problématique relative à l'étude des fondements et limites des procédés permettant l'application de la garantie décennale à des désordres se déplaçant dans un temps long, plusieurs analyses doivent être réalisées.

**21. Annonce du plan** – Le premier axe d'observation s'attachera à décrypter comment la jurisprudence parvient à anticiper la réparation d'un désordre dit « futur » (**Partie 1**). Ce mécanisme anticipatoire se distingue de celui par lequel la jurisprudence renouvelle la réparation d'un désordre. Le second axe d'analyse portera ainsi sur les règles mobilisées pour une réitération de la réparation à travers le désordre évolutif, auquel il conviendra d'attribuer un sens plus large (**Partie 2**). Dans les deux cas, l'examen des caractéristiques du désordre initial agira comme le point d'appui du « levier d'Archimède » par lequel sera soulevée la mise en œuvre de la garantie décennale.

L'exploration de l'ensemble des règles prétoriennes applicables aux désordres futurs et évolutifs permettra de mettre en lumière les insuffisances qu'elles comportent et la nécessité d'y apporter un certain nombre de correctifs.

Partie 1 : L'anticipation de la réparation à travers le désordre futur *stricto sensu*

Partie 2 : La réitération de la réparation à travers le désordre futur *lato sensu*



## **PREMIERE PARTIE**

### **L'ANTICIPATION DE LA REPARATION A TRAVERS LE DOMMAGE FUTUR STRICTO SENSU**

22. L'expression de « dommage futur » en matière de responsabilité décennale peut paraître en elle-même antinomique lorsque l'on sait que ce régime de réparation n'est applicable qu'aux seuls dommages les plus graves affectant l'ouvrage. En somme, un dommage dit « décennal » est celui qui est intrinsèquement porteur de la gravité requise pour l'enclenchement de la garantie spéciale des constructeurs. Or, comment pourrait-on envisager de réparer un « dommage décennal » au moment où il n'en est pas encore un ? En réalité, le droit de la réparation *lato sensu*, a de longue date admis la prise en compte de l'évolution d'un dommage à travers la notion de préjudice futur. Le droit de la construction s'est employé lui aussi à réparer le dommage futur en appliquant des règles qui répondent à la particularité de la matière. Il est en effet souhaitable pour le maître de l'ouvrage, que l'imminence du dommage lui permette de prétendre au bénéfice de la garantie décennale, sans pour autant que cette imminente apparition du désordre ne paralyse la nécessité d'une réunion de conditions préalables spécifiques à la garantie légale (**Titre 1**). La jurisprudence a par ailleurs renforcé les conditions de la réparation du désordre futur dont le « processus de décennalisation », autrement dit la mutation en un désordre grave, obéit désormais à un régime sévère (**Titre 2**).

Titre 1 : La réparation encadrée d'un désordre à la décennalité encore latente

Titre 2 : Le moment effectif de la décennalisation du désordre restreignant l'accès à la réparation



## **TITRE I**

### **LA REPARATION ENCADREE D'UN DESORDRE A LA DECENNALITE ENCORE LATENTE**

**23.** La mise en œuvre de la garantie décennale répond à des conditions précises qui ne supportent aucune dérogation. Ainsi, l'allégation d'un désordre destiné à se réaliser ne dispense pas le maître de l'ouvrage de prouver la gravité de ce dommage futur. La nature du dommage réparable au titre de la garantie reste inchangée que celui-ci soit déjà présent ou à venir, à savoir celle d'un désordre suffisamment grave (**Chapitre I**). D'autres éléments conditionnent également la réparation du désordre en puissance et sont liés au caractère futur du dommage (**Chapitre II**).

Chapitre I : La nature du désordre destiné à se réaliser

Chapitre II : La réparabilité du désordre destiné à se réaliser



## **CHAPITRE I : LA NATURE DU DESORDRE DESTINE A SE REALISER**

**24.** La loi du 4 janvier 1978<sup>85</sup> retenait une présomption de responsabilité pesant sur tous les constructeurs pour les dommages affectant l'ouvrage et qui étaient cachés au jour de la réception. Ainsi, aux côtés de la garantie biennale, figure la garantie décennale qui ne s'applique qu'à certaines catégories de dommages.<sup>86</sup> Il convient au préalable de justifier l'emploi du terme de dommage ou de désordre par préférence à celui de vice (**Section 1**). Par ailleurs, si le maître de l'ouvrage souhaite actionner la garantie décennale, il est indispensable que les malfaçons alléguées présentent des caractères précis tenant à l'intensité du dommage (**Section 2**).

### ***Section 1 : La qualification du dommage voué à apparaître***

**25.** Loin de relever d'une considération superflue, le choix du terme de dommage ou encore de désordre par préférence à celui de vice pour qualifier l'atteinte à l'ouvrage, emporte des conséquences tangibles dont la plus évidente, consiste dans l'élargissement du champ de la garantie légale, d'où il suit la nécessité d'une rigueur terminologique (§1). Ce choix terminologique permet par ailleurs une meilleure protection du maître de l'ouvrage que l'on peut qualifier de « consommateur immobilier » (§2).

---

<sup>85</sup> Loi « *Spinetta* », n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

<sup>86</sup> L'expression de « garantie bienno-décennale » souvent employée, laisse sous-entendre une uniformité des régimes applicables. Pour autant, la dualité des garanties est avérée. Leur domaine d'application et leur durée diffèrent ; leur distinction repose également sur le plan de l'assurance puisque seule la garantie décennale est couverte par une assurance de responsabilité obligatoire. La garantie biennale prévue à l'article 1792-3 du Code civil, concerne les éléments d'équipement d'un bâtiment qui ne relèvent pas de la décennale. L'équipement souffrant d'un désordre biennal doit nécessairement être dissociable des ouvrages de structure définis par l'article 1792-2 du Code civil. L'équipement doit donc pouvoir être déplacé ou retiré pour être réparé ou remplacé, sans que cela e détériore le support.

## §1 La nécessité d'une rigueur terminologique

**26. L'impératif de rigueur terminologique** – Les tergiversations terminologiques permettant de qualifier l'évènement déclencheur de la responsabilité décennale obligent à déterminer avec clarté l'appellation la plus appropriée aux enjeux protéiformes qui en résultent.

Il est en effet étonnant de constater le manque de rigueur sémantique en la matière, émanant tant de la doctrine que de la jurisprudence lesquelles emploient - entre autres et indistinctement - les termes de vices, dégâts, malfaçons, destructions, dégradations, désordres ou encore de dommages<sup>87</sup>.

Ce constat est d'autant plus étonnant que le législateur a pourtant consacré le terme de dommage en matière de responsabilité décennale, rompant ainsi avec la notion de vice<sup>88</sup>. Le désordre est quant à lui cantonné par la loi à la garantie de parfait achèvement.

Si selon l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »<sup>89</sup>, nous ne devons pas distinguer lorsque la loi ne le fait pas, il est *a contrario*, préférable d'employer avec davantage de rigueur les distinctions opérées par le législateur sans pour autant que cela empêche de s'interroger sur l'intérêt de ces choix.

**27. L'indifférence de l'origine du vice justifiant le terme de dommage.** Nous pouvons observer que la mise à l'écart de la notion de vice se justifie par le caractère trop restrictif de ce dernier. En effet, il semble que le législateur ait voulu supprimer toute idée d'origine du vice, seule la manifestation suffisamment grave<sup>90</sup> de ce dernier importe<sup>91</sup>. En imposant la condition de l'existence d'un « dommage », c'est sans nul doute le champ d'application de la responsabilité décennale qui s'en trouve élargit. Le fait est qu'il est communément admis que le vice de construction est le défaut provenant de la mauvaise exécution ou de l'exécution défectueuse des travaux de construction ; le dommage est quant à lui l'atteinte subie par une personne dans son corps, dans son patrimoine ou dans ses droits extra patrimoniaux et qui ouvre un droit à réparation<sup>92</sup>. Transposé à la garantie décennale, le

---

<sup>87</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229.

<sup>88</sup> L'article 1792 sous l'empire du code Napoléon étant alors rédigé ainsi : « *Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans* ».

<sup>89</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

<sup>90</sup> Cette gravité que nous étudierons plus en amont est caractérisée lorsque la solidité de l'ouvrage est compromise ou lorsque l'ouvrage est impropre à sa destination.

<sup>91</sup> Monsieur Desportes soutient que le législateur a retenu la conséquence des vices ou non conformités en s'écartant de leur origine : F. Desportes, La garantie décennale est-elle toujours une garantie des vices de la construction ?, *Gaz. Pal.* 1988, Doctr. p. 85.

<sup>92</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadriga, 13<sup>e</sup> éd. 2020.



dommage se veut donc être une atteinte à l'ouvrage, peu importe selon la loi, la provenance de cette atteinte. Cela se comprend parfaitement lorsque l'on analyse la nature de cette responsabilité conçue comme une responsabilité objective, pouvant de ce fait être engagée indépendamment de l'existence d'une faute, or les termes de vice ou encore de malfaçon renvoient implicitement à une faute ayant pour origine la main de l'homme.

**28. Une responsabilité objective favorisant l'emploi du terme de dommage** – Dès l'origine, le Code civil prévoyait une responsabilité de plein droit pesant sur les entrepreneurs et architectes fondée sur une présomption de faute. Par l'action du législateur en 1967<sup>93</sup>, cette présomption se mue en présomption de responsabilité<sup>94</sup> sans pour autant que soit abandonné le « vice ». Cette dissonance entre la volonté de protection du maître de l'ouvrage à travers l'établissement d'une présomption de responsabilité et le maintien dans les textes de la notion de vice renvoyant à l'origine du dommage interroge. Aussi, la loi Spinetta du 4 janvier 1978 transforme la garantie décennale des vices cachés en une véritable garantie de dommages par la réécriture de l'article 1792 comme tel : *« Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère. »*

Cette nouvelle rédaction permet de relever la volonté d'extension du champ de la responsabilité décennale notamment à travers l'allongement de la liste des débiteurs de la garantie ainsi qu'à travers la préférence donnée à la notion d'ouvrage construction plutôt qu'à celle d'édifice<sup>95</sup>. De la même manière on peut aisément comprendre la faveur accordée au terme de dommage comme étant la manifestation évidente de l'intention d'élargissement des cas d'engagement de la responsabilité décennale. En effet, en supprimant la notion de vice, le législateur subordonne la mise en œuvre de la responsabilité décennale à la seule survenance d'un dommage d'une nature particulière, peu importe d'où provient ce dommage. Il y a alors une plus grande cohérence à exiger l'existence d'un dommage plutôt que celle d'un vice dans

---

<sup>93</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

<sup>94</sup> Cass. Civ. 3, 21 fév. 1979, n° 77-15476 : *Bull. civ.* III, n° 46, n° 77-15476.

<sup>95</sup> Plus largement, répondant à une période de forte croissance des sinistres de construction, la loi du 4 janvier 1978 a œuvré pour la protection du consommateur immobilier. Les débats parlementaires précédant la loi précitée, mettaient en lumière trois grands axes d'amélioration portant sur la protection effective de l'utilisateur, le développement d'une structure industrielle de production et sur la moralisation du secteur.

le cadre d'une responsabilité qualifiée de plein droit. Néanmoins, ce constat d'extension du domaine de la garantie décennale à travers l'introduction du dommage au sein de l'article 1792 du Code civil n'est pas partagé par une partie de la doctrine qui se montre plus réservée quant à la portée jurisprudentielle d'un tel changement. Certains auteurs considèrent en effet qu'il ne faille pas y voir l'inclusion systématique des défauts de conformité.

**29. La faveur textuelle au « dommage » permettant l'inclusion des défauts de conformité** – Dans le régime antérieur à la loi de 1978, ne pouvaient être réparés que les dommages ayant pour origine un vice répondant aux exigences de l'article 1792. De ce fait, la Cour de cassation excluait de la garantie décennale les défauts de conformité autrement dit, ceux correspondant à la situation dans laquelle l'ouvrage était correctement exécuté mais ne satisfaisait pas aux stipulations contractuelles<sup>96</sup>. Selon la Haute juridiction et conformément aux termes de la loi de 1967, le défaut de conformité découlait alors de l'obligation de délivrance et non pas de la garantie.

Avec la disparition du « vice » dans la formulation de l'article 1792 opérée par la loi de 1978, la Cour de cassation a pu décider d'appliquer la garantie spécifique aux défauts de conformité dès lors que ceux-ci provoquent des dommages empreints de la gravité nécessaire à l'enclenchement de la garantie<sup>97</sup>. Cette nouvelle position accentue d'avantage l'indifférence portée à l'origine du dommage et se comprend aisément dans la mesure où certaines non-conformités peuvent être constitutives de graves dommages. Elle a par ailleurs pour effet de réduire à peau de chagrin le domaine de la responsabilité de droit commun pour les défauts de conformité puisque ces derniers ne concernent désormais que les cas où le dommage ne possède pas la gravité décennale ou lorsque le défaut de conformité n'entraîne pas de dommage.

Cette ouverture de la garantie décennale aux défauts de conformité se révèle très étonnante du point de vue de la condition du caractère caché du défaut lors de la réception. À l'instar du dommage, le défaut de conformité doit être occulte à la réception afin de permettre la mise en œuvre de la garantie décennale<sup>98</sup>. Or, si le défaut de conformité se définit comme la livraison d'une chose techniquement correcte mais différente de celle prévue au contrat, on peut

---

<sup>96</sup> Cass. Civ. 3, 18 avr. 1972, n° 71-10.660, *Bull. civ.* III, n° 234.

<sup>97</sup> Cass. Civ. 3, 13 avr. 1988 n° 86-17.824, *Bull. civ.* III, n° 67 *RDI* 1988, p. 302 ; *RDI* 1989, p.55. et 58, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli. : « *Même s'ils ont comme 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.* ». – *Rappr. Civ.* 3°, 11 mars 1992 n° 90-15.633, *Bull. civ.* III, n° 78 *RDI* 1992, p. 218, obs. Ph. Malinvaud, B. Boubli.

<sup>98</sup> Sur le caractère caché du désordre : *infra* n° 132.

légitimement s'interroger sur l'éventualité que le maître de l'ouvrage ne décèle pas cette dissonance entre ce qu'il a convenu par contrat et ce qui lui a été livré.

En réalité, il existe plusieurs possibilités de défaut, il peut s'agir – de manière non exhaustive – de différences de dimension de l'immeuble, de ses équipements, de matériaux utilisés ou encore de l'omission de certaines caractéristiques de l'immeuble. De ce fait le caractère apparent ou caché du défaut ne relève pas nécessairement d'une évidence visuelle mais peut résider dans des discordances plus techniques. Ainsi, l'apparence du défaut qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sera fonction des compétences et connaissances personnelles du maître de l'ouvrage et seulement lui. A cet égard, il a été jugé que le défaut de conformité s'apprécie au regard du maître de l'ouvrage lui-même, et non pas du maître d'œuvre, fût-il mandaté pour procéder à la réception<sup>99</sup>. Les juges semblent employer une appréciation *in abstracto* en se référant au maître de l'ouvrage « *normalement diligent au moment de la réception* »<sup>100</sup>. Cependant ce critère objectif, s'il est une référence utile, n'est pas exclusif d'une appréciation *in concreto* plus respectueuse à notre sens de l'équilibre contractuel. Diverses décisions ont ainsi pu tenir compte des compétences et connaissances techniques du maître de l'ouvrage afin tantôt de retenir le caractère apparent du défaut<sup>101</sup>, tantôt de le rejeter. L'appréciation plus subjective des juges du fond permet en outre d'écarter le caractère caché du défaut lorsque le maître de l'ouvrage était au courant de l'existence de ce dernier à la réception<sup>102</sup>.

**30. Défaut de conformité et violation des règles de l'art** – La souplesse jurisprudentielle dans l'appréhension du défaut de conformité trouve une résonance en matière de violation des règles de l'art, que l'on peut appréhender comme l'ensemble des savoir-faire

---

<sup>99</sup> Cass. Civ. 3, 17 nov. 1993, n° 92-11.026, *Bull. civ.* III, n° 146.

<sup>100</sup> Cass. Civ. 3, 23 nov. 1976, n° 75-12.258, *Bull. civ.* III, n° 415.

<sup>101</sup> Cass. Civ. 3, 29 sept. 2016, n° 15-11.093. Cet arrêt fait la démonstration de ce que la qualité de profane ou de sachant du maître de l'ouvrage influe sur sa capacité de détection du défaut, néanmoins on peut légitimement se demander si la Haute juridiction analyse exclusivement la situation du maître de l'ouvrage ou si elle se place également du point de vue du caractère manifeste et évident du défaut. Il semblerait que la convergence de ces deux considérations entraîne la solution retenue ce qui confirme la dimension casuistique de l'appréciation du caractère caché ou non du défaut. « *Mais attendu qu'ayant relevé que l'EURL Y... n'établissait pas avoir émis la moindre observation sur la surface des chambres pendant l'exécution des travaux, alors que la surface réduite des lieux était évidente, qu'il ne saurait être contesté que, ni à travers les lettres adressées à l'architecte les 1er et 18 juillet 2008, ni à travers des remarques formulées, l'EURL Y... ne s'était plainte des surfaces des chambres, alors que ce qu'elle présentait comme le résultat d'une grave erreur de conception de l'architecte était manifeste avant la réception des travaux, que, lors de la réception des travaux, l'EURL Y... n'avait émis aucune observation à ce sujet et qu'un promoteur immobilier, marchand de biens, ne pouvait prétendre ne pas s'être rendu compte de l'insuffisance des surfaces des chambres, le relevé de la superficie d'une pièce ne demandant pas des compétences techniques particulières, la cour d'appel, qui n'était tenue ni de s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu rejeter les demandes de la société Y... ».*

<sup>102</sup> Cass. Civ. 3, 7 sept. 2011, n° 09-16.172.

référentiels dirigeant la technique du bâtiment. Ces règles de l'art qui forment en quelque sorte un standard à suivre, souffrent d'un manque d'assise textuelle laissant au juge toute latitude quant à la détermination des façons de faire qui leur sont conformes ou non<sup>103</sup>. Seules sont codifiées de façon parcellaire certaines normes, règles professionnelles ou documents techniques unifiés (DTU). Ces derniers permettent de fixer à un moment donné l'état des connaissances scientifiques et techniques ce qui facilite l'appréciation du soin apporté à l'acte de construction. Cependant, ces connaissances et techniques sont par essence évolutives et la pratique regrette parfois un manque de mise à jour régulière des DTU<sup>104</sup>.

Face à la versatilité des règles de l'art, il arrive que les parties décident de prévoir dans le contrat l'obligation de respecter certaines d'entre elles. L'inobservation de ces règles par les locateurs d'ouvrage constitue alors un défaut de conformité au contrat que le maître de l'ouvrage « moyen » ne peut déceler. La jurisprudence a été l'instigatrice de l'évolution tendant à l'inclusion des défauts de conformité aux règles de l'art dans la garantie décennale favorisant plus encore l'impérialisme de cette dernière<sup>105</sup>. Ainsi, une non-conformité contractuelle de même qu'une non-conformité aux règles de l'art ne suffit pas à qualifier un désordre de nature décennale sauf si cette non-conformité porte atteinte à la solidité de l'ouvrage ou le rend impropre à sa destination. Néanmoins, il convient de nuancer l'intérêt pour les parties de contractualiser le respect des règles de l'art. La mise en jeu de la garantie décennale n'étant pas conditionnée à l'existence d'une faute mais seulement à celle d'un dommage suffisamment grave, il serait vain pour le constructeur de prouver que l'ouvrage a été réalisé conformément aux règles du métier<sup>106</sup>. La démonstration de l'observation des règles de l'art - prévues par contrat ou non - n'exonérera aucunement le constructeur de sa responsabilité décennale. Finalement l'intérêt réside davantage pour lui dans la répartition de la responsabilité avec le reste des intervenants.

Sur le terrain de la responsabilité contractuelle de droit commun en revanche, la précision des règles de l'art auxquelles le constructeur devra se conformer permettra de déterminer si son éventuel manquement ouvrira une action en garantie des vices cachés ou une action pour défaut de conformité. En effet, qu'il s'agisse de dommages de construction ou de

---

<sup>103</sup> M. Zavaro, Les règles de l'art, *Gaz.Pal.* 4 nov. 2000, n° 309, p. 3.

<sup>104</sup> M. Zavaro, *La responsabilité des constructeurs*, 3<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, p. 162.

<sup>105</sup> Cass. Civ. 3, 10 mars 1981, n° 80-10.069, *Bull. civ.* III, n° 49. Certains auteurs soulignent qu'en tout état de cause, la présomption de responsabilité de la garantie décennale gomme toute pertinence du lien entre manquement au respect des règles de l'art et bénéfice de la garantie décennale. Monsieur Zavaro fait ainsi valoir que « *Les règles de l'art n'ont certainement pas la place qu'elles devraient avoir dans les processus de détermination des responsabilités des constructeurs car elles sont occultées et écrasées par le jeu de la présomption de responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire* ». M. Zavaro, Les règles de l'art, préc.

<sup>106</sup> Cass. Civ. 3, 22 oct. 1980, n° 79-12.249, *Bull. civ.* III, n° 162.

défauts de conformité, le principe de l'exclusivité de la garantie de dommage tombe dès lors que le désordre ne répond pas aux conditions de l'article 1792 du Code civil. En ce cas, l'épineuse question du choix de l'action fondée sur le défaut de conformité ou sur l'existence d'un vice caché se pose. La prévision contractuelle des règles de l'art à suivre permettra vraisemblablement de résoudre cette difficulté.

**31. La contractualisation du respect des règles de l'art au service de l'obligation de délivrance en droit commun** – Étant entendu qu'en présence de défauts de conformité entraînant des dommages revêtant la gravité de l'article 1792, seule la responsabilité décennale a vocation à s'appliquer, la contractualisation du respect des règles de l'art permettra d'apprécier l'application de l'obligation de délivrance conforme pour les désordres communs. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a toujours admis que le décalage entre ce qui est conventionnellement prévu et ce qui est effectivement livré relève de l'action fondée sur le défaut de conformité<sup>107</sup>. L'action en garantie des vices quant à elle vise la situation dans laquelle la chose livrée est bien ce qui était attendu, mais est affectée d'un défaut la rendant impropre à sa destination qualifiée par la Cour de « normale »<sup>108</sup>.

Si la troisième chambre civile a toujours été constante en ce point, il en va différemment de la première chambre civile qui, ayant semblé dans un premier temps épouser les mêmes critères de distinction<sup>109</sup>, va adopter une position troublante dans son arrêt « *Lutèce Projex* »<sup>110</sup>. En l'espèce, le *Lutèce Projex* était un produit servant à l'enduit de façades extérieures permettant leur imperméabilisation. Il s'agissait là de l'utilisation normale du produit présenté et vendu à cette fin. Or, il s'est avéré que ce produit causait des détériorations sur les façades nécessitant des travaux de reprise. Étonnamment, la première chambre civile décidait que cette situation relevait de l'obligation de délivrance suivant le motif : « *qu'il ressort des constatations*

---

<sup>107</sup> La troisième chambre a par exemple considéré comme constituant un défaut de conformité l'isolation phonique conforme aux normes légales, mais inférieure à celle contractuellement promise par le promoteur : Cass. Civ. 3, 21 févr. 1990, n° 88-10.623 *RDI* 1990, p. 372, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>108</sup> Cass. Civ. 3, 28 juin 1995, *Bull. civ.* III, n° 162 ; *D.* 1995. *IR*.188 : En l'espèce la Cour de cassation, se fondant sur l'article 1641 du Code civil définit les vices cachés comme : « *les défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». A cette occasion, la Cour précise qu'il faut se référer à « *l'utilisation normale* » de la chose ou du produit.

<sup>109</sup> Monsieur A. Bénabent s'exprimait à propos des arrêts des 16 juin, 13 oct., 27 oct. et 8 déc. 1993 en ces termes : « *L'année 1993 aura permis à la première Chambre civile de la Cour de cassation de dissiper les brumes qui obscurcissaient depuis longtemps, en droit de la vente, les rapports entre les notions de conformité et de vices cachés. Après le revirement du 5 mai 1993, par lequel elle se ralliait à la ferme distinction maintenue par la troisième Chambre civile entre délivrance conforme et garantie des vices, la première a rendu cinq nouveaux arrêts qui présentent l'intérêt à la fois d'affirmer et d'affiner les règles applicables.* », A. Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, *D.* 1994. Chron. 115.

<sup>110</sup> Cass. Civ. 1, 17 juin 1997, n° 95-18.981, *Bull. civ.* III, n° 205.

de l'arrêt que les parties étaient expressément convenues que le produit acheté par M. Poux serait utilisé comme revêtement d'une façade, mais que l'enduit vendu à cette fin par la société Lambert Industries s'est révélé inapte à l'utilisation contractuellement définie en tant qu'enduit extérieur ; que la cour d'appel a donc retenu à bon droit que la société Lambert Industries avait manqué à son obligation de livrer un produit conforme aux spécifications de la commande acceptée par elle, et que l'action de M. Poux n'était soumise qu'à la seule prescription de l'article 189 bis du code de commerce ». La doctrine majoritaire a vu en cela un subterfuge en ce sens que, pour écarter l'application de la garantie des vices cachés, il suffit de préciser dans le contrat l'usage - même normal - de la chose. Les auteurs ont à juste titre soulevé que l'application de la règle de droit repose ainsi soit sur l'habileté de l'une des parties qui connaît la jurisprudence en la matière, soit sur le hasard de la formulation du contrat<sup>111</sup>.

En tout état de cause, si l'imbroglie causé par l'arrêt *Lutèce Projex* conduit à appeler la première chambre civile à revenir à sa solution antérieure, il n'est pas exclu que le législateur, sous l'impulsion du droit communautaire, mette fin à ces tergiversations jurisprudentielles à travers l'instauration d'une uniformisation des actions en garantie des vices cachés et en délivrance conforme. En effet, depuis quelques années, nous assistons à un mouvement tendant à faire converger le défaut vers le vice en droit commun de la vente, ce qui laisse présager des répercussions sur les contrats de construction. De la même façon, bien que cette tendance à l'assimilation du défaut au désordre ne concerne actuellement que ceux qui sont apparents, des auteurs y voient la possibilité d'une contagion aux désordres et défauts non apparents<sup>112</sup>. En droit interne de la construction, l'édifice législatif traduisant cette volonté de fusion des actions fondées sur le désordre et le vice apparents a été initié par la loi ENL du 13 juillet 2006<sup>113</sup> en matière de vente d'immeuble à rénover. Quelques années plus tard, la loi MOLLE du 25 mars 2009<sup>114</sup> soumet à un régime unique de garantie le désordre et le défaut apparents concernant la vente d'immeuble à construire. Aussi, l'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive n° 99/44/CE du 25 mai 1999 instaure à l'égard des consommateurs une seule action pour le vice caché et le défaut de conformité<sup>115</sup>. Par ailleurs, il est envisageable que cet édifice se renforce encore sous l'influence du droit communautaire. On se souvient à cet égard de la proposition

---

<sup>111</sup> Ph. Malinvaud, L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière, *RDI*, 1998, p. 321.

<sup>112</sup> J. Sénéchal, La garantie des désordres et des défauts non apparents dans la vente d'immeubles à construire : des concepts sous influences, *RDI*, 2012, p. 43.

<sup>113</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

<sup>114</sup> Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

<sup>115</sup> Ord. n° 2005-36, 17 févr. 2005 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur ; Dir. n° 99/44/CE du Parlement européen et du conseil, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

de règlement sur le droit commun européen de la vente en date du 11 octobre 2011<sup>116</sup> qui prévoyait l'abandon de la distinction entre la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance conforme au profit du concept unique de conformité. Cette proposition bien qu'elle soit restée lettre morte face à la réticence de plusieurs États membres parmi lesquels la France, démontre la ferme volonté du législateur européen d'instituer un droit des contrats européen harmonisé d'application large. Monsieur BORHETTI regrette le rejet catégorique par les juristes français de ce *jus commune* d'un nouveau type, pourtant incontournable tant son influence est grande dans nombre de pays européens<sup>117</sup>.

Il résulte de ce qui vient d'être exposé qu'en l'état actuel de la jurisprudence interne en matière de défauts et désordres non apparents, les spécifications contractuelles - prévoyant entre autres - le respect des règles de l'art, permettront de situer le curseur de l'action soit sur l'obligation de garantie des vices soit sur l'obligation de délivrance conforme. S'il est vrai qu'en droit commun des contrats la distinction se veut plus artificielle depuis la réforme des délais de prescription et l'émergence d'une tendance à la fusion des deux actions, elle n'a pas plus d'incidence en matière de garantie décennale puisque le constructeur ne pourra pas invoquer l'application du régime de l'action pour défaut de conformité dès lors que l'ouvrage est affecté d'un grave dommage. Cette ouverture de la garantie décennale aux défauts de conformité, permise par l'emploi du terme de dommage par le législateur de 1978, n'est pas exempte de critiques doctrinales dont l'opportunité est discutable si l'on s'en tient à l'esprit de la loi.

## §2 La nécessité d'une définition extensive du terme de dommage

**32. Le besoin de protection du consommateur immobilier** – Monsieur TOURNAFOND dénonce l'analyse libérale de l'arrêt de la troisième chambre civile selon

---

<sup>116</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV), COM 2011, 635 final, 11 oct. 2011.

<sup>117</sup> J-S Borghetti, Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va, *D.* 2015, p. 1376. De façon éminemment pertinente, l'auteur soulève que « *Ce jus commune d'un nouveau type est devenu un objet d'étude reconnu et autonome dans la plupart des pays d'Europe. Il serait dommage que les juristes français restent à l'écart de cette culture juridique européenne qui est en train d'émerger et dont l'influence se fait déjà sentir dans les droits nationaux, jusques et y compris dans le projet de réforme du droit français des contrats* ».

Dans le même sens, Monsieur J. Knetsch dénonce la frilosité quelque peu surannée de la doctrine et de notre droit positif sur le sujet : « *L'avenir nous dira si les États membres et les autorités européennes sont prêts à reprendre le projet d'harmonisation du droit civil et, surtout, à s'en donner les moyens. Quelle que soit l'orientation choisie et quelle que puisse être l'ampleur réelle du phénomène, il est grand temps qu'universitaires et praticiens français prennent acte d'une européanisation, pour le moins sous-jacente, du droit de la responsabilité et commencent à en étudier les conséquences* ». J. Knetsch, L'européanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ?, *D.* 2017, p. 18.

laquelle tout défaut de conformité, dès lors qu'il remplit les critères de gravité de l'article 1792, est soumis à la garantie décennale<sup>118</sup>. Il déconstruit cette interprétation en soulevant notamment que la formulation des arrêts rendus sous l'empire de la loi de 1967 qui retenait le terme de vice et ceux rendus sous celui de la loi de 1978, qui retient le terme de dommage, est la même. Selon l'auteur, si l'intention de la Haute juridiction avait été d'élargir le champ de la garantie décennale, elle aurait alors précisé sa formulation en incluant expressément tous les défauts de conformité dans la notion de dommage dès lors qu'ils répondent aux conditions de l'article 1792 du Code civil. Cependant, il convient de souligner que l'action du législateur de 1978 est vraisemblablement liée au souhait jurisprudentiel d'extension du dommage décennal par l'intégration en son sein des défauts de conformité. En effet, s'il est vrai que sous la direction de la loi de 1967, la Haute juridiction dans plusieurs de ses décisions excluait de la garantie décennale les défauts de conformité ; elle impulsait corrélativement l'inclusion dans le champ décennal des non-conformités aux règles de l'art laissant ainsi présager la généralisation à toutes les non-conformités<sup>119</sup>.

En réalité, la jurisprudence a étendu le domaine de la responsabilité légale tant sous l'application de la loi de 1967 que sous celle de 1978 en décidant sans détour que : « *même s'ils ont comme 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* »<sup>120</sup>. Ainsi donc, la Cour de cassation, a été le « *maestro* » de l'extension du champ de la garantie décennale à travers la prise en compte des défauts de conformité, le législateur de 1978 quant à lui parachevait ce dessein en retenant le terme plus large de dommage. L'emploi de ce dernier procède bien d'un élargissement du domaine de la garantie légale, il y a tout lieu de penser que le législateur a sciemment choisi une notion assez large pour qu'elle puisse être adaptée par le juge sans que celui-ci se rende coupable de violation de la loi. En effet, l'ancien article 1792 du Code civil renvoyant à l'idée de vice, excluait *ipso facto* la non-conformité, or, l'abandon du terme de vice au profit de celui de dommage permet légalement d'inclure les non-

---

<sup>118</sup> Cass. Civ. 3, 13 avr. 1988, préc. – Ph. Malinvaud, (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2018/2019, n° 532.203 s.

<sup>119</sup> Cass. Civ. 3, 10 décembre 1974, n° 73-10.829, *Bull. civ.* III, n° 454. – Rapp. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 1981, n° 80-10.069, *Bull. civ.* III, n° 49. En l'espèce, la Haute juridiction, au visa de l'article 1792 en sa rédaction antérieure à la loi du 3 janvier 1967, cassait l'arrêt retenant que le droit commun contractuel s'applique quand les troubles résultent d'une non-conformité aux obligations contractuelles au motif « *qu'en statuant ainsi, tout en relevant que les défauts de l'installation constituaient des manquements aux règles de l'art et des normes réglementaires et alors que les vices cachés de la construction sont soumis à la garantie décennale, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

<sup>120</sup> Cass. Civ. 3, 13 avr. 1988 n° 86-17.824, *Bull. civ.* III, n° 67 ; *RDI* 1988, p. 302 ; *RDI* 1989, p.55. et 58, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.



conformités au sein de la garantie décennale et corrélativement un élargissement des cas ouvrant droit à celle-ci. A cet égard, Monsieur DESPORTES dénonce les réticences d'une partie de la doctrine à accepter l'assimilation des défauts de conformité. Selon cet auteur, « *il semble que l'opinion selon laquelle la garantie décennale serait une garantie des vices de la construction continue d'être largement partagée. (...) Rien n'autorise à affirmer que l'exigence d'un vice aurait été implicitement maintenue par le législateur. (...) Rien ne justifie ce « forçage », sinon une réticence quasi-instinctive à admettre la disparition d'une notion, qui a constitué, plus d'un siècle et demi durant, l'un des piliers du droit de la responsabilité des constructeurs* »<sup>121</sup>.

La jurisprudence aidant, le législateur démontre ainsi que la garantie décennale a un « *caractère attractif ou exclusif* »<sup>122</sup> puisqu'elle cantonne l'application de la responsabilité contractuelle de droit commun aux vices intermédiaires après réception. Monsieur DESPORTES avait prédit les retombées de cette évolution en affirmant « *qu'il ne fallait pas négliger l'incidence que pourrait avoir la référence à la seule notion de dommage sur les contours d'autres notions telles que celle d'impropriété à destination, notamment quand il s'agirait de déterminer le dommage causé par un défaut de conformité* »<sup>123</sup>.

Plus largement, la loi et la jurisprudence de la troisième chambre civile creusent un peu plus le caractère artificiel de la distinction entre le dommage et la non-conformité telle qu'on peut la trouver en droit commun des contrats. Si en droit commun certains auteurs soulignent que l'obligation de garantie n'est que la continuité logique de l'obligation de délivrance conforme<sup>124</sup>, le droit de la garantie décennale adopte une position plus tranchée en décidant que le dommage chasse la non-conformité lorsqu'il répond à la gravité de l'article 1792 du Code civil. La garantie légale n'est pas engagée au titre de la non-conformité mais bien au regard du

---

<sup>121</sup> F. Desportes préc.

<sup>122</sup> J.J Sabatier : « A la recherche des existants », *Gaz.Pal.* 1995 doct p.17.

<sup>123</sup> F. Desportes préc.

<sup>124</sup> E. Nicolas, *Le rôle de la jurisprudence dans la responsabilité des constructeurs*, thèse Toulouse, 1999. À propos de l'obligation de délivrance, Monsieur C. Atias soulevait l'extension de cette notion par la jurisprudence en ces termes : « En exploitant une veine ignorée du droit antérieur, la jurisprudence contemporaine modifie profondément la vente du Code civil. Délivrer, ce n'est plus seulement transporter la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ; c'est « mettre à (sa) disposition une chose qui correspond en tout point au but recherché par lui » (...) Les deux obligations de délivrance - strictement entendue - et de garantie pouvaient d'ailleurs être présentées comme tout à fait complémentaires l'une de l'autre. L'inexécution de la première est généralement facile à constater ; l'action peut donc être largement ouverte. Les défauts cachés sont bien souvent sujets à discussion ; il importe par conséquent que la garantie ait un régime plus sévère afin que l'acheteur n'agisse que s'il s'est réservé des preuves susceptibles de convaincre les juges ». C. Atias, L'obligation de délivrance conforme, *D.* 1991, p. 1. À propos de l'impact du projet de réforme de la Chancellerie du 26 juin 2017 sur la notion de délivrance : M. Poumarède, La vente immobilière au prisme de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, *RDI* 2017, p. 560. Voir aussi C. Le Gallou, Les actions de l'acheteur à raison d'un défaut de la chose : entre enchevêtrement et rationalisation, *AJ contrat* 2019, p. 71.

dommage, le second aspire en quelque sorte la première. Dès lors, en passant d'une garantie des vices à une garantie des dommages, la protection du maître de l'ouvrage est favorisée en ce sens que l'ouvrage seul et en lui-même, a le pouvoir déclencheur de la garantie décennale indépendamment de toute action ou omission des intervenants à l'acte de construction. Par ailleurs, depuis l'obligation faite aux professionnels de la construction de souscrire une assurance responsabilité décennale<sup>125</sup>, l'inclusion des défauts de conformité au sein de la garantie légale permet au maître d'ouvrage de se prémunir contre l'insolvabilité hypothétique du constructeur qu'il encourrait en cas d'action en délivrance conforme.

Le maître de l'ouvrage étant, à l'instar du consommateur, la partie faible au contrat de construction, on ne peut que soutenir l'action combinée du juge et du législateur tendant à inclure les défauts de conformités dans le champ d'application de la garantie décennale. Cette assimilation est autorisée par le terme de dommage habilement retenu par le législateur et qu'il nous semble plus opportun d'employer, aux côtés de celui de désordre. En effet, bien que la loi ait entendu réserver le terme de désordre aux cas relevant de la garantie de parfait achèvement, il nous semble que ce terme, étant dépourvu de toute considération liée à son origine, est un synonyme acceptable de dommage. Cette extension du domaine de la garantie ne doit pas faire perdre de vue la condition immuable de la gravité du dommage dont le tracé jurisprudentiel se poursuit encore.

**33. Propos conclusifs** – Les enjeux de la qualification de « dommage » pour les défauts affectant gravement l'ouvrage, ne sont assurément pas artificiels. Ce terme s'inscrit dans la droite ligne de la nature de la responsabilité décennale qui est de plein droit. En effet, alors que les termes de « vice » ou encore de « malfaçon » renvoient à une faute humaine ou plus largement, à l'origine du défaut, le dommage lui, est empreint d'une neutralité qui sied parfaitement à l'idée d'une responsabilité objective. Le législateur a en réalité parachevé l'œuvre initiée par la jurisprudence en lui permettant, à travers l'emploi de dommage, de

---

<sup>125</sup> Obligation d'assurance instaurée par la loi « *Spinetta* », n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. Désormais, l'article L. 241-1 alinéa 1 du Code des assurances dans sa dernière version en vigueur dispose « *Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance* ». Par ailleurs conformément au troisième alinéa : « *tout contrat d'assurance conclu dans ce cadre est « nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité décennale pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance* ». Les personnes assujetties à cette obligation d'assurance peuvent vraisemblablement être extraites de l'article 1792-1 du Code civil. Il s'agirait alors de l'architecte, l'entrepreneur, le technicien ainsi que l'ensemble des personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. De même, que toutes les personnes qui vendent après achèvement un ouvrage qu'ils ont construit ou fait construire ou encore celles qui accomplissent une mission assimilable à celle de locateur d'ouvrage bien qu'elles agissent en leur qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage.

maintenir la possibilité d'inclure les défauts de conformité au rang des désordres décennaux. En effet, les défauts de conformité étaient jadis exclus du champ de la garantie légale, selon la Haute juridiction et conformément aux termes de la loi de 1967, le défaut de conformité découlait alors de l'obligation de délivrance et non pas de la garantie. Avec la disparition du vice dans la formulation de l'article 1792 opérée par la loi de 1978, la Cour de cassation a pu décider d'appliquer la garantie spécifique aux défauts de conformité dès lors que ceux-ci provoquent des dommages de nature décennale. Suivant le même mécanisme, les non-conformités aux règles de l'art sont réparables par la garantie légale dès lors qu'elles entraînent un dommage suffisamment grave. Dès lors, nonobstant les joutes doctrinales sur ce constat, le domaine de la garantie spéciale se trouve largement étendu.

## ***Section 2 : La nature du désordre voué à apparaître***

**34.** La mise en œuvre de la responsabilité décennale implique la réunion d'éléments découlant de la combinaison des articles 1792 et 1792-2 du Code civil à savoir l'existence d'un ouvrage et celle d'un dommage. Nous avons préalablement souligné la dimension générique du terme d'ouvrage préféré à celui d'édifice par les rédacteurs de 1978<sup>126</sup>. La souplesse de ce terme trouve un écho jurisprudentiel dans l'appréciation des différents types de dommages décennaux. Selon les textes, le dommage permettant d'actionner la responsabilité décennale est celui qui affecte la solidité de l'ouvrage, celui qui affecte la solidité d'un de ses éléments d'équipement indissociable ou celui qui le rend impropre à sa destination<sup>127</sup>.

L'existence d'une seule de ces conséquences suffit à engager la responsabilité décennale du constructeur comme le soulignaient Messieurs MALINVAUD et JESTAZ : « *Bien qu'elles soient alternatives et non pas cumulatives, ces conditions manifestent le désir des rédacteurs de limiter la garantie décennale aux dommages présentant une réelle gravité* »<sup>128</sup>.

Cependant, il semblerait que la réalité de cette gravité ne soit plus liée à des désordres spectaculaires mais fasse l'objet d'une appréciation extensive de la jurisprudence. En effet, qu'il

---

<sup>126</sup> *Supra* n° 14.

<sup>127</sup> L'élément indissociable est défini par l'article 1792-2 comme « *formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage* ». Par un raisonnement *a contrario*, l'élément dissociable est alors celui dont la pose, le démontage, ou le remplacement peut intervenir sans détérioration ou enlèvement de matière de l'ouvrage ainsi équipé. L'élément est dissociable si son retrait est sans incidence sur l'existant mais ne détériore que lui-même.

<sup>128</sup> Ph. Malinvaud et P. Jestaz, La loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, *JCP* 1978, I, n° 2900, n° 35 s.

s'agisse de la condition de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou à l'un de ses équipements indissociables (§1), ou de l'impropriété à sa destination (§2), l'étude des décisions témoigne d'une interprétation large, parfois outrancière, de la notion de gravité.

### §1 La décennalité du désordre à travers l'appréciation jurisprudentielle rigoureuse de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou à l'un de ses éléments d'équipements indissociables

**35.** La loi de 1978 opérait une véritable refonte de la responsabilité des constructeurs afin d'offrir une protection accrue au maître de l'ouvrage, réputé être la partie faible au contrat. Le régime antérieur à cette loi entendait davantage protéger l'acquéreur contre les risques de ruine ou d'inachèvement de l'ouvrage, or, la loi de 1978 va développer un arsenal destiné à le prémunir contre un ouvrage de mauvaise qualité n'impliquant pas nécessairement l'effondrement ou le risque d'effondrement de l'ouvrage. Dès lors il semblerait que la mise en péril de la stabilité de l'ouvrage suffise à constituer la gravité décennale (A), cette stabilité pouvant également être compromise selon le législateur, par l'atteinte aux éléments d'équipement de l'ouvrage (B).

#### *A) La protection du maître de l'ouvrage à travers la recherche d'un ouvrage stable*

**36. L'évolution du sens donné à la solidité de l'ouvrage** – Dès l'origine, la responsabilité décennale était conçue en considération de la gravité de l'atteinte à l'ouvrage, constituée par la perte physique totale ou partielle de ce dernier. Plus tard, la formulation donnée à l'article 1792 du Code civil par la loi de 1967 prévoyait à son tour que la garantie décennale avait vocation à s'appliquer aux dommages d'une gravité considérable. Il disposait en effet : « *Si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant dix ans.* ». Ainsi, depuis la création de cette responsabilité, c'est bien l'altération de la solidité du bâtiment qui permet sa mise en œuvre.

Cependant, avec la loi de 1978, si la condition de la gravité demeure et porte toujours sur la solidité de l'ouvrage, l'interprétation de cette solidité va évoluer.

Le rapport SPINETTA<sup>129</sup> proposait de choisir la notion d'altération à la stabilité ou à la pérennité de l'ouvrage afin de caractériser la condition de l'atteinte à la solidité. Il en résulte que le législateur poursuivait l'objectif de protection de l'acquéreur contre un ouvrage de mauvaise qualité dont le caractère durable serait compromis. Dès lors, les rédacteurs en 1978 entendaient maintenir la limitation de la garantie décennale aux dommages les plus graves mais ils décidaient d'abandonner l'idée de « *perte en totalité ou en partie de l'édifice* » comme le prévoyait l'ancienne version de l'article 1792. La gravité ne se situe plus du point de vue du risque d'effondrement ou de la ruine complète du bâtiment mais elle réside dans la qualité de la structure de l'ouvrage et sa capacité à résister à l'épreuve du temps. En ce sens, le choix du verbe « compromettre » renforce l'idée d'une garantie de l'ouvrage s'étalant dans le temps. En effet, par l'emploi de ce terme, ce n'est pas l'effondrement imminent ou effectif de l'ouvrage qui importe mais le risque d'une atteinte à sa solidité.

On pourrait déduire de ce que vient d'être dit, une perte d'intensité de la gravité requise et corrélativement une extension des cas compromettant la solidité de l'ouvrage or, on observe que la jurisprudence applique strictement cette condition de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage et ce, tant sous la direction de la loi de 1967 que sous la loi de 1978. Il a par exemple été jugé qu'un défaut d'étanchéité de l'immeuble impliquant des infiltrations à l'intérieur des appartements, portait atteinte à la solidité de l'ouvrage<sup>130</sup>, de même qu'un glissement de terrain déstabilisant l'assise de la construction rendant nécessaire l'évacuation de l'ensemble<sup>131</sup>. En revanche, la responsabilité décennale du constructeur n'a pas été engagée pour des désordres affectant l'étanchéité d'un bâtiment n'ayant provoqué que des dégâts extérieurs sans entraîner d'infiltration à l'intérieur<sup>132</sup>.

L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de solidité de l'ouvrage permet de conclure à une application stricte de la condition de l'atteinte à la stabilité. A cet égard, la Cour de cassation rappelle régulièrement que l'appréciation de cette atteinte relève de l'appréciation

---

<sup>129</sup> Proposition pour une réforme de l'assurance construction, ou « *rapport Spinetta* » du nom de son inventeur, Doc. fr. 1976, p. 30 et s.

<sup>130</sup> Cass. Civ. 3, 12 mars 1986, n° 84.14.486, *Bull. civ.* III, n° 28.

<sup>131</sup> Cass. Civ. 3, 14 nov. 1984, *RDI* 1985, p. 158.

<sup>132</sup> Cass. Civ. 3, 10 déc. 1986, n° 85-12.696, *Bull. civ.* III, n° 178. En l'espèce, la Cour de cassation approuvait une cour d'appel ayant « *estimé que les malfaçons, dénoncées avant l'expiration du délai décennal, n'avaient, au cours de ce délai, entraîné que des dégâts extérieurs ne portant, ni ne risquant de porter dans un avenir prévisible, atteinte ni à la solidité des immeubles ni à leur destination, la cour d'appel en a exactement déduit que ces désordres ne relevaient pas de la garantie décennale, sans que leur aggravation, résultant de l'apparition, après l'expiration du délai, d'infiltrations intérieures, soit susceptible de les faire entrer dans le champ de cette garantie* ».

souveraine des juges du fond. La rigueur dans l'appréciation de cette condition a conduit la jurisprudence à exclure de la garantie décennale les désordres purement esthétiques dans la mesure où ils n'altèrent aucunement la solidité de l'ouvrage<sup>133</sup>. *A contrario*, cette rigueur n'a pas empêché la Haute juridiction de retenir la responsabilité décennale pour la réalisation de travaux sur des ouvrages existants dès lors que l'importance de ces travaux impliquait une modification structurelle de l'ouvrage pouvant de ce fait altérer sa solidité.

**37. La prise en compte de travaux neufs mettant en péril la solidité de l'ouvrage existant** – Monsieur SPINETTA en 1978, déclarait que la question des travaux sur existants – définis de façon consensuelle comme des actes d'amélioration de l'ouvrage existant<sup>134</sup> – était posée à une époque où « *la réhabilitation constitue l'un des objectifs majeurs de la politique de construction du pays* »<sup>135</sup>. Il ressort en effet que les années 1980 ouvraient l'ère de la réhabilitation des constructions d'où il suivait la nécessité d'accorder aux travaux sur existants le bénéfice de la garantie décennale. Cette mission a été dévolue à la jurisprudence en l'absence de précision textuelle. Pour autant, il y a lieu de supposer que le législateur lui-même souhaitait inclure au sein de la garantie légale tous les travaux de réhabilitation<sup>136</sup>. Ainsi, l'assimilation de la réalisation de travaux sur des ouvrages existants à la garantie décennale a été l'œuvre d'une jurisprudence tâtonnante à ses débuts, tant la multiplicité des catégories de travaux rendait difficile la détermination de ceux ouvrant droit à la garantie et ceux qui en seraient exclus.<sup>137</sup> La pratique pouvant en effet qualifier de façon non exhaustive ces travaux d'amélioration, de réfection, de restauration ou encore de réhabilitation, il appartenait à la jurisprudence, en l'absence de toute indication textuelle, de définir les critères permettant leur inclusion au sein de la garantie décennale. La question la plus épineuse est aussi celle qui conditionne l'application de la garantie légale. Elle consiste à savoir si les travaux considérés sont bien constitutifs d'un ouvrage, condition *sine qua non* à l'engagement de la responsabilité

---

<sup>133</sup> Le principe de l'exclusion des désordres esthétiques concerne précisément les désordres dont l'unique désagrément est d'ordre exclusivement esthétique. Nous verrons plus en amont qu'une nuance existe lorsque les malfaçons, bien qu'esthétiques, peuvent sous certaines conditions revêtir une certaine gravité pour le maître de l'ouvrage qui pourra alors prétendre au bénéfice de la garantie légale (*infra* n°45).

<sup>134</sup> Plus précisément, aussi bien la doctrine que la jurisprudence s'accordent à retenir la définition émise par le Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978 par le biais d'une communication du 25 octobre 1983, suivant laquelle les existants sont « *les parties anciennes de la construction, existantes avant l'ouverture du chantier et sur, sous, ou dans lesquelles seront exécutés les travaux.* »

<sup>135</sup> Rapport Spinetta préc.

<sup>136</sup> Monsieur J. Barrot déclarait que : « *le projet de loi vise aussi bien les travaux neufs que les travaux de réhabilitation* ». J.O, déb. Ass. Nat. 19 déc. 1977, p. 8977. Par ailleurs, l'abandon par la loi du terme d' « édifice », lui préférant celui d'ouvrage, a permis à la jurisprudence d'étendre cette notion d'ouvrage de telle sorte qu'une grande variété de travaux peuvent constituer des ouvrages sur existant.

<sup>137</sup> M. Thioye, Responsabilité décennale et travaux (neufs) sur (ouvrages) existants, *Droit et Ville*, 2014, Vol.77 fasc.1, p.217 s.

décennale<sup>138</sup>. Bien que l'on puisse regretter le manque de constance des décisions, il semblerait que nous puissions dégager deux critères généraux permettant de répondre à cette question, sans pour autant qu'ils soient exclusifs d'autres critères de catégorisation.

Le premier est sans nul doute lié au risque d'atteinte à la solidité de l'ouvrage recevant les travaux puisqu'il réside dans l'importance des travaux réalisés. Le second critère quant à lui consiste dans l'apport d'un élément nouveau. Conformément au premier critère, la Haute juridiction a pu soumettre à la garantie décennale la réfection d'une salle de cinéma compromettant l'ossature<sup>139</sup> ou encore des travaux de surélévation d'un immeuble<sup>140</sup>. La question s'est également posée en matière de travaux d'entretien tels que les travaux de ravalement de façade. La Cour de cassation décide que si ces derniers assurent une fonction d'étanchéité, l'article 1792 a vocation à s'appliquer<sup>141</sup>. A la lecture des décisions impliquant le critère de l'importance des travaux, on observe que les juges du fond, appuyés par la Cour de cassation retiennent l'unicité de l'existant et des travaux neufs. A cet égard, il a été jugé : « *qu'on ne pouvait dissocier les existants des travaux neufs qui étaient devenus indivisibles par leur incorporation à l'immeuble, ni 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* »<sup>142</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation opère un contrôle sur la qualification retenue par les juges du fond lesquels répondent aux exigences de la Cour tenant en la précision de la nature et de la consistance des nouveaux travaux. Par ailleurs, l'idée « d'incorporation » des travaux semble correspondre à celle d'une importance considérable de la teneur des travaux. La jurisprudence démontre ici une certaine sévérité en retenant que, dès lors que les travaux neufs et les travaux existants sont devenus indissociables par incorporation et que la cause du dommage subit par les existants se trouve en tout ou partie dans les travaux neufs, la responsabilité décennale du second constructeur peut être engagée pour la réparation des dommages aux existants<sup>143</sup>. Le critère de l'importance des travaux revêt un aspect générique qui encore aujourd'hui se maintient et permet à la jurisprudence de retenir par exemple que la « transformation » de

---

<sup>138</sup> V. sur ce point : A. Fournier, Garantie décennale : rappel de l'importance de la qualification préalable d'ouvrage et précision de la date de la réception tacite présumée, *RDI* 2021, p. 102.

<sup>139</sup> Cass. Civ. 3, 4 mai 1988, n° 86-18.876.

<sup>140</sup> C.A. Paris, 23 janv. 1990, *RDI* 1990, p. 373 obs. Ph. Malinvaud et B. Boulbi.

<sup>141</sup> Cass. Civ. 3, 3 mai 1990, n° 88-19642, *Bull. civ.* III, n° 27 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 avr. 2002, n° 00-13.890, *RDI* 2000 p. 55.

<sup>142</sup> Cass. Civ. 3, 30 mars 1994, n° 92-11.996, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 1994, p. 673, obs. G. Leguay ; *D.* 1995. 279, obs. R. Raffi.

<sup>143</sup> Solution confirmée par un arrêt du 5 juillet 2006 (Cass. Civ. 3, 5 juil. 2006, n° 05-16.227, *Bull. civ.* III n° 167) et consacrée aujourd'hui à l'article L-243-1-1 du Code des assurances. V. sur ce point : C. Charbonneau, Responsabilité et travaux sur existants, *LPA*, 14 oct. 2016, p. 25.

l'ouvrage par les travaux entrepris, procède d'une importance telle, que ces derniers s'assimilent à la construction d'un ouvrage<sup>144</sup>.

Le second critère dégagé par la jurisprudence réside dans l'apport d'un élément nouveau à la construction existante<sup>145</sup>.

L'adjonction d'un élément nouveau est la condition qui semble prendre le relais lorsque celle de l'importance des travaux fait défaut. En effet, alors qu'une Cour d'appel avait fait application du critère de l'ampleur des travaux en énonçant que : « *M. Y... n'a pas confectionné un nouvel appareillage, une grande partie de son intervention ayant consisté en un nettoyage et un réajustement des tuiles, que la facture qu'il a présentée est d'un montant modeste et correspond à une réparation de caractère sommaire, et qu'il s'ensuit que ces travaux ne bénéficient pas de la garantie décennale* », la Cour de cassation décidait de faire prévaloir le critère de l'apport d'élément nouveau en ces termes : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que M. Y... avait apporté à la toiture et à la charpente de l'immeuble des éléments nouveaux, tels que chevrons, voliges, liteaux et panne faîtière, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé* »<sup>146</sup>. A la lecture de cet arrêt on observe que la restriction jurisprudentielle quant à l'appréciation de la solidité de l'ouvrage, est contournée par la souplesse de l'interprétation du terme d'ouvrage, ce dernier intégrant en son sein l'élément neuf pour ne faire qu'un. Cette analyse favorable au maître de l'ouvrage laisse cependant planer un doute sur le régime applicable à cet « *ouvrage assemblé* »<sup>147</sup>. En réalité, dès lors que les travaux répondent aux conditions jurisprudentielles de rattachement à l'ouvrage existant, il n'y a pas de concours de régime, seul l'article 1792 du Code civil a vocation à s'appliquer. Ainsi, lorsque les travaux sont constitutifs d'un ouvrage

---

<sup>144</sup> Cass. Civ. 3, 26 oct. 2017, n° 16-15.665. La Haute cour approuvait la cour d'appel suivant le motif ici reproduit : « *Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que les travaux consistaient à transformer les fermettes industrielles en modifiant les fiches et contrefiches, en mettant en oeuvre deux entrants supplémentaires, ainsi qu'un plancher en aggloméré de 20 mm cloué sur lambourdes 54x36 mm posées sur les entrants des fermettes, et à augmenter la surface habitable par la création de trois pièces dans des combles initialement non habitables et qu'il ne s'agissait pas d'un simple aménagement, mais d'une transformation de l'ouvrage existant, la cour d'appel a pu en déduire que ces travaux, par leur importance, s'assimilaient à la construction d'un ouvrage* ». Rapp. Cass. Civ. 3, 26 oct. 2017, n° 16-18.120, C.Charbonneau, Quand le quasi-ouvrage emporte l'ouvrage, *RDI* 2018, p. 41.

<sup>145</sup> Là encore, les pouvoirs du juge dans la détermination de « l'élément nouveau » sont prépondérants. Voir à ce sujet : Ph. Malinvaud, À propos des éléments d'équipement dissociables : observations sur le pouvoir du juge, *RDI* 2018. 230 ; M. Faure-Abbad, Fourniture et pose d'une pompe à chaleur : la standardisation de la chose n'empêche pas la spécificité de l'installation et le jeu de la garantie décennale, *RDI* 2021, p. 32 ;

<sup>146</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 nov. 1994, n° 92-20.804, *Bull. civ.* n° 184, *RDI* 1995. 106, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; *RGAT* 1995, p. 124, obs. H. Périnet-Marquet.

<sup>147</sup> Ces interrogations ne se sont pas développées au fur et à mesure de la jurisprudence mais étaient déjà en germe en 1978, Monsieur Spinetta énonçant alors que « *les travaux sur existants, présentent ainsi par nature la double caractéristique d'être du point de vue technique de réalisation délicate, et, du point de vue juridique, de relever à la fois du droit commun et de la législation particulière à la construction* » : Communication du comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978 concernant les travaux sur existants du 25 novembre 1983.



par leur importance ou leur incorporation, la garantie légale s'applique aussi bien aux dommages causés aux existants par les travaux neufs<sup>148</sup>, qu'aux dommages subis par les travaux neufs en eux même<sup>149</sup>. Cette fusion des travaux neufs avec la structure existante est source d'interrogation portant sur la sécurité juridique du nouveau constructeur puisque, dès lors que l'origine du désordre est indifférente en matière de garantie décennale, il pourrait être contraint à la réparation d'un dommage provenant de l'ancien ouvrage.

Il est cohérent d'appliquer la garantie décennale au constructeur des nouvelles réalisations si le dommage qui les touche répond aux critères de l'article 1792 du Code civil. Néanmoins, il est moins aisé d'affirmer que la garantie puisse s'étendre à l'ouvrage existant si ce dernier souffre d'un dommage décennal dont on ne sait pas s'il est en corrélation avec la nouvelle action. Il apparaît que la jurisprudence, appliquant une fiction juridique selon laquelle les nouveaux travaux font corps avec la structure existante, décide d'actionner la garantie décennale à ce qu'elle considère comme un ensemble. Une partie de la doctrine soutient sur ce point la jurisprudence, l'idée dominante étant que la réalisation de travaux neufs confiée à un constructeur implique que ce dernier doit veiller à la conservation des ouvrages existants<sup>150</sup>. La maîtrise des règles de l'art est en quelque sorte l'assise de cette propagation de responsabilité à celui qui intervient sur l'ouvrage<sup>151</sup>. Néanmoins, des auteurs comme Monsieur BIGOT dénoncent une extension démesurée de la garantie décennale qu'il conviendrait de contenir. Ce dernier pose alors la question suivante : « *si on admet que les dommages aux existants relèvent de la responsabilité civile décennale par cela seul qu'ils sont consécutifs à des travaux neufs, soumis à la responsabilité civile décennale, qu'en sera-t-il des désordres causés aux immeubles voisins du seul fait des travaux neufs ?* »<sup>152</sup>. Nous rejoignons Monsieur BIGOT sur cette crainte d'un élargissement incontrôlé de la garantie légale rendu possible par le choix législatif du

---

<sup>148</sup> Monsieur Dessuet qualifie ces derniers de « *dommages consécutifs affectant les existants* », justifiant alors l'application de la garantie légale. P. Dessuet, Le problème des travaux sur existants depuis les revirements de juin et septembre 2017, *RDI* 2018, p. 136. Par ailleurs, cette solution est confortée par l'article L.243-1-11. II du Code des assurances qui prévoit : « *Ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles* ».

<sup>149</sup> À cet égard, la solution de l'application de la garantie décennale au nouvel intervenant est maintenue quand bien même les dommages subis par les travaux neufs sont le fait d'un désordre affectant l'existant. La circonstance de ce que les désordres des travaux neufs sont causés par les existants n'est pas une cause d'exonération pour le nouveau constructeur : Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juin 1998, n° 96-20.125. En revanche, il en va différemment lorsque la cause des désordres siègeant dans l'existant était indécélable au moment des travaux : Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 26 févr. 2003, n° 01-16.441, *Bull. civ.* III, n° 46.

<sup>150</sup> H. Perinet-Marquet, La responsabilité relative aux travaux sur existants, *RDI* 2000. 483.

<sup>151</sup> Les règles de l'art que l'on peut définir comme l'ensemble des savoir-faire référentiels dirigeant la technique du bâtiment et qui forment en quelque sorte un standard à suivre, peuvent aisément comprendre en leur sein l'exigence pour l'intervenant sur un ouvrage existant, de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter tout endommagement de l'ouvrage.

<sup>152</sup> J. Bigot, Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, *Ord.* 8 juin 2005, *JCP* 2005. I. 148.

terme d'ouvrage. Il est vrai que la situation dans laquelle un ouvrage sain jusqu'à lors, qui ne présente des signaux d'atteinte à sa solidité qu'après une nouvelle intervention, laisse supposer une corrélation entre cette intervention et le dommage survenu. Cependant, l'évidence paralysant la démonstration, le juge ne saurait statuer sur de simples suppositions. La manœuvre consistant à fusionner les travaux neufs et l'ouvrage existant, fait perdre de vue la question de l'imputabilité du dommage qui n'est pas étrangère au domaine de la garantie décennale<sup>153</sup>. Cette condition de l'imputabilité est en effet commune à tous les régimes de responsabilité indépendamment de l'exigence ou non d'une faute. Elle est définie comme l'exigence d'un lien de cause à effet qui doit relier le dommage dont il est demandé réparation à la personne qui, fautive ou non, en sera déclarée responsable<sup>154</sup>. Il est toujours loisible au locateur d'ouvrage réalisant les nouveaux travaux de démontrer qu'il n'y a aucun lien de causalité entre son action et les désordres constatés. La jurisprudence admet en effet déjà cette possibilité en ces termes : « *la garantie décennale d'un constructeur ne peut pas être mise en œuvre pour des désordres qui ne sont pas imputables à son intervention* »<sup>155</sup>. Néanmoins, le caractère aléatoire des décisions retenant tantôt l'unicité de l'ouvrage dont il résulte l'engagement de la responsabilité du nouvel intervenant, tantôt le défaut d'imputabilité à l'action de ce dernier, est générateur pour lui d'une grande insécurité juridique. C'est pourquoi nous pensons que l'intervention du législateur est en l'espèce nécessaire et pourrait résider dans la transposition du mécanisme prévu pour le contrôleur technique par l'article L.125-2 du Code de la construction et de l'habitation. Cet article prévoit que le contrôleur technique n'est soumis à la garantie décennale « *que dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage* »<sup>156</sup>. Il serait opportun que le législateur adopte un raisonnement similaire au constructeur exécutant des travaux sur existants en ajoutant cependant que par exception, l'existant pourrait également bénéficier de la garantie légale à la condition d'un lien entre l'action du constructeur et l'apparition d'un dommage sur la structure initiale. Sur ce point, l'ordonnance du 8 juin 2005 est à notre sens insuffisante quant au sort des travaux neufs lorsqu'elle énonce que l'obligation d'assurance n'est pas applicable « *aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à*

---

<sup>153</sup> Ph. Malinvaud, Garantie décennale : la condition d'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur, *RDI* 2015, p. 420.

<sup>154</sup> F. Linditch, *Rép. dr. immobilier*, mars 2016, n° 358.

<sup>155</sup> Cass. Civ. 3, 25 mars 2015, n° 13-27.584, *RDI* 2015, p. 310, obs. P. Malinvaud.

<sup>156</sup> Plus précisément, l'article L.125-2 du Code de la construction et de l'habitation en sa version issue de l'Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020, dispose : « *Le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître d'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du code civil, qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 1792-4-1 du même code. Le contrôleur technique n'est tenu vis-à-vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage* ».

*l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles* »<sup>157</sup>. Ainsi, de façon générale en matière d'atteinte à la solidité de l'ouvrage, la jurisprudence livrée à elle-même, doit s'employer à dégager les critères permettant de caractériser cette atteinte. Une attention particulière a ainsi été portée au préjudice esthétique.

**38. L'exclusion des désordres esthétiques justifiée par l'absence d'atteinte à la solidité de l'ouvrage** – La gravité décennale requise pour la mise en œuvre de la garantie implique l'exclusion du désordre purement esthétique. En effet, ce dernier ne compromet pas la solidité de l'ouvrage et à ce titre, ne permet pas la mise en œuvre de la garantie décennale. Il peut être défini comme une altération de l'apparence de l'ouvrage ou des éléments d'équipement indissociables. En cela, le désordre est purement visuel et n'entraîne pas d'atteinte à la solidité de l'ouvrage. Cette solution a été très tôt retenue par la Haute juridiction en ces termes : « *Ayant souverainement retenu que l'oxydation de quelques armatures d'acier de pergolas de terrasses dénoncée avant l'expiration du délai décennal n'avait, au cours de ce délai, entraîné que des éclatements de béton en surface ne pouvant nuire à la solidité de l'ouvrage, la Cour d'appel en a exactement déduit que ces désordres de caractère purement esthétique ne relevaient pas de la garantie décennale malgré une aggravation résultant de l'apparition après l'expiration du délai de nouveaux dégâts constatés par huissier de justice* »<sup>158</sup>. Les dommages esthétiques font partie de la catégorie des dommages dits « intermédiaires »<sup>159</sup>. Ces derniers concernent les dommages qui, à défaut de gravité, ne relèvent pas de la garantie décennale, pas plus qu'ils ne relèvent de la garantie biennale dans la mesure où ils n'affectent pas les éléments d'équipement dissociables. Ces désordres dits intermédiaires sont réparés sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun impliquant la preuve d'une faute<sup>160</sup>.

S'il ne fait nul doute que les malfaçons esthétiques ne sauraient être suffisamment graves pour être constitutives d'un désordre affectant la solidité de l'ouvrage, nous verrons que la solution est plus nuancée lorsqu'il s'agit de soulever des désordres esthétiques dans le cadre d'une impropiété de l'ouvrage à sa destination<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts.

<sup>158</sup> Civ. 3, 13 févr. 1991, n° 89-12.535, *Bull. civ.* III, n° 105, *RDI* 1991, p. 222, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

<sup>159</sup> *Infra* n° 120.

<sup>160</sup> Solution retenue tant sous l'empire de la loi de 1967 que sous celui de la loi de 1978 : Cass. Civ. 3, 10 juil. 1978, n° 77-12.595, *Bull. civ.* III, n° 285, arrêt « *Delcourt* », *JCP* 1978. II. 19130, note G. Liet-Veaux. – Cass. Civ. 3, 9 juil. 1997, n° 95-15418.

<sup>161</sup> *Infra* n° 44.

*B) La protection du maître de l'ouvrage à travers la recherche d'une solidité de l'élément d'équipement indissociable*

**39. Détermination de l'élément d'équipement** – Les éléments d'équipement, bien que n'étant pas définis par loi, sont généralement opposés dans les textes aux éléments constitutifs de l'ouvrage<sup>162</sup>. Les éléments constitutifs de l'ouvrage sont ceux que les constructeurs transforment afin de construire l'ouvrage tels que le ciment, le plâtre ou encore le bois, tandis que les éléments d'équipement sont « *les produits de construction fabriqués pour être incorporés, assemblés, utilisés ou bien installés de façon durable dans les ouvrages afin qu'ils puissent remplir leur destination générale* »<sup>163</sup>. Du point de vue de l'élément d'équipement, l'article 1792-2 du Code civil tel qu'il est issu de l'ordonnance du 8 juin 2005<sup>164</sup> énonce : « *La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.* » La formulation de cet article diffère quelque peu de ce qu'avait prévu le législateur en 1978 celui-ci retenant alors le terme de bâtiment. Ce terme aurait dû conduire à exclure de la garantie les éléments d'équipement ne portant pas sur un bâtiment. Cette notion de bâtiment a fait l'objet de plusieurs tentatives de définition. La plus pertinente, bien qu'elle n'ait pas été consacrée, est celle du droit des assurances qui considère le bâtiment comme un ouvrage immobilier, dans lequel l'homme pouvait se mouvoir, et qui le protégeait contre les agressions des éléments naturels extérieurs. La certitude existait néanmoins concernant son caractère plus restrictif par rapport à la notion d'ouvrage. Cependant, en ces temps déjà, la jurisprudence s'affranchissait de la lettre de la loi et appliquait la garantie décennale à des ouvrages autres que des bâtiments, l'ordonnance du 8 juin 2005 précitée est en ce sens dans la droite ligne de la pratique judiciaire.

L'article 1792-2 précise que l'élément d'équipement concerné est celui qui est considéré comme « *formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage* ». Là encore, tant les rédacteurs de 1978 que ceux de 2005, ne fournissent pas de définition de l'élément

---

<sup>162</sup> Alors que le rapport Spinetta ne prévoyait pas de soumettre les éléments d'équipement à la responsabilité spécifique des constructeurs, la loi du 4 janvier 1978 a pris sur ce point précis le contre-pied des préconisations. Les éléments d'équipement conservaient alors le bénéfice de la responsabilité spécifique des constructeurs.

<sup>163</sup> M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, éd.3 Gualino, 2016, n°687 s.

<sup>164</sup> Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 préc.

d'équipement, renvoyant ainsi la jurisprudence à son rôle d'interprétation. Monsieur MALINVAUD retient que l'élément d'équipement peut se définir par opposition à l'élément constitutif. Celui-ci est selon l'auteur, transformé par le constructeur dans le cadre de la « *fonction construction* », tandis que les éléments d'équipement consisteraient en des appareils ou matériaux plus élaborés et posés en l'état<sup>165</sup>. D'autres auteurs proposent de retenir des critères différents afin de déterminer l'existence d'un élément d'équipement. Monsieur DESSUET adopte une définition négative de l'élément d'équipement, selon cet auteur, l'élément d'équipement ne peut pas être un élément purement mobilier, il ne peut être que de nature immobilière, de même qu'il ne peut avoir qu'une simple vocation esthétique<sup>166</sup>.

En tout état de cause, la *summa divisio* induite de l'article 1792-2 du Code civil porte sur les éléments d'équipement indissociables ou non. Ce dernier prévoit en effet : « *un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage.* ». Il en résulte que le critère permettant de distinguer l'élément dissociable de l'élément indissociable réside dans la fixation de l'élément d'équipement à son support. Néanmoins le mode employé pour cette fixation n'est pas sans poser des difficultés et donne lieu à des décisions étonnantes. Il a par exemple été jugé qu'un carrelage est un élément indissociable lorsqu'il est collé par une barbotine de ciment<sup>167</sup>, mais dissociable s'il est posé sur un mortier de ciment lui-même collé sur un film plastique déroulé sur la dalle<sup>168</sup>. Ces décisions témoignent parfaitement des craintes exprimées par Monsieur SPINETTA lorsqu'il déclarait : « *il serait contraire à l'intérêt de l'utilisateur, que des différences mineures dans le mode de fixation d'un élément d'équipement (par exemple scellement direct au lieu de fixation par écrou sur boulon scellé) fassent glisser l'élément du domaine de la garantie de bon fonctionnement à celui de la responsabilité de plein droit* »<sup>169</sup>. À nouveau, on observe une très grande latitude accordée au juge afin de déterminer le caractère dissociable ou non de l'élément d'équipement. Ces solutions s'appliquent naturellement aux éléments d'équipement dans le cadre de la construction d'un ouvrage neuf, mais la jurisprudence a également pu se prononcer sur le cas des éléments d'équipements installés sur des existants. Elle a à cet égard retenu que

---

<sup>165</sup> Ph. Malinvaud, (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2018, n° 473 s.

<sup>166</sup> P. Dessuet, Ombre et lumière sur le régime juridique applicable à l'assurance de l'élément d'équipement de l'ouvrage, *RGDA* déc. 2018, n° 116c0, p. 526.

<sup>167</sup> C.A. Paris, 19<sup>e</sup> ch., 16 mars 2001, *RDI* 2001 p.253.

<sup>168</sup> Cass. Civ., 3, 20 juin 2001, n° 99-20.245, *RDI* 2001, p.519, obs. Malinvaud.

<sup>169</sup> A.Spinetta, *Annales des ponts et chaussées*, 4<sup>e</sup> trimestre 1978, p. 26, n° 3.2342.

si un désordre affecte un élément d'équipement même dissociable, mais rend tout l'ouvrage impropre à sa destination, la garantie décennale peut être engagée<sup>170</sup>. Elle n'est plus alors due au titre de l'article 1792-2 mais découle simplement de l'article 1792 du Code civil qui prévoit l'application de la garantie aux dommages qui « *affectant l'ouvrage dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». La jurisprudence sur ce point a rendu en 2017 une série d'arrêts dont l'un consacre une formulation s'apparentant selon certains auteurs<sup>171</sup>, à un arrêt de règlement<sup>172</sup>, elle énonce alors sommairement : « *les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination* »<sup>173</sup>. Par conséquent, indépendamment de toute atteinte à la solidité de l'équipement, la garantie décennale a vocation à s'appliquer dès lors que l'ouvrage dans son ensemble est rendu impropre à sa destination par l'existence d'un défaut touchant un élément d'équipement qu'il soit dissociable ou non. Cela témoigne de façon générale qu'il est bien plus aisé de rechercher la condition de la gravité du dommage dans la notion quelque peu générique d'impropriété à la destination de l'ouvrage, que dans celle de l'atteinte à sa solidité<sup>174</sup>.

**Propos conclusifs** – L'atteinte à la solidité de l'ouvrage est le premier versant de la gravité requise par l'article 1792 du Code civil. La loi de 1978 a développé un système destiné à prémunir le maître de l'ouvrage contre un ouvrage de mauvaise qualité, ce dont il résulte que l'effondrement ou le risque d'effondrement de l'ouvrage ne sont plus les seuls critères conditionnant la réparation du désordre décennal. La gravité ne se situe plus du point de vue du risque de perte physique totale ou partielle de l'ouvrage. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence rendue en matière de solidité de l'ouvrage, permet de conclure à une application stricte de cette condition, comme en témoigne l'exclusion des désordres purement esthétiques, dans la mesure

---

<sup>170</sup> De façon générale, le critère de l'impropriété à la destination de l'ouvrage qui constitue l'une des conditions alternatives d'application de la garantie décennale, fait l'objet d'une application jurisprudentielle extensive. Elle n'implique pas nécessairement un dommage matériel à l'ouvrage et tient compte également de la destination convenue par les parties. V. *supra* n° 36 s.

<sup>171</sup> P. Dessuet, préc.

<sup>172</sup> Les arrêts de règlement désignent une pratique courante jusqu'en 1789, par laquelle les Parlements d'Ancien Régime rendaient une décision solennelle de portée générale, abstraite et qui s'imposait aux juridictions inférieures. Ces arrêts valaient pour l'avenir et à l'égard de tous, tout comme la loi. Cependant, leur caractère attentatoire au principe de la séparation des pouvoirs, ont conduit les rédacteurs du Code civil à les prohiber à travers l'article 5 qui dispose encore à ce jour : qu' « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

<sup>173</sup> Cass. Civ. 3, 15 juin 2017, n° 16-19640, P., À propos de cet arrêt : C.Charbonneau, L'avènement d'un quasi ouvrage, *RDI* 2017, p. 409 ; Rapp. : Cass. Civ. 3, 14 sept. 2017, n°16-17.323, *D.* 2017, p. 1836 ; *RDI* 2017 p. 542.

<sup>174</sup> Sur ce point, V. : P. Dessuet, Le problème des travaux sur existants depuis les revirements de juin et septembre 2017, *RDI* 2018, p. 136.

où ceux-ci n'altèrent aucunement la solidité de l'ouvrage. A l'inverse, cette rigueur n'a pas empêché la Haute cour de retenir la responsabilité décennale pour la réalisation de travaux sur des ouvrages existants dès lors que l'importance de ces travaux impliquaient une modification structurelle de l'ouvrage pouvant de ce fait altérer sa solidité. L'assimilation de la réalisation de travaux sur des ouvrages existants à la garantie décennale a été l'œuvre d'une jurisprudence hésitante, tant la multiplicité des catégories de travaux rendait difficile la détermination des critères distinguant ceux qui ouvrent droit à la garantie et ceux qui en sont exclus. Malgré le manque de constance des décisions, deux critères généraux peuvent être dégagés. Le premier est lié à l'importance des travaux réalisés, le second critère quant à lui consiste dans l'apport d'un élément nouveau. Néanmoins, nous pensons que le caractère aléatoire des décisions retenant tantôt l'unicité de l'ouvrage, dont il résulte l'engagement de la responsabilité du nouvel intervenant, tantôt le défaut d'imputabilité à l'action de ce dernier, est générateur pour lui d'une grande insécurité juridique et nécessite l'intervention du législateur. Celle-ci pourrait résider dans la transposition du mécanisme prévu pour le contrôleur technique par l'article L.125-2 du Code de la construction et de l'habitation. Cet article prévoit que le contrôleur technique n'est soumis à la garantie décennale « *que dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage* ».

## §2 La décennialité du désordre à travers l'appréciation jurisprudentielle extensive de l'impropriété à la destination de l'ouvrage

Le rôle créateur de la jurisprudence s'exprime dans toute son ampleur en matière d'impropriété à la destination de l'ouvrage, notion qui constitue le deuxième versant de la gravité décennale. L'analyse des décisions en la matière témoigne de l'élargissement du domaine de la garantie décennale à travers le passage d'une conception objective de l'impropriété à la destination de l'ouvrage (A), à une conception subjective (B).

*A) La prudente appréciation in abstracto de l'impropriété à la destination de l'ouvrage*

**40. L'utilisation classique de la destination normale de l'ouvrage** – La capacité de l'ouvrage à remplir sa fonction a été mise en lumière par la loi SPINETTA à travers la notion d'impropriété à la destination de l'ouvrage. Le choix de cette formulation avait alors été débattu, certains la considérant trop large et s'inquiétant de ce fait qu'elle ne devienne une notion « fourre-tout ». Le sénateur LEDERLAN proposait ainsi de retenir l'expression « *ayant pour effet d'en interdire l'utilisation dans des conditions normales d'habitabilité* »<sup>175</sup>. Bien que cette proposition n'ait pas trouvé l'appui du législateur, elle révèle une conception objective du second aspect de la gravité du dommage décennal. En effet, de façon classique, l'impropriété à la destination est entendue par rapport à la destination normale de l'ouvrage. Pour apprécier l'impropriété de façon *in abstracto*, la Cour de cassation prend en considération la destination des lieux en fonction de leur nature. Il a, par exemple, été jugé que l'exiguïté d'une rampe d'accès aux garages rendant ceux-ci inutilisables pour des voitures de dimension courante, devait permettre la mise en œuvre de la garantie décennale<sup>176</sup>. De la même façon, la Cour de cassation a décidé que l'impropriété de l'ouvrage à sa destination « *s'apprécie par référence à sa destination découlant de son affectation, telle qu'elle résulte de la nature des lieux* »<sup>177</sup>.

Alors que l'impropriété est appréciée souverainement par les juges du fond, la Cour de cassation opère un contrôle de motivation des décisions. A cet égard, la Haute juridiction vérifie notamment que les juges ne se contentent pas de soulever l'existence d'un désordre sans déterminer que ce dernier constitue une impropriété à la destination de l'ouvrage l'affectant dans son ensemble<sup>178</sup>. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que des désordres, même légers,

---

<sup>175</sup> A. Caston, *Traité de la responsabilité des constructeurs*, éd. 8, Le moniteur, 2018, p.525

<sup>176</sup> Cass. Civ. 3., 9 juin 1999, n° 97-20.505, *Bull. civ.* III, n° 130, *RDI* 1999, p. 409. La Cour de cassation censurait en l'espèce la cour d'appel en ces termes « alors qu'elle avait constaté que l'exiguïté de la rampe d'accès aux garages rendait ceux-ci inutilisables pour des voitures de dimension courante, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ».

<sup>177</sup> Cass. Civ. 3, 5 déc.2019 n° 18-23.379, *AJDI* 2020, p. 232.

<sup>178</sup> Monsieur Malinvaud soulevait à propos de l'article 1792 du Code civil et à l'occasion de deux arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, l'un du 2 octobre 2001, l'autre du 14 novembre 2001, que « *Le texte est parfaitement clair : c'est l'ouvrage qui doit être rendu impropre à sa destination, et non pas seulement l'élément constitutif ou l'élément d'équipement. La jurisprudence l'a rappelé à maintes reprises (...) mais les juridictions du fond n'en tiennent pas toujours compte* ». Ph. Malinvaud, L'impropriété s'entend de la destination de l'ouvrage, *RDI* 2002, p. 86. Par ailleurs, il arrive parfois que les juges caractérisent l'exigence d'une impropriété générale à la destination de l'ouvrage en retenant l'existence d'une atteinte partielle de nature à enclencher la garantie décennale. Ils sont à cet égard soutenus par la Haute juridiction qui dans le cadre du contrôle qu'elle opère, admet cette caractérisation d'une atteinte partielle : Cass. Civ. 3, 12 juill. 1995, n° 93-18.805, *Bull. civ.* III, n° 178. En l'espèce la Cour décide : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que les désordres affectaient les toitures et que les infiltrations d'eau rendaient, pour parties, les maisons impropres à leur destination, en a exactement déduit que la garantie décennale était applicable* ».



mais généralisés, peuvent rendre l'immeuble impropre à sa destination et être considérés comme suffisamment importants pour ouvrir droit à la garantie décennale<sup>179</sup>. La condition d'une atteinte à l'ouvrage dans sa globalité apparaît alors être à double tranchant puisqu'elle permet tout aussi bien d'étendre les cas d'ouverture à la garantie décennale, que de les réduire. Ainsi, la Cour de cassation a validé un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant retenu que si un plafond ne répondait pas à sa fonction d'isolation thermique, l'ouvrage dans son ensemble n'en était pas pour autant rendu impropre à sa destination<sup>180</sup>. *A contrario*, la considération de l'ouvrage dans son ensemble a permis de mettre en jeu la garantie légale concernant les éléments d'équipements qu'ils soient dissociables ou non.

**41. L'impropriété à la destination de l'ouvrage dans son ensemble permettant la prise en compte des éléments d'équipement dissociables** – Nous avons vu que l'article 1792-2 du Code civil prévoit la mise en œuvre de la garantie décennale pour les dommages affectant la solidité des éléments d'équipement indissociables de l'ouvrage. La caractérisation du rattachement de l'élément défaillant à l'ouvrage est alors la condition *sine qua non* à l'ouverture de la garantie décennale. Pour autant, cette condition peut aisément être contournée en empruntant la voie de l'impropriété à la destination de l'ouvrage. Selon l'article 1792 du Code civil, la garantie décennale s'applique peu importe que le désordre ait son siège dans un élément constitutif de l'ouvrage ou dans l'un de ses éléments d'équipement, pourvu que l'ouvrage soit rendu impropre à sa destination. La question de la dissociabilité de l'élément d'équipement ne se pose plus dès lors que ce dernier entraîne l'impropriété à la destination de l'ouvrage dans son entier<sup>181</sup>. En effet, c'est l'impropriété de l'ouvrage lui-même qui est considérée et non uniquement celle de l'élément d'équipement<sup>182</sup>. Si la jurisprudence est constante sur ce point<sup>183</sup>, elle a néanmoins écarté du champ de la garantie décennale les éléments d'équipement dont la fonction est industrielle. Monsieur BOUBLI remarque que les juges opèrent une distinction entre les équipements à vocation industrielle et les éléments dont la vocation est purement immobilière, seuls les seconds permettant l'exercice de la garantie<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> CA Paris, 19<sup>e</sup> ch. sect. B, 3 mai 2002. – CA Paris, 25 mars 2009, *Constr.-Urb.* 2009, comm. 85.

<sup>180</sup> Cass. Civ. 3, 7 déc. 1988, n° 86-19.427, *Bull. civ.* III, n° 174.

<sup>181</sup> Cass. Civ. 3, 14 nov. 2001, n° 00-12.737, *RDI* 2002 p. 86, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>182</sup> Il est admis à cet égard que dans le cas inverse où les éléments d'équipement subissent des dommages du fait de défaillances de l'ouvrage, ils sont éligibles à la garantie décennale au titre des dommages consécutifs. Ph. Malinvaud, *Droit de la construction*, préc.

<sup>183</sup> Cass. Civ. 3, 9 janv. 1991, n° 89-15446 et 89-15463, *Bull. civ.* III, n° 11, *Gaz.Pal.* 1992. 1. 272 note O. Ellul. – Cass. Civ. 3, 26 fév. 2003, n° 01-14352, *Bull. civ.* III, n° 47.

<sup>184</sup> B. Boubli, *Contrat d'entreprise, Responsabilité des constructeurs*, *Rép. dr. immobilier*, nov. 2016.

Ainsi, l'impropriété de l'ouvrage à sa destination est appréciée à l'aune des éléments d'équipement remplissant une fonction de construction.

Le législateur va plus loin que la jurisprudence en ce point. Lorsque les éléments d'équipement ont pour unique fonction de permettre l'exercice d'une activité professionnelle, le législateur a prévu leur exclusion du domaine de la garantie légale depuis l'ordonnance du 8 juin 2005 instituant l'article 1792-7 du Code civil<sup>185</sup>. Ce dernier dispose : « *ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage.* » De façon étonnante, le législateur retient le critère de la fonction professionnelle de l'élément d'équipement derrière lequel le constructeur pourra se retrancher plus facilement pour échapper à la responsabilité décennale. Une issue est néanmoins offerte à la garantie légale à travers le terme « *d'exclusive* » qualifiant la fonction professionnelle, laissant supposer que l'élément d'équipement partiellement affecté à une telle fonction peut ouvrir droit à la garantie<sup>186</sup>.

Outre l'exclusion jurisprudentielle des éléments à vocation industrielle et l'exclusion légale des éléments à vocation professionnelle, la prise en compte de l'ouvrage dans son ensemble pour apprécier l'impropriété à sa destination est à relativiser en ce sens que cela n'exclut pas de considérer l'élément d'équipement lui-même comme un ouvrage. Il s'agit notamment de l'hypothèse de l'installation d'éléments d'équipement sur des existants<sup>187</sup>. Cette situation, tout comme nous l'avons vu en matière de travaux sur existants, fait l'objet d'un imbroglio jurisprudentiel tel, qu'il est mal aisé de dresser un bilan des solutions. On peut toutefois supposer que l'élément installé sur des existants peut constituer lui-même un ouvrage s'il est incorporé dans le sol ou s'il a conduit à d'importants travaux d'adaptation à l'ouvrage<sup>188</sup>. Dans ce dernier cas, il est admis que l'élément d'équipement peut se voir appliquer la garantie décennale.

Il résulte de ce qui précède que l'appréciation objective de l'impropriété à la destination de l'ouvrage implique la prise en compte de l'immeuble dans son ensemble et de la normalité

---

<sup>185</sup> Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 préc.

<sup>186</sup> J. Bigot, « Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue. Ordonnance du 8 juin 2005 », *JCP* 2005. I. 148.

<sup>187</sup> *Supra* n° 37.

<sup>188</sup> Cass. Civ., 3, 18 nov. 1992, n° 90-21.233, *Bull. civ.* III, n° 298, *RDI* 1993 p.81 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que l'installation réalisée comportait une chaudière équipée d'un brûleur et une pompe à chaleur dont l'évaporateur était associé à une cuve de 20 m<sup>3</sup>, enterrée, en a exactement déduit qu'il s'agissait d'un ouvrage au sens de l'article 1792 du Code civil* ».

de sa destination. Ces critères objectifs d'appréciation intègrent également l'analyse du respect des normes intéressant l'ouvrage.

**42. La non-conformité à une réglementation constitutive d'une atteinte objective à la destination de l'ouvrage** – Un désordre lié à une transgression des normes en vigueur, emporte des conséquences telles, que l'ouvrage en son entier peut être rendu impropre à sa destination. Ainsi, la jurisprudence assimile à un désordre décennal, le non-respect à une norme ayant pour effet de rendre l'ouvrage dangereux. Cette « impropriété-dangereuse », généralement qualifiée ainsi par la doctrine, permet d'engager la garantie décennale sur le terrain de l'impropriété à la destination de l'ouvrage indépendamment de toute atteinte à sa solidité. La garantie est ainsi mise en œuvre avec plus de facilité dans la mesure où la sécurité des biens, des personnes occupant l'immeuble et celle des tiers est en jeu. L'analyse de la jurisprudence démontre un glissement étonnant allant de la protection de l'ouvrage vers la protection des personnes. Concernant l'ouvrage, la potentialité d'une atteinte à sa sécurité suffit à le rendre impropre à sa destination normale<sup>189</sup>. L'illustration jurisprudentielle la plus évocatrice à cet égard concerne le non-respect des règlements de sécurité incendie entraînant un risque de dommage pour l'ouvrage lui-même. La Cour de cassation décide avec constance que le défaut de conformité de l'immeuble aux règlements de sécurité est un facteur de risque de perte de l'ouvrage par incendie, le rendant de ce fait impropre à sa destination. Curieusement, la Haute juridiction fait prévaloir le critère de l'impropriété à la destination sur celui de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage qui semble pourtant plus cohérent dans le cas d'un risque d'incendie<sup>190</sup>. Allant plus loin encore, la jurisprudence retient que l'impropriété-dangereuse, en ce qu'elle constitue un risque pour les occupants ou pour les tiers, permet la mise en œuvre de la garantie décennale au titre de l'impropriété à la destination de l'ouvrage. Ainsi, la dangerosité des désordres pour les personnes est un fondement à l'application de la garantie légale. Il a, par exemple, été jugé que la violation d'une norme intéressant la sécurité des travailleurs dans les

---

<sup>189</sup> Pour l'absence d'un dispositif d'alarme au sein d'un immeuble d'une hauteur conséquente : CA Paris, 25 mars 1991, RDI 1991, p. 482 ; concernant une non-conformité de l'installation VMC : CA Paris, 20 mai 2011 ; concernant une non-conformité des garde-corps : CA Paris, 9 mai 2012 ; pour une hypothèse de panneaux ou revêtements de façades se décrochant : Cass. Civ. 3, 12 janv. 2005, n° 03-16.813 ; ou encore pour l'accès dangereux pour les utilisateurs d'un parking : Cass. Civ. 3, 3 mars 2010, 07-21.950, Bull. civ. III n° 50, RDI 2010, p. 321.

<sup>190</sup> Cass. Civ. 3, 30 juin 1998, 96-20.789, RDI. 1999, p. 105, note Ph. Malinvaud.

établissements qui mettent en œuvre des courants électriques peut engager la responsabilité décennale<sup>191</sup>.

Au-delà des normes qui concernent le risque incendie, l'application de la garantie décennale a été permise – indépendamment de la violation ou non d'une réglementation – dès lors que la sécurité des personnes est mise en danger. Il a ainsi été jugé que l'impropriété à la destination de l'ouvrage était caractérisée pour la toiture d'un bâtiment de montagne ne comportant pas un dispositif de protection contre les chutes de glace<sup>192</sup>, ou encore, pour des boursoufflures et décollement des revêtements de façade créant un danger permanent pour les résidents<sup>193</sup>. On pourrait trouver une justification à l'application de la garantie décennale pour des risques de dommages causés aux personnes en soulevant l'existence d'un immeuble à usage d'habitation sur lequel porte la garantie. En effet, comme le souligne Monsieur DESSUET, l'une des composantes de la destination d'un ouvrage est de permettre à ses occupants d'y vivre en sécurité<sup>194</sup>. Ainsi, dans le même ordre d'idées, la question s'est posée de savoir si la violation des normes parasismiques relevait du champ d'application de la garantie décennale.

**43. Le traitement jurisprudentiel du non-respect des normes parasismiques** – On peut aisément assimiler ce type de normes aux cas d'impropriété-dangereuse dans la mesure où leur non-respect est source d'insécurité pour l'ouvrage et ses occupants. Partant, la solution retenue en matière de non-respect des normes de sécurité incendie et autres, semble être naturellement transposable aux violations des normes parasismiques mais les juges du fond n'ont pas retenu cette évidence. L'arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2009<sup>195</sup> témoigne des difficultés posées compte tenu de la spécificité du désordre né de la non-conformité aux normes parasismiques. En l'espèce, un contrat de construction de maison individuelle a été conclu en juin 1999 entre des époux et une entreprise de construction. La réception des travaux intervenue en avril 2001 a donné lieu à des réserves par les époux puis, ces derniers après expertise, ont assigné la société en paiement des travaux de mise en conformité de l'ouvrage aux normes parasismiques. S'ensuit l'appel en garantie formé par la société de construction

---

<sup>191</sup> Cass. Civ. 3, 24 nov. 1987, n° 86-13.235, *Bull. civ.* n° 187. En l'espèce, la Cour de cassation approuvait la cour d'appel ayant retenu la garantie décennale pour des désordres affectant le réseau électrique au motif que « *l'arrêt, répondant aux conclusions, relève que les ouvrages litigieux ont été réalisés en violation du décret du 14 novembre 1962 sur la sécurité des travailleurs, de la norme NF C.15-100 dans sa rédaction de 1965 et du document technique unifié de 1962, et que la méconnaissance des obligations qui découlaient de ces textes affecte l'ouvrage de vices ; que la cour d'appel en a exactement déduit que les remises en état nécessitées par ces manquements ne sauraient être assimilées à des travaux complémentaires* ».

<sup>192</sup> Cass. Civ. 3, 10 avr. 1996, n° 94-13.157, *RDI* 1996, p. 379, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

<sup>193</sup> Cass. Civ. 3, 12 janv. 2005, n° 03-16813.

<sup>194</sup> P. Dessuet, *Police RC décennale des constructeurs : un nouveau séisme*, *RDI* 2005, p. 245.

<sup>195</sup> Cass. Civ. 3, 7 oct. 2009, n° 08-17.620, *Bull. civ.* III n°212. – Rapp. Cass. Civ., 3, 11 mai 2011, n° 10-11.713, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 2011, p. 405, obs. Ph. Malinvaud.

auprès de son assureur et de l'entrepreneur de maçonnerie intervenu sur le chantier. Cette demande de garantie qui était au cœur du litige a été rejetée par la cour d'appel qui a considéré qu'il n'était pas établi que les défauts de conformité de l'ouvrage aient relevé de la responsabilité décennale, l'expertise n'ayant pas caractérisé que la perte de l'ouvrage par séisme interviendrait avec certitude dans le délai de dix ans suivant la réception des travaux. Pour autant, dans le même temps, la cour d'appel déduisait la nature décennale des désordres du fait de leur dangerosité pour les personnes et du risque de perte de l'ouvrage lié à une forte probabilité de secousses sismiques dans la région. Ainsi, bien que la cour d'appel ait relevé la présence d'un désordre de nature décennale, elle décidait de faire prévaloir l'exigence d'une atteinte à la solidité de l'ouvrage dans le délai de dix ans suivant la réception, faisant ainsi abstraction du critère de l'impropriété à la destination. Face aux contradictions de la cour d'appel, la société de construction décidait de former un pourvoi en cassation. Il s'agissait alors pour les juges du quai de l'horloge de savoir si l'application de la garantie décennale était possible du seul fait d'une impropriété à la destination de l'ouvrage indépendamment de la certitude d'une atteinte à sa solidité dans le délai décennal. En effet, s'il est admis que l'atteinte à la solidité de l'ouvrage entraîne *ipso facto* l'impropriété à sa destination, l'inverse n'est pas nécessairement recevable. Est-ce à dire que la solidité de l'ouvrage est le critère prééminent permettant la mise en œuvre de la garantie légale ? C'est ce que semblaient considérer en l'espèce les juges du fond avant que la Cour de cassation ne rectifie cette application restrictive du régime de responsabilité de l'article 1792 du Code civil. Elle décidait, au visa de cet article, de censurer l'arrêt d'appel au motif ici reproduit : « *Qu'en statuant ainsi, tout en retenant que les défauts de conformité à la norme parasismique étaient de nature décennale dès lors qu'ils étaient multiples, qu'ils portaient sur des éléments essentiels de la construction, qu'ils pouvaient avoir pour conséquence la perte de l'ouvrage, le risque de secousses sismiques n'étant pas chimérique dans la région où se trouve la construction, classée en zone de risque 1b, et qu'ils faisaient courir un danger important sur les personnes, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé* ».

La Cour de cassation réaffirme donc avec force le caractère alternatif des conditions de la gravité décennale. L'existence d'une impropriété à la destination de l'ouvrage suffit à elle seule à engager la responsabilité décennale. Plus encore, cette impropriété est caractérisée dès lors que la sécurité des personnes est mise en péril. La position de la Haute juridiction est en adéquation avec la lettre de l'article 1792 du Code civil tel qu'il résulte de la loi de 1978 et faisant lui-même écho à une jurisprudence antérieure ayant fait émerger le critère de l'impropriété aux côtés de celui de l'atteinte à la solidité. S'il est vrai que l'impropriété, en tant

que notion plus abstraite que l'atteinte à la solidité, permet d'inclure un plus grand nombre de situations au sein de la garantie décennale, elle n'en est pas moins empreinte de la gravité décennale<sup>196</sup>. En effet, en l'espèce, la Cour ne se contente pas de déduire l'applicabilité de la garantie du seul fait de la violation d'une norme parasismique mais soulève l'existence d'un faisceau d'éléments constituant un degré de gravité suffisamment élevé<sup>197</sup>. Dès lors, il n'est pas étonnant que la Haute juridiction censure la cour d'appel ayant refusé d'appliquer la garantie légale pour une impropriété à la destination de l'ouvrage qu'elle a pourtant elle-même caractérisée et dont la gravité est certaine.

Néanmoins, cet arrêt comme ceux rendus en matière d'impropriété-dangereuse, permettent de s'interroger sur le risque de dénaturation de la garantie décennale lorsqu'elle est appliquée à des dommages causés aux personnes. En effet, il est très étonnant de voir qu'une garantie originairement destinée à protéger l'acquéreur contre les malfaçons de l'ouvrage, soit ainsi extraite de son rôle premier pour être appliquée aux occupants voire aux tiers. Il eut été préférable que la jurisprudence fasse preuve de plus d'orthodoxie juridique en réservant la mise en œuvre de la garantie légale aux dommages causés à l'ouvrage, au risque dans le cas contraire, d'une extension démesurée de celle-ci. Par ailleurs, le risque de dénaturation de la garantie décennale est accentué par l'inconstance des solutions rendues en matière de violation des normes. En effet, une uniformisation des solutions en la matière est inenvisageable tant le volume des normes en vigueur est en perpétuelle croissance, obligeant les juges à s'adapter à chacune d'elles afin de déterminer l'applicabilité de la garantie.

---

<sup>196</sup> J-Ph. Tricoire, Défauts de conformité aux normes parasismiques et responsabilité décennale, *LPA* 12 avril 2010, p. 15.

<sup>197</sup> Depuis lors, bien que l'esprit de la jurisprudence consistant à prendre en compte la dangerosité du non-respect des normes parasismiques soit le même, la Cour de cassation a encore durci le ton en instaurant une automaticité entre le manquement au respect des normes parasismiques et la mise en œuvre de la garantie décennale. En témoigne un arrêt du 11 mai 2011 retenant que « *le dommage consistant dans la non-conformité de l'ouvrage aux règles parasismiques obligatoires dans la région où se trouve la maison, facteur certain de risque de perte par séisme* ». Cass. Civ. 3, 11 mai 2011, n°10-11.713, *Bull. civ.* III n° 70, *RDI* 2011, p. 495, *Défrénois*, 2012, p. 9. Solution depuis lors maintenue : CA Nîmes, 15 mai 2014, *Constr.-Urb.* 2014. 133. La solution s'applique par ailleurs de la même manière aux rénovations d'ouvrages existants : Cass. Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-16.986, P., *RDI* 2019, p. 627. En revanche, le bénéfice de la garantie décennale est subordonné à la nécessité que la non-conformité aux règles parasismiques ait été cachée au moment de la réception : Cass. Civ. 3, 27 janv. 2010, n° 08-20.938, *Bull. civ.* III n° 21, *Constr.-Urb.* 2010. 43. En outre, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la responsabilité décennale de l'architecte ne peut pas être inquiétée dès lors qu'à la date de délivrance du permis de construire, les règles parasismiques considérées, n'avaient pas encore de caractère obligatoire : Cass. Civ. 3, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-15.282, *Bull. civ.* III n° 209, *Constr.-Urb.* 2011. 27, *RDI* 2011, p. 169.

*B) Les écueils d'une appréciation in concreto de l'impropriété à la destination de l'ouvrage*

**44. Le rôle central des prévisions contractuelles** – L'impropriété à la destination de l'ouvrage, dans son acception subjective, conduit les juges à contextualiser le désordre dans son champ contractuel<sup>198</sup>. Ainsi, la volonté des parties devient la clé de voûte permettant d'ouvrir droit à la garantie au titre d'une impropriété à la destination de l'ouvrage. La livraison d'un bien différent de ce qui a été promis au contrat justifie donc que soit appliquée la garantie décennale. La similarité avec le traitement accordé au défaut de conformité en droit de la vente est flagrante mais ne doit pas faire perdre de vue la singularité du but poursuivi par la garantie décennale<sup>199</sup>. En effet, il ne s'agit pas d'appliquer la garantie légale à tous les manquements aux prévisions contractuelles mais bien de caractériser la gravité décennale résultant d'une impropriété à la destination convenue de l'ouvrage considéré dans son ensemble.

Il reste que si les objectifs poursuivis par l'obligation de délivrance conforme en droit commun de la vente et l'impropriété à la destination de l'ouvrage diffèrent, il subsiste un dénominateur commun consistant en la prise en compte des spécifications contractuelles. Celles-ci sont appréciées au sens large par la jurisprudence qui y inclut des documents variés s'apparentant davantage à des « indices contractuels » qu'à de véritables éléments du contrat. Ce fut notamment le cas de documents publicitaires et commerciaux assimilés au sein des prévisions contractuelles par la Haute juridiction. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2012<sup>200</sup>, la troisième chambre civile admet le principe en vertu duquel l'impropriété à la destination de l'ouvrage peut s'apprécier en fonction de la destination souhaitée par le maître de l'ouvrage telle qu'elle résulte de documents publicitaires. En l'espèce, un vendeur d'immeuble à construire confiait à un maître d'œuvre la mission d'établir divers documents commerciaux destinés aux acquéreurs. Ces documents faisaient état d'une isolation phonique exceptionnelle grâce à l'utilisation de cloisons de haute qualité répondant aux exigences d'un immeuble de grand luxe. Cependant, le maître d'œuvre a omis de transmettre ces informations aux intervenants à la construction si bien que ces derniers ont réalisé des travaux d'isolation de qualité courante. Le promoteur a ainsi été condamné à

---

<sup>198</sup> M. Thioye, La responsabilité décennale à raison de l'impropriété de l'immeuble à sa destination, *Droit et Ville*, 2015, Vol.80, fasc. 2, p.53 s.

<sup>199</sup> *Supra* n° 31. Pour les défauts de conformité qui sont apparents au moment de la réception, l'article 1642-1 du Code civil qui aura vocation à s'appliquer. Ce dernier prévoit : *Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents* ».

<sup>200</sup> Cass. Civ. 3, 10 oct. 2012, n° 10-28.309 et 10-28.310, *Bull. civ.* III n° 140.

indemniser les acquéreurs au titre d'un défaut de conformité mais celui-ci, agissant alors en tant que maître de l'ouvrage, a décidé d'exercer une action récursoire contre les constructeurs sur le terrain de la garantie décennale. La cour d'appel décidait de rejeter le recours du vendeur-maître de l'ouvrage contre tous les intervenants y compris celui contre le maître d'œuvre. Le promoteur a formé un pourvoi en cassation dont l'issue suscite de nombreuses interrogations. En effet, la Cour décidait d'accueillir favorablement le pourvoi mais seulement dans les rapports entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre, le reste des intervenants ne voyaient pas leur responsabilité décennale engagée dans la mesure où ils ne connaissaient pas les promesses contractuelles initiales.

Par cette décision, la Cour de cassation n'innove pas en matière d'application de la garantie décennale à des défauts de conformité, permise par la disparition dans les textes du terme de vice<sup>201</sup> et par la nature même de cette garantie destinée à réparer les dommages les plus graves indépendamment de leur origine. Elle n'est pas plus innovante en matière d'application de la garantie à des désordres d'isolation phonique puisqu'il était déjà admis à l'occasion d'un arrêt pris en l'Assemblée plénière, que le respect des normes en cette matière n'empêchait pas la mise en œuvre de la garantie<sup>202</sup>. En effet, il est acquis que l'article L. 124-4 du Code de la construction et de l'habitation qui soumet les exigences minimales requises en matière d'isolation phonique à la garantie de parfait achèvement, n'exclut pas la mise en œuvre de la garantie décennale dès lors que la destination normale de l'ouvrage est compromise. Cependant, la convergence de l'ensemble de ces éléments a conduit en l'espèce les juges du quai de l'horloge à élargir à son paroxysme la garantie décennale en posant le principe selon lequel une atteinte à la destination convenue de l'ouvrage est constitutive d'un désordre décennal. Comme une parfaite expression de la loi de Murphy selon laquelle ce qui est susceptible d'aller mal ira mal, on peut constater que les inquiétudes d'une grande partie de la doctrine quant à une extension incontrôlée de la garantie décennale semblent s'être réalisées dans cet arrêt. En effet, le manque de définition légale et précise aidant, la Cour de cassation

---

<sup>201</sup> *Supra* n°27.

<sup>202</sup> En l'espèce, la Haute juridiction par une formulation assez sèche, censurait la décision de la cour d'appel ainsi : « *attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt retient que les normes ayant été respectées, les nuisances acoustiques dénoncées par M. X... n'ont pas été "objectivées" par les différentes mesures effectuées et qu'en conséquence la preuve n'est pas rapportée du désordre allégué ; Qu'en déduisant de la seule conformité aux normes d'isolation phonique applicables l'absence de désordre relevant de la garantie décennale, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1792 du Code civil).* ». Cass. Ass.plén. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plén.* n°12, *Gaz. Pal.* 2006. 2, p. 3906, avis F. Cavarroc ; *RDC* 2007 p. 410, note P. Puig, crit. ; *RDI* 2006 p. 502, obs. Ph. Malinvaud ; *RDI* 2007, p. 89, obs. O. Tournafond ; *D.* 2007 p. 1901, note Ph. Delebecque. Solution constante : Cass. Civ. 3, 2015, n° 14-15.107, *Bull. civ.* III n° 48, S. Becqué-Ickowicz, Responsabilité du vendeur d'immeuble à construire : appréciation des dommages décennaux et délai pour agir en garantie des vices apparents, *RDI* 2015, p. 400.



fait ici une application très extensive de la notion d'impropriété en acceptant d'enclencher la garantie légale pour une situation qui au premier abord, relèverait de la responsabilité contractuelle pour une non-conformité. Messieurs TOURNAFOND et TRICOIRE dénoncent la proximité voire, l'assimilation ainsi acquise du dommage décennal et du défaut de conformité aux prévisions contractuelles et appellent à revenir à davantage de rigueur en cloisonnant ces deux situations. Selon eux, une impropriété à la destination convenue – en l'espèce un immeuble de prestige induisant des qualités acoustiques allant au-delà des exigences normales – devrait strictement relever d'un défaut de conformité. Parallèlement, seule une impropriété à la destination normale, technique – en l'espèce le caractère habitable ou non de l'immeuble – pourrait être qualifiée de dommage décennal permettant d'actionner la garantie spécifique. Les auteurs alertent sur un usage hypertrophié de la notion de dommage au détriment de la non-conformité dont la disparition serait imminente<sup>203</sup>.

Il est vrai que la solution retenue par la Cour interpelle fortement par le libéralisme dont elle fait preuve en matière de caractérisation du dommage décennal. Pour autant, elle est le fruit d'un agrégat de décisions élargissant chaque fois un peu plus, le champ d'application de la garantie. S'il est vrai que cet arrêt illustre bel et bien une extension de la garantie spécifique à travers la prise en compte de la volonté des parties, nous pensons que cela ne compromet pas la définition du dommage décennal. En effet, la contractualisation d'une destination spécifique de l'ouvrage ne devrait pas être incompatible avec la notion de gravité décennale. Affirmer le contraire revient à réduire l'importance de l'engagement contractuel et plus encore, à une ingérence injustifiée dans la volonté des parties. Nous sommes réticents à admettre que des caractéristiques érigées par les parties comme éléments déterminants de leur consentement, puissent être considérés comme de simples éléments de confort dont le non-respect n'est finalement pas suffisamment grave pour déclencher la garantie. En l'espèce, la Cour de cassation redonne toute sa vivacité au contrat en décidant qu'une impropriété à la destination convenue de l'ouvrage est constitutive d'un dommage décennal.

---

<sup>203</sup> O. Tournafond, J.-P. Tricoire, Où l'on voit un défaut de conformité se métamorphoser en dommage décennal et l'impropriété à la destination s'apprécier par référence aux promesses particulières du contrat, *RDI* 2013 p.156. Les auteurs s'expriment à propos de l'arrêt de la Cour de cassation n° 10-28.309 et n°10-28.310, du 10 octobre 2012 précité soulevaient : « *La distinction entre les qualifications de défaut de conformité et de dommage de nature décennale correspond à une différence conceptuelle et à une différence de régime qui méritent d'être préservées. En effet, elles sont le fondement même du régime dualiste mis en place par la loi de 1978 : pour les inexécutions contractuelles ordinaires, la responsabilité de droit commun ; pour les sinistres et les dommages graves à l'ouvrage, une garantie spéciale couverte par l'assurance. Le législateur de 1978 n'a jamais voulu soumettre toutes les violations du contrat à l'assurance construction. En aurait-on d'ailleurs les moyens financiers à l'heure qu'il est ?* ».

Il est indéniable que cette impropriété non-conformité a pour conséquence d'étendre le terrain d'intervention de la garantie décennale, cependant nous n'adoptons pas une lecture alarmiste de cet arrêt dans la mesure où la Haute juridiction ne pose pas ici un principe général suivant lequel toutes les non-conformités au contrat tombent sous le coup de la garantie décennale. Ce qui semble en réalité se dégager de la jurisprudence sur cette question est une démarche opérée par les juges à un double niveau. D'une part, si la non-conformité aux matériaux choisis par contrat n'entraîne pas d'impropriété à la destination normale de l'ouvrage, seule la responsabilité de droit commun à vocation à s'appliquer mais si d'autre part, le choix de ces matériaux est lié à une utilisation spécifique de l'ouvrage, alors la garantie décennale peut s'exprimer. Dès lors, la notion d'impropriété n'est pas établie à raison d'une destination uniquement courante ou technique de l'ouvrage, mais elle est également appréciée en fonction de ce qu'en attend le maître de l'ouvrage au regard des spécifications contractuelles. Cela est souhaitable dans la mesure où bien souvent, l'inobservation des prévisions contractuelles – en particulier celles relatives aux matériaux employés – entraîne pour le maître de l'ouvrage de graves conséquences. En effet, en l'espèce l'immeuble n'est certes pas rendu inhabitable par le défaut de conformité, mais il en réduit considérablement la capacité à remplir sa finalité propre et convenue. Il serait malvenu de priver le maître de l'ouvrage de toute possibilité de mettre en œuvre la garantie décennale au seul prétexte qu'il a prévu par contrat des cloisons renforcées, allant au-delà de ce que la loi prévoit en matière d'isolation phonique. A cet égard, nous comprendrions mal comment le juge peut librement soulever une impropriété à la destination normale de l'ouvrage malgré le respect des normes d'isolation phonique<sup>204</sup> ; mais qu'une telle impropriété n'est pas envisageable dès lors que le rehaussement d'une norme est contractualisé pour répondre à une destination précise.

En réalité, la notion d'impropriété – par essence subjective – a toujours conduit le juge à s'en remettre à la volonté des parties afin de rechercher la destination légitimement attendue par le maître de l'ouvrage<sup>205</sup>. Finalement, la démarche consistant à prévoir contractuellement une destination spécifique décharge les juges d'une telle recherche, pour autant que cette destination apparaisse de façon non équivoque dans les éléments contractuels. A ce propos, le maître de l'ouvrage, alors placé à l'aune du consommateur, comme la partie la plus faible au contrat, bénéficie d'une certaine mansuétude des juges dans la qualification des documents entrant dans le champ contractuel. Ces derniers sont alors constitués par le contrat principal mais aussi – de façon non exhaustive – par ses annexes, les plans, l'état descriptif de division,

---

<sup>204</sup> Cass. Ass.plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, préc.

<sup>205</sup> Cass. Civ. 3, 30 oct. 1991, n°90-12.253.

les devis, les notices descriptives ainsi que de façon étonnante, les documents publicitaires<sup>206</sup>. D'aucuns ont pu voir dans cet élargissement du domaine contractuel à travers l'assimilation de divers documents, un véritable forçage du contrat.

En tout état de cause, en l'espèce les Hauts juges ont adopté une démarche calquée sur le droit commun en vérifiant l'existence d'une dissonance entre ce qui était avancé dans la notice descriptive et les documents commerciaux, et ce qui a été effectivement réalisé puis livré. Cependant, une fois cette non-conformité caractérisée, ils décidaient de l'ériger en une impropriété à la destination spécifique de l'ouvrage, justifiant ainsi la mise en œuvre de la garantie. C'est d'ailleurs cette mutation du défaut de conformité en dommage décennal que dénoncent Messieurs TOURNAFOND et TRICOIRE<sup>207</sup>. En effet, ces derniers soulignent l'incohérence consistant à retenir la garantie spécifique pour l'action récursoire menée par le constructeur non réalisateur à l'encontre du maître d'œuvre, alors que le premier avait lui-même été condamné à indemniser les acquéreurs sur le terrain du défaut de conformité. Il est alors envisageable que la position de la Cour soit animée par des raisons d'opportunité tenant à permettre le jeu de l'assurance construction au profit du maître de l'ouvrage ce qui tend à en réduire la portée. Pour autant, si le doute est permis quant aux réelles motivations de la Cour de cassation, il est indéniable que celle-ci pose dans cet arrêt le principe suivant lequel l'impropriété à la destination doit être appréciée en se référant à ce qui a été contractuellement promis, même lorsque ces prévisions vont au-delà des normes en vigueur. Monsieur MALINVAUD rappelle au demeurant, que la notion d'impropriété à la destination est une notion assez souple et évolutive pour permettre aux juges une certaine liberté d'appréciation<sup>208</sup>. En ce sens, l'inclusion des désordres esthétiques au sein de la garantie décennale est une autre illustration d'une approche subjective de l'impropriété à la destination de l'ouvrage.

**45. L'inclusion conditionnée des désordres esthétiques au sein de la garantie décennale** – La garantie décennale étant destinée à réparer les désordres les plus graves affectant la construction, les désordres purement esthétiques en sont en principe exclus<sup>209</sup>. Cependant, lorsque l'aspect esthétique est dressé en élément fondamental de la destination de l'ouvrage, la garantie légale a vocation à s'appliquer. Dans cette hypothèse encore, la volonté des parties au contrat exprimant une finalité particulière de l'ouvrage, détermine la possibilité

---

<sup>206</sup> Cass. Civ. 3, 17 juill. 1996, n° 94-17.810, Bull. civ. III n° 197, *AJPI* 1996, p. 892.

<sup>207</sup> O. Tournafond, J.-P. Tricoire, préc.

<sup>208</sup> Ph. Malinvaud, L'impropriété à la destination s'apprécie par référence à la destination convenue, *RDI* 2012 p. 630.

<sup>209</sup> *Supra* n°38.

de mettre en œuvre la garantie. Les juges du fond ont ouvert cette voie en décidant : « *il doit être considéré que les désordres généralisés dus à des traces rougeâtres irréversibles et évolutives affectant la totalité des poutres apparentes d'un immeuble conçu pour être de prestige, axé sur l'esthétique, et comportant principalement de nombreux éléments en bois, rend cet immeuble impropre à sa destination. Comme tel, même si ce désordre est qualifié d'esthétique, la garantie décennale de l'article 1792 du Code civil (rédaction de la loi du 4 janvier 1978) doit recevoir application en l'espèce* »<sup>210</sup>. Cette décision du tribunal de grande instance de Paris est fondée sur l'article 1792 du Code civil tel qu'il résulte de la rédaction de la loi du 4 janvier 1978 dont l'imprécision des termes permet ici aux juges une appréciation subjective de l'impropriété. A cet égard, en employant un terme aussi évasif que celui d'impropriété, le législateur a donné libre cours au pouvoir d'interprétation des juges du fond qui s'exprime ici dans toute son ampleur. Les faits relevant ou non d'une impropriété à la destination sont donc soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond ce qui n'exclut pas un contrôle formel de motivation par la Cour de cassation.

En effet, la Haute juridiction vérifie que les juges du fond caractérisent bien en quoi les désordres qu'ils constatent – fussent-ils esthétiques – affectent la destination de l'ouvrage dans son ensemble. Ainsi, dans un arrêt du 28 février 2006<sup>211</sup>, les Hauts juges avaient approuvé la cour d'appel ayant retenu l'impropriété à destination concernant une erreur de couleur d'un sol, dans la mesure où la couleur spécifiée au contrat était nécessaire à l'activité professionnelle exercée sur les lieux. Il convient de préciser qu'en l'espèce, la couleur prévue au contrat n'était pas à visée purement esthétique mais permettait de répondre à une fonctionnalité précise du sol, c'est donc la destination spécifique de celui-ci qui permet de caractériser en impropriété ce qui en circonstances habituelles n'est qu'un désordre esthétique<sup>212</sup>. Dans le même esprit, une décision a été rendue à propos de fissurations apparaissant sur les cloisons d'une villa réputée par contrat être de grand *standing* et rendue de ce fait impropre à sa destination<sup>213</sup>. C'est en tout cas ce que faisaient valoir les acquéreurs avant d'être déboutés par la cour d'appel qui n'a pas pris en considération les arguments des maîtres de l'ouvrage. L'arrêt a alors été censuré par la Cour de cassation pour un défaut de réponse à conclusions ce qui en réalité ne permet pas

---

<sup>210</sup> TGI Paris, 6<sup>e</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 24 mai 1993, Société Carrefour SA c/ Cabinet CVZ et autres.

<sup>211</sup> Cass. Civ. 3, 28 février 2006, n° 05-11.827.

<sup>212</sup> Ph. Malinvaud, L'impropriété à la destination s'apprécie par référence à la destination convenue, préc.

<sup>213</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2008, n° 07-10.651. En l'espèce, la Haute cour cassait le jugement de la cour d'appel ayant débouté les maîtres de l'ouvrage de leur demande en garantie décennale, en retenant qu'il résultait des constatations de l'expert judiciaire que la solidité de la villa n'était pas compromise, que les désordres ne rendaient pas l'ouvrage impropre à sa destination et que les fissurations n'étaient nullement généralisées et n'évoluaient pas dans le temps. La Cour de cassation décidait au contraire que « *que ces désordres, seraient-ils seulement d'ordre esthétique, étaient généralisés, ce qui rendait la villa de grand standing impropre à sa destination* ».

d'établir clairement la position de la Haute juridiction sur l'admission des désordres esthétiques au rang de dommage décennal<sup>214</sup>. C'est finalement l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 4 avril 2013 qui révélera avec plus de précision l'appréciation de la Cour de cassation sur cette question<sup>215</sup>. Dans cette affaire, la Haute cour a approuvé une décision d'appel ayant appliqué la garantie décennale pour des travaux de rénovation d'un ouvrage, aux motifs que « *les désordres esthétiques généralisés des façades qui affectaient sensiblement l'aspect extérieur d'un immeuble doivent être appréciés par rapport à la situation particulière de l'immeuble qui, constituant l'un des éléments du patrimoine architectural de la commune de Biarritz* ». La cour d'appel de Pau avait quant à elle considéré que les désordres « *affectaient sensiblement l'aspect extérieur, portant ainsi une grave atteinte à la destination architecturale et culturelle de l'ouvrage* » et, « *compte tenu de la destination architecturale de la villa Roche Ronde emblème du patrimoine architectural de la commune* », relevaient des dispositions de l'article 1792 du Code civil.

Notons ici que ce n'est plus la destination spécifiquement voulue par l'une des parties qui conditionne la caractérisation de l'impropriété mais la nature particulière et intrinsèque de l'immeuble. Des auteurs écrivaient : « *l'esthétique peut être de l'essence même de l'ouvrage, auquel cas le désordre esthétique serait de nature à porter atteinte à la destination de l'ouvrage. Ainsi en est-il des monuments qui n'ont aucun caractère fonctionnel, sinon de perpétuer un événement, une époque, un souvenir, par exemple l'Arc de triomphe. Probablement doit-on en dire de même des œuvres monumentales telles que l'arche de la Défense ou la pyramide du Louvre* »<sup>216</sup>.

Aussi, il ressort de la jurisprudence relative aux désordres esthétiques que le principe de leur exclusion du champ de la garantie demeure, mais que par exception – en fonction de la destination convenue ou de la particularité de l'immeuble – ils sont éligibles à remplir les conditions de la garantie décennale. Cela se situe dans la droite ligne d'une acception subjective et casuistique de l'impropriété à la destination dont il résulte une extension prétorienne du domaine de la garantie. Cette dimension malléable de la notion d'impropriété a par ailleurs été

---

<sup>214</sup> M.Faure-Abbad, *Droit de la construction* 3<sup>ème</sup> éd., 2016, Gualino, p. 296.

<sup>215</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 avril 2013, *Bull. civ.* III n° 45, n° 11-25198. – Toutefois, cette solution ne fait pas l'objet d'un automatisme déclenché dès lors que l'immeuble litigieux présente un certain « *standing* », la caractérisation de l'impropriété à la destination de l'ouvrage doit tout de même être démontrée. Il a ainsi été jugé qu'une cour d'appel était fondée à rejeter la garantie décennale en : « *ayant relevé que les fissures infiltrantes avaient donné lieu à indemnisation du maître de l'ouvrage et retenu que les fissures non infiltrantes, les décollements de peinture et la dégradation du ragréage n'affectaient ni l'étanchéité ni la solidité de l'immeuble et que, si l'état extérieur de celui-ci portait atteinte à l'image de l'hôtel, il ne le rendait pas impropre à sa destination en l'absence de toute menace pour la classification de l'hôtel, de caractère particulier de l'immeuble ou de protection du site dans lequel il était implanté* ». Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2019, n° 18-19.353.

<sup>216</sup> Ph. Malinvaud et B. Boubli, Question des désordres de caractères esthétique, *RDI* 1993 p. 381.

l'assise de la création d'un dommage décennal spécial qu'est le défaut de performance énergétique.

**46. La tentative de recentrage de la notion d'impropriété en cas de défaut de performance énergétique** – Nous avons vu que le respect d'une norme n'empêche en rien la mise en œuvre de la responsabilité décennale notamment lorsque celle-ci est observée sous le prisme de l'impropriété à la destination. Ainsi, conscient de ce que la non-conformité à la réglementation thermique peut aisément tomber sous le coup de la garantie spécifique, le législateur a en cette matière fait le choix de la précision en prévoyant un régime dérogatoire. Suivant le souhait des professionnels de la construction lesquels – suite à l'instauration de la réglementation thermique 2012, dite RT 2012<sup>217</sup>. – craignaient que le défaut de performance ne tombe trop facilement sous l'égide de la responsabilité décennale, les rédacteurs ont inséré dans le Code de la construction et de l'habitation l'article L.111-13-1 référencé aujourd'hui à l'article L.123-2 du même code<sup>218</sup>. Ce dernier subordonne la mise en œuvre de la responsabilité à un certain nombre de conditions en ces termes : *« en matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article 1792 du Code civil, 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 »*. Par cette disposition, le législateur freine des quatre fers les velléités jurisprudentielles quant à la possible mobilisation de la garantie spécifique en cas de défaut de performance énergétique entendu comme une surconsommation ou un déficit de production. En effet, la grande majorité des décisions des juges du fond et celles de la Cour de cassation renaient qu'une surconsommation d'énergie ou un fonctionnement insuffisant caractérisaient une impropriété à

---

<sup>217</sup> Décret n° 2012-111 du 27 janvier 2012 relatif à l'obligation de réalisation d'un audit énergétique pour les bâtiments à usage principal d'habitation en copropriété de cinquante lots ou plus et à la réglementation thermique des bâtiments neufs, JORF n°0025 du 29 janvier 2012. La RT 2012 devient obligatoire pour tous les bâtiments dont le permis a été déposé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, elle s'appliquait par ailleurs déjà depuis le 28 oct. 2011 aux bâtiments neufs à usage de bureaux ou d'enseignement, les établissements d'accueil de la petite enfance et ceux des zones ANRU.

<sup>218</sup> La seconde ordonnance prise en application de l'article 49 de la loi pour un État au service d'une société de confiance (loi ESSOC), visant à généraliser le dispositif d'ouverture à l'innovation, est entrée en vigueur. L'ordonnance n°2020-71 datant du 29 janvier 2020 et ses textes d'application ont pour objet de fixer les modalités du dispositif de « solution d'effet équivalent » (SEE) visant à libérer l'innovation dans les projets de construction, et réécrivent le Livre Ier du code de la construction et de l'habitation (CCH), en clarifiant et simplifiant les règles qui y sont inscrites.

la destination de l'ouvrage qu'elle soit au demeurant convenue<sup>219</sup> ou normale. Ainsi, le mouvement jurisprudentiel global consistant à accroître l'étendue de l'impropriété à la destination, allié à un durcissement de la réglementation thermique<sup>220</sup> constituait un risque élevé pour les constructeurs de voir leur responsabilité décennale systématiquement recherchée. A cet égard, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 2013<sup>221</sup> est symptomatique de cette tendance au durcissement de la responsabilité décennale des constructeurs en matière de performance énergétique. En l'espèce, la Haute juridiction censurait un arrêt d'appel pour ne pas avoir recherché « *si les désordres engendrés par les défauts d'isolation thermique ne rendaient pas la maison impropre à sa destination* ». Les juges du fond ne pouvaient pas écarter la mise en œuvre de l'article 1792 du Code civil au motif que les défauts d'isolation entraînaient seulement une augmentation de la consommation et un inconfort d'utilisation. S'il est vrai que cette décision n'est pas des plus innovantes en la matière<sup>222</sup>, elle incarne cependant la photographie conforme de l'état de la jurisprudence alors en vigueur.

Ainsi, bon nombre d'auteurs ont exprimé leurs doutes comme Monsieur PERINET-MARQUET pour lequel « *le nœud coulant de la performance énergétique est en train de se refermer, doucement mais sûrement, sur les constructeurs et leurs assureurs* »<sup>223</sup>. Le point central sur lequel portaient ces inquiétudes concerne la compatibilité de ce type de désordre avec un système basé sur une présomption de responsabilité des constructeurs. En effet, le régime de la responsabilité décennale est fondé sur le principe d'une présomption pesant sur le constructeur indépendamment de toute faute. Dès lors, l'absence de faute ou le respect de la

---

<sup>219</sup> Cass. Civ. 3, 27 septembre 2000, n° 98-11.986. En l'espèce, la responsabilité décennale d'un constructeur a été engagée suite au dysfonctionnement de panneaux solaires utilisés pour assurer l'eau chaude sanitaire alors même que cela aurait pu être obtenu en utilisant un chauffe-eau classique.

<sup>220</sup> La nouvelle RT 2012 oblige les constructeurs à respecter un certain nombre d'exigences dites « de résultat ». Ainsi, l'exigence de consommation maximale Cepmax détermine la consommation annuelle maximale à ne pas dépasser. Cette valeur est fixée à 50 kWhep/(m<sup>2</sup>.an) et tient compte de cinq usages pour son calcul : le chauffage, la production d'eau chaude sanitaire, les éventuels systèmes de climatisation, l'éclairage du bâtiment et les systèmes auxiliaires. Par ailleurs, la deuxième exigence consiste au respect du coefficient bioclimatique qui impose une limitation des ressources en énergie pour les composantes liées à la conception du bâti et ce, notamment par une optimisation de l'isolation, indépendamment des systèmes énergétiques mis en œuvre. Ce critère intéresse donc le stade de la conception même de l'immeuble. De la même manière, le troisième critère obligatoire tient à une exigence de confort d'été qui fixe une température intérieure conventionnelle maximale du bâti lors d'une séquence de cinq jours consécutifs.

Outre ces contraintes, une autre série d'exigences dites cette fois de moyen, est applicable (modifiée arrêté du 11 décembre 2014). Il ne s'agit pas ici d'obligations de moyen telles qu'on peut les définir en droit, mais des moyens et techniques du bâtiment que le constructeur doit obligatoirement mettre en œuvre. Il s'agit alors de rendre le bâtiment neuf étanche à l'air ou encore de recourir obligatoirement à au moins une source d'énergie renouvelable.

<sup>221</sup> Cass. Civ. 3, 8 octobre 2013, n° 12-25.370, *RDI* 2014 p.115.

<sup>222</sup> Ph.Malinvaud, Les désordres d'isolation thermique rendant l'ouvrage impropre à sa destination relèvent de la garantie décennale, *RDI* 2014 p. 53.

<sup>223</sup> H. Périnet-Marquet, La performance énergétique au cœur de l'actualité, *Revue Opérations immobilières*, nov.-déc. 2013.

règlementation n'exonèrent nullement les constructeurs de leur responsabilité dès lors qu'il est établi que l'ouvrage est affecté dans sa solidité ou dans sa destination. Seule la preuve d'une cause étrangère est alors susceptible de soustraire le constructeur à sa responsabilité décennale. Sur ce point, si l'on s'en tient à l'état du droit au moment de l'avènement de la RT 2012, les constructeurs et leurs assureurs devaient donc prouver que la surconsommation relevée tenait à une mauvaise utilisation de l'ouvrage or, seule une immixtion dans la vie privée des usagers pourrait permettre d'apporter cette preuve. Il apparaissait alors peu acceptable de faire peser sur le constructeur une lourde présomption de responsabilité lorsque les éléments pouvant éventuellement l'en exonérer sont exclusivement maîtrisés par l'utilisateur de l'ouvrage<sup>224</sup>.

Par ailleurs, certains observateurs ont fait valoir divers arguments paraissant de prime abord abstraits, mais comportant un véritable intérêt quant à l'impact sociétal de la nouvelle réglementation thermique. Des études ont souligné la perte pour l'utilisateur du bâtiment de toute autorité sur celui-ci. La constante nécessité d'économiser l'énergie conduit parfois à entraver la libre utilisation du bien par son occupant. Les auteurs ne manquent pas d'exemples concrets illustrant cette souveraineté ébranlée de l'utilisateur. Ainsi en est-il de l'impossibilité d'ouvrir les fenêtres, de l'arrêt automatique des luminaires à une heure précise ou encore de l'extinction automatique des lumières en l'absence de mouvement<sup>225</sup>. Ce constat relevant davantage de la psychologie de l'utilisateur qui a l'impression de perdre la main sur l'immeuble, trouve cependant un écho d'un point de vue juridique. En effet, on peut aisément imaginer que la contrepartie légitimement attendue par l'utilisateur est de voir sa consommation d'énergie réduite et corrélativement sa facture énergétique également. La destination attendue par le maître de l'ouvrage est alors aussi constituée par la performance énergétique de ce dernier d'autant plus que, tant la plaquette de présentation de la RT 2012 éditée par le ministère du logement, que les constructeurs eux-mêmes, ont érigé la réduction des dépenses énergétiques en véritable promesse commerciale<sup>226</sup>. Rien ne semblait alors empêcher l'utilisateur d'invoquer le bénéfice de la garantie décennale au titre d'une impropriété à la destination de l'ouvrage. A cet égard, les professionnels de la construction quant à eux soulevaient avec force que les normes de température et de consommation prévues par la nouvelle RT sont purement conventionnelles, non pas au sens contractuel du terme, mais en ce qu'elles correspondent à des calculs et des

---

<sup>224</sup> P. Dessuet, La non-performance énergétique peut engager la décennale, *Le Moniteur*, 13 déc. 2013.

<sup>225</sup> A. Caston, Performance énergétique : le droit à l'épreuve des faits, *RDI* 2014, p.1.

<sup>226</sup> Concernant l'importance des documents pré-contractuels dans le cadre de l'impropriété subjective à la destination de l'ouvrage, V. *supra* n°44.



estimations faites sur des logiciels ne reflétant en rien à la réalité de terrain<sup>227</sup>. Dès lors, ils craignaient à juste raison que la non-conformité à ces normes à la faisabilité incertaine, voire chimérique, puisse facilement engager leur responsabilité dans la mesure où la seule non-conformité à une norme pourrait, à l'instar de la jurisprudence en vigueur applicable aux normes parasismiques, rendre l'ouvrage *de jure* impropre à sa destination. Paradoxalement, ces mêmes normes exposaient l'utilisateur à un risque d'incompréhension<sup>228</sup>. Ce dernier se trouvait trompé par une apparente clarté de la nouvelle réglementation. En réalité, la lourdeur et la complexité de la RT 2012 rend sa compréhension des plus difficiles et brouille les pistes notamment concernant la notion de consommation d'énergie faisant l'objet d'un calcul outrancièrement technique ne donnant finalement que l'illusion d'un haut niveau de protection de l'utilisateur<sup>229</sup>. Ainsi en est-il du hiatus entre la consommation conventionnelle déterminée en tenant compte de différents critères et coefficients de pondération fixés par l'arrêté du 26 octobre 2010<sup>230</sup>, et la consommation dite réelle correspondant à ce qui figurera effectivement sur la facture d'énergie, d'autant plus que la consommation conventionnelle porte sur un immeuble dans son ensemble indépendamment des éventuels appartements qui le composent.

**47. L'encadrement singulier de la garantie décennale des défauts de performance énergétique** – Les défauts de performance énergétique constituaient une source d'insécurité juridique pour tous les acteurs de la construction y compris pour le maître de l'ouvrage. A cet égard, le bouillonnement doctrinal a conduit à diverses propositions ayant pour but de préciser et encadrer les conditions de mises en œuvre de la garantie décennale en matière de défaut de performance énergétique. Madame DURANT-PASQUIER tentait de trouver un juste équilibre entre deux objectifs antagonistes qui consistaient d'une part, à éviter l'inclusion systématique de tous les dysfonctionnements énergétiques au sein de la garantie légale mais à permettre d'autre part, l'application de la garantie en cas de surconsommation considérable. L'auteure proposait d'introduire à la suite des articles 1792 et suivants du Code civil, un article qui disposerait : « *sauf à rendre impossible l'utilisation de l'ouvrage, les dommages consistant dans un surcoût d'exploitation comme dans un déficit de production de l'ouvrage, ne relèvent*

---

<sup>227</sup> G. Durant-Pasquier, L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs, *RDI* 2013, p.184.

<sup>228</sup> B. Mallet, La RT 2012 expliquée aux juristes, une tentative !, *RDI* 2015, p. 508.

<sup>229</sup> A cet égard, bien que relevant les difficultés de compréhension du dispositif intéressant la nouvelle réglementation thermique, le Conseil d'état le déclarait conforme à la constitution : « *aussi complexe qu'elle soit, la méthode de calcul approuvée par l'arrêté attaqué ne méconnaît pas l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme* ». CE. 23 juil. 2014, n° 369964, *RDI* 2015, p. 56, obs. A. Van Lang.

<sup>230</sup> Arrêté du 26 octobre 2010, JORF n° 0250 du 27 octobre 2010, relatif aux caractéristiques thermiques et aux exigences de performance énergétique des bâtiments nouveaux et des parties nouvelles de bâtiments.

*pas de la présomption de responsabilité établie par l'article 1792 du code civil* »<sup>231</sup>. L'exclusion des défauts d'ordre énergétique était ici le principe, l'exception étant l'applicabilité de la responsabilité décennale en cas d'impossible utilisation de l'ouvrage. Si cet article avait le mérite de soulever l'exigence d'une matérialité du désordre thermique, l'imprécision de ses termes ne permettait pas de résoudre les difficultés soulevées, notamment celles relatives à l'évaluation de la consommation déterminant l'existence d'une gravité. Monsieur DESSUET proposait quant à lui l'ajout d'un nouvel article 1792-8 au Code civil, qui excluait des désordres réparables au titre de la responsabilité civile décennale et de l'assurance obligatoire, la réparation des dommages à l'ouvrage, dès lors qu'elle a pour objet exclusif de mettre un terme à un préjudice financier, relatif à un défaut de performance énergétique ou à un défaut de production énergétique<sup>232</sup>. Autrement dit, la surconsommation d'énergie se trouvait exclue de la garantie légale, là encore une certaine idée de matérialité du désordre se dégage de cette proposition.

Enfin, une proposition définitive d'un régime de responsabilité accompagnant la RT 2012 a été émise dans le cadre des travaux menés au titre du plan bâtiment « développement durable », au sein du groupe de travail *ad hoc* créé par Philippe Pelletier et présidé par M<sup>e</sup> Michel Huet<sup>233</sup>. Il serait créé l'article L. 111-10-5 du Code de la construction et de l'habitation disposant : « *Nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, la destination mentionnée à l'article 1792 du Code civil, reproduit à l'article L.111-13 du présent code, est définie, en matière de performance énergétique, au regard de la seule consommation "conventionnelle" maximale de l'ouvrage, telle que celle-ci résulte des textes d'application des articles L. 111-9 et L. 111-10 du présent code. La production énergétique à usage externe est prise en compte uniquement si elle entre dans son calcul. L'impropriété à la destination ne peut être retenue que dans le cas d'une différence de consommation conventionnelle supérieure à un seuil, en présence de dommages affectant matériellement l'ouvrage ou ses éléments d'équipement. Elle est appréciée globalement pour l'ensemble de l'ouvrage construit ou modifié, y compris ses éléments d'équipement, en tenant compte des conditions de son entretien après la réception, et sur la base des éléments techniques, du référentiel et du mode de calcul réglementaire ayant permis la délivrance de l'attestation de la prise en compte de la*

---

<sup>231</sup> G. Durand-Pasquier, L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs, *RDI* 2013, p. 184.

<sup>232</sup> P. Dessuet, Faut-il réformer le régime de responsabilité des constructeurs pour l'adapter à la nouvelle réglementation thermique applicable aux bâtiments ?, *RGDA* 2013 p. 2.

<sup>233</sup> Rapport du groupe de travail co-présidé par M. Huet et M. Jouvent, juill. 2013, remis dans le cadre du Plan bâtiment durable : <http://www.planbatimentdurable.fr/les-rapports-des-groupes-de-travail-r118.html> .

*réglementation thermique* ». Ce texte place très précisément le curseur de la destination de l'ouvrage au niveau d'un seuil réglementaire de la consommation conventionnelle, excluant la prise en compte d'une consommation dite réelle. Il restreint ainsi le champ de la destination de l'ouvrage qui ne peut plus comprendre une performance énergétique dépassant la réglementation, peu important à cet égard qu'elle ait été voulue par les parties. Par ailleurs, le texte proposé exclut sans équivoque les désordres qui n'affecteraient pas matériellement l'ouvrage. Cette proposition incarnait alors un consensus répondant aux diverses inquiétudes des acteurs de la construction hormis cependant le consommateur qui ne pourra accéder à la garantie décennale que sous des conditions difficiles à réunir. En effet, comme le soulignait à juste titre Monsieur DESSUET, en suivant ce texte, l'instauration d'un seuil de tolérance ou de l'exigence d'un désordre matériel empêcherait systématiquement la responsabilité décennale de s'exprimer même lorsque la réglementation n'est plus respectée<sup>234</sup>.

Fort de ces diverses propositions et des écueils qu'elles renferment, le législateur a tenté de trouver le compromis le plus satisfaisant pour l'ensemble des acteurs. Bien que les solutions apportées par celui-ci soient encore perfectibles, elles ont l'avantage d'encadrer le régime de responsabilité applicable aux défauts de performance énergétique. Le nouvel article L. 111-3-1 a ainsi été introduit dans le Code de la construction et de l'habitation, il est à présent référencé à l'article L.123-2 du même code et prévoit<sup>235</sup> : « *En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article 1792 du Code civil, 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.* »

Le législateur n'a pas favorablement répondu à la tentation consistant à introduire une telle disposition dans le Code civil. Cette position nous paraît alors souhaitable. En effet, le régime de la responsabilité décennale tel qu'il est construit au sein du Code civil, ne doit être retouché qu'avec une grande prudence au risque sinon, de le voir dévoyé de son esprit premier. En ce sens, il ne semblait pas opportun de modifier les articles 1792 et suivants dudit code, pour les adapter à l'apparition d'une nouvelle norme dont la pérennité est incertaine. Par ailleurs, le texte se refuse à une définition positive de l'impropriété à la destination de l'ouvrage en matière de défauts de performance thermique. En revanche, par une formulation négative, il conditionne

---

<sup>234</sup> P. Dessuet, La non-performance énergétique peut engager la décennale, préc.

<sup>235</sup> Modification par l'Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre Ier du code de la construction et de l'habitation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

l'application de ce type de désordre à la réunion de plusieurs éléments dérogeant outrageusement à l'appréhension prétorienne de l'impropriété, et plus largement, au régime classique des articles 1792 et suivants du Code civil.

Le critère de la gravité, essence même de la responsabilité décennale, est dans ce nouveau texte repris dans son versant intéressant l'impropriété à la destination. Néanmoins, la disposition encadre très précisément l'étendue de cette impropriété confisquant alors toute marge de manœuvre aux juges quant à son interprétation. L'impropriété est ainsi circonscrite à une « surconsommation » conduisant conséquemment l'utilisation du bien qu'à un « coût exorbitant ». Le législateur tente donc de fermer la voie consistant pour le requérant à invoquer une impropriété à la destination convenue puisque, au-delà d'une surconsommation, est désormais exigé un seuil en deçà duquel la condition de la gravité n'est pas remplie. On remarque que l'emploi cumulatif de ces expressions reprend bien l'idée d'une certaine ampleur du désordre mais l'approche économique adoptée interpelle.

La notion de « surconsommation » d'abord est source d'interrogation comme le souligne avec pertinence Madame DURAND-PASQUIER. Celle-ci relève que l'article en l'espèce n'est pas destiné à s'appliquer exclusivement à la nouvelle réglementation thermique mais a une portée plus large incluant notamment les travaux de rénovation. De ce fait, il serait vain de chercher un référentiel permettant de définir un seuil déterminant cette surconsommation d'autant plus que même en se concentrant sur la RT 2012, on s'aperçoit que la consommation conventionnelle prévue apparaît bancale<sup>236</sup>. Par ailleurs, la notion de « coût exorbitant » est tout aussi étonnante eu égard à l'aspect économique du dommage auquel elle renvoie<sup>237</sup>. Alors même que les professionnels de la construction appelaient de leurs vœux à encadrer plus sévèrement l'impropriété, voici que celle-ci est désormais fondée sur un critère économique des plus subjectifs. En effet, nonobstant l'influence que pourrait avoir la situation financière personnelle de l'usager dans l'appréciation du caractère exorbitant de la dépense énergétique, celle-ci est de surcroît mesurée en fonction du coût de l'énergie par nature évolutif<sup>238</sup>. Le pouvoir d'appréciation des juges a donc toujours vocation à s'exprimer et l'impropriété à la destination convenue n'est pas complètement écartée. En effet, la formulation évasive du texte concernant le seuil, laisse à penser qu'il n'exclut pas la possibilité pour les

---

<sup>236</sup> G. Durand-Pasquier, préc.

<sup>237</sup> On peut de la même manière regretter la référence par l'article L. 123-2 du Code de la construction et de l'habitation à « toute condition d'usage et d'entretien prise en compte et jugée appropriée », dans la mesure où la démonstration de ce type d'élément est extrêmement à apprécier pour le juge.

<sup>238</sup> P. Dessuet, Après le vote de la loi de transition énergétique, quel est le régime applicable en matière de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la performance énergétique ?, *RGDA* 2015 p. 436 et *RGDA* 2015 p. 508.

parties de prévoir une performance énergétique conventionnelle allant au-delà de la RT 2012<sup>239</sup>. En pareil cas, il est juste et probable que les juges appliquent le seuil en rapport avec la performance promise ce qui redonne vie à une impropriété convenue de l'ouvrage. *A fortiori*, une solution similaire est à prévoir pour un haut niveau de performance réelle annoncé par le constructeur dans la mesure où le texte se veut d'une portée assez large pour englober aussi les défauts de performance *in situ*. Dans cette dernière hypothèse, les magistrats devront inévitablement se référer aux promesses contractuelles.

De la même manière, l'énonciation libérale du texte permet d'inclure au sein de l'impropriété les défauts de performance intéressant les travaux de rénovation répondant aux caractéristiques d'un ouvrage. A cet égard, il est vraisemblable que le maître de l'ouvrage, lorsqu'il fait procéder à des travaux sur existants destinés à accroître la performance énergétique, s'attend légitimement à ce que cet objectif soit atteint. De plus, cette perspective ne s'entend pas pour le maître de l'ouvrage d'un point de vue strictement économique, mais témoigne aussi de la volonté d'une performance suffisante et d'une qualité énergétique non quantifiable. Raisonner en termes de coût exorbitant dans cette hypothèse est malvenu puisque la volonté du maître de l'ouvrage qui fait réaliser les travaux est d'acquérir une meilleure performance. On voit mal comment lui opposer que son insatisfaction n'est pas fondée au regard d'un quelconque seuil. Compte tenu de ce que les travaux de rénovation ne sont pas concernés par la RT 2012, les juges ne peuvent faire autrement que de rechercher la destination voulue par le maître de l'ouvrage pour caractériser une éventuelle impropriété<sup>240</sup>.

Il résulte de tout ce qui vient d'être exposé que la volonté législative de baliser le recours à la notion d'impropriété en matière de performance énergétique est tenue en échec tant les possibilités de contourner cette limitation sont nombreuses. Néanmoins, d'autres aspects de l'article L. 123-2 du CCH concourent à cet objectif d'encadrement de la garantie décennale en matière de performance énergétique et ce, en dérogeant à l'essence même d'une responsabilité dite objective. Il apparaît à la lecture du texte que le défaut de performance énergétique doit répondre à la condition de matérialité telle qu'elle résulte de l'article 1792 du Code civil. D'aucuns estimeront qu'il ne s'agit là que d'une reprise à l'intérêt superflu, d'un caractère classique de la responsabilité décennale<sup>241</sup>. Néanmoins, on peut s'interroger sur l'opportunité

---

<sup>239</sup> Madame Durand-Pasquier rappelle à ce titre que « *chaque fois, les amendements visant un seuil ont été rejetés au motif qu'il semblait intéressant de prendre en compte les cas où les constructeurs s'engageaient au-delà de la norme obligatoire, en promettant des performances supérieures* », G. Durand-Pasquier, L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs, préc.

<sup>240</sup> CA, Dijon, 21 avr. 2015, n° 13/01661.

<sup>241</sup> P. Dessuet, La RC décennale et la dommages-ouvrage tournent le dos à la performance énergétique, *Le moniteur*, 24 févr. 2015.

pour le législateur de remettre en lumière la question du siège du dommage pourtant déjà traitée par l'article 1792 du Code civil. En réalité, le renvoi à la matérialité, loin d'être une malheureuse redondance textuelle, laisse entrevoir la possibilité d'un recours à la faute du constructeur en tant que condition de la responsabilité. En effet, Madame DURAND-PASQUIER fait remarquer avec justesse que la formulation retenue par le législateur lorsqu'il vise « *un défaut lié à la conception* » ou « *lié à la mise en œuvre* », renvoie à un certain comportement fautif du constructeur<sup>242</sup>. Si l'auteure avance cette analyse avec une grande précaution rédactionnelle, elle soulève avec raison qu'une telle interprétation du texte par la jurisprudence n'est pas exclue, ce qui dénaturerait l'esprit global de la responsabilité décennale. Le risque est alors de voir un durcissement des conditions de la garantie décennale pour le maître de l'ouvrage en matière de performance énergétique, ce dernier voit par ailleurs sa protection réduite par la prise en compte anticipée de son rôle dans la survenance du dommage.

A cet égard, l'article L123-2 du CCH procède à un véritable renversement de la charge de la preuve en imposant au juge de vérifier – avant de caractériser l'impropriété – que les conditions d'usage et d'entretien prises en compte soient appropriées. Ainsi, alors que la responsabilité décennale classique relève d'une présomption de responsabilité pesant sur le constructeur qui ne peut s'en exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, la « responsabilité décennale énergétique » érige les modalités d'utilisation de l'ouvrage comme condition préalable à la mise en œuvre de la garantie. L'article répond aux remarques doctrinales et aux professionnels de la construction concernant l'impossibilité en pratique de prouver le mauvais entretien de l'ouvrage par l'utilisateur. Désormais, il appartient à ce dernier de prouver qu'il a respecté les conditions d'usage et d'entretien appropriées. Sur ce point, il nous semble que le législateur sonne le glas de l'application de la garantie décennale aux défauts énergétiques<sup>243</sup>. En effet, là encore les référentiels manquent cruellement, le texte exigeant l'observation des « *conditions d'entretien jugées appropriées* » sans en expliciter la teneur. Il sera épineux pour l'utilisateur de prouver qu'il a fait une utilisation « normale » de l'ouvrage, en somme, qu'il s'est comporté en tant que « *sujet raisonnable de droit* ». On peut cependant soulever l'existence aujourd'hui du carnet de suivi et d'entretien du logement qui est obligatoire

---

<sup>242</sup> *Op cit.*

<sup>243</sup> Cependant sur ce point, contrairement à Monsieur Dessuet (préc.) nous ne pensons pas que ce renversement de la charge de la preuve neutralise systématiquement une impropriété à la destination prévue de l'ouvrage. Il ressort en effet que les juges du fond continuent à caractériser l'impropriété en retenant une destination convenue, il ainsi été jugé à propos de l'adjonction d'une pompe à chaleur que celle-ci était rendue impropre à sa destination qui était « spécialement d'assurer le chauffage dans la maison sans recours à l'installation préexistante ». CA, Dijon, 21 avr. 2015, n° 13/01661.

depuis la loi ELAN du 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>244</sup> pour les logements neufs et dès 2025 pour les existants. Ce carnet vise à recenser les informations nécessaires à l'entretien et aux potentielles rénovations du logement tout au long de la vie de ce dernier. Il constituera alors un élément probatoire certain pour les usagers mais ne règle pas les situations intervenues entre la mise en vigueur de l'article L. 123-2 du CCH et l'apparition de la loi ELAN.

Ces multiples imprécisions qui frappent un texte pourtant initialement voulu pour encadrer l'impropriété à la destination en matière de performance énergétique, nous conduisent à dresser un bilan inquiétant, loin de répondre à toutes les interrogations exprimées par les divers acteurs. La situation du maître de l'ouvrage entendue comme un « consommateur » est des plus précaires, ce dernier se voyant imposée la charge de la preuve de l'absence de comportement fautif dans l'utilisation de l'ouvrage. De la même façon, les conditions d'une « surconsommation » et d'un « coût exorbitant » sèment le trouble plus qu'elles ne délimitent l'impropriété à la destination. Dans l'appréciation de cette dernière, les juges ne pourront de toute évidence faire l'économie d'un examen de la volonté des parties lorsque celles-ci auront prévu une performance énergétique particulière. De plus, le texte peut aisément être contourné en invoquant l'existence d'un dommage intervenant à l'occasion d'un défaut de performance énergétique. En ce sens, la Cour de cassation, a approuvé une cour d'appel ayant retenu un désordre décennal sans pour autant relever des conséquences énergétiques à proprement parler<sup>245</sup>. Enfin, on ne peut que regretter le silence du législateur sur la distorsion plus marquée encore en matière de performance énergétique, entre la responsabilité décennale et l'assurance obligatoire<sup>246</sup>.

**48. Propos conclusifs** – La protection du maître de l'ouvrage est favorisée à travers la notion d'impropriété à la destination de l'ouvrage, deuxième aspect alternatif de la gravité décennale, qui peut s'entendre aussi bien d'un point de vue objectif que subjectif. Cet aspect de la gravité décennale présente une plus grande souplesse que celui intéressant l'atteinte à la solidité de l'ouvrage. En ce sens, on observe qu'en matière d'impropriété, la garantie décennale

---

<sup>244</sup> Loi dite « ELAN », n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

<sup>245</sup> Cass. civ. 3, 7 juil. 2015, n° 14-17.916. En l'espèce, la Cour de cassation énonçait : La Haute juridiction énonçait alors : « ayant relevé que la restauration importante de l'immeuble avait compris la réalisation d'une charpente neuve et d'une couverture neuve avec création de deux lucarnes, que l'expert avait constaté qu'il existait de nombreux passages d'air au niveau des rampants de toiture et que le dessus du mur pignon n'était pas garni d'isolation, la cour d'appel qui a pu retenir que le défaut d'isolation, conséquence d'une mauvaise exécution et d'un non-respect de la réglementation thermique, rendait l'immeuble impropre à sa destination, en a exactement déduit que ce désordre relevait du régime de la garantie légale de l'article 1792 du code civil. »

<sup>246</sup> L'assurance obligatoire a en effet vocation à prendre en compte les seules atteintes matérielles à l'ouvrage. Voir *infra* n° 132.

s'applique peu importe que le désordre ait son siège dans un élément constitutif de l'ouvrage ou dans l'un de ses éléments d'équipement, il suffit que l'ouvrage soit rendu impropre à sa destination. La question de la dissociabilité de l'élément d'équipement ne se pose plus dès lors que ce dernier entraîne l'impropriété à la destination de l'ouvrage dans son entier. Cette même notion d'impropriété à la destination a permis d'engager la garantie décennale de façon systématique lorsqu'elle consiste en une « impropriété-dangereuse » ou encore lorsque la sécurité des biens, des personnes occupant l'immeuble et celle des tiers est en jeu, ce qui au demeurant, conduit à s'interroger sur un éventuel risque de dénaturation de la garantie décennale.

En effet, la notion d'impropriété à la destination est une notion souple et évolutive qui permet aux juges une certaine liberté d'appréciation dont ils se sont servis pour inclure de façon conditionnée les désordres esthétiques au sein de la garantie décennale. Cette souplesse n'est toutefois pas illimitée et le législateur tente de réagir par moment avec plus de rigueur comme en témoigne le cas particulier du défaut de performance énergétique.



## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

49. Si pour certains, « *L'avenir, c'est du passé en préparation* », <sup>247</sup> en notre matière, « *le dommage futur, c'est du passé en préparation* ». Ainsi, la recevabilité d'une action en garantie décennale est conditionnée par des éléments appartenant au passé, à une période au cours de laquelle le dommage n'existait pas, ou n'existait que peu.

Dès lors, la dimension future de l'atteinte à l'ouvrage ne dispense pas de la nécessité de qualifier cette atteinte de « dommage » et plus précisément, de « dommage décennal ». À cet égard, la terminologie employée par le législateur revêt une importance majeure. En effet, la qualification de « dommage », plus permissive que celle de « vice » originellement employée, a encouragé les juges à étendre le champ de la responsabilité décennale en incluant notamment parmi les dommages, les défauts de conformité.

Au-delà de ces considérations terminologiques, qui en réalité emportent des conséquences pratiques indéniables, le désordre propre à la responsabilité spécifique des constructeurs, doit impérativement être empreint de la « décennalité » requise par l'article 1792 du Code civil.

Cette gravité décennale consiste soit en une atteinte à la solidité de l'ouvrage, soit en une impropreté à la destination normale ou convenue, de l'ouvrage. La « décennalité », autrement dit la gravité, est ainsi l'élément qui transcende la barrière du temps, celui qui permet de réparer le dommage en préparation, le dommage dit « futur ». L'anticipation de la réparation est alors justifiée par l'existence d'un désordre « en puissance », un désordre dont la gravité sera telle, qu'on ne saurait refuser au maître de l'ouvrage une réparation au prétexte qu'il ne se réalisera que dans l'avenir. C'est aussi cette « gravité décennale » qui singularise le dommage futur de construction, du concept de préjudice futur existant en droit commun de la responsabilité et qui semble moins sensible à cette idée d'intensification du dommage.

---

<sup>247</sup> P. Dac, *Les pensées*, Ed. Le Cherche Midi, 1972.



## **CHAPITRE II : LA REPARABILITE DU DESORDRE DESTINE A SE REALISER**

**50.** La possibilité en droit commun de réparer le préjudice futur ne fait désormais plus aucun doute et les matières du droit employant ce mécanisme sont multiples. Le droit de la construction pour sa part s'inspire largement de la théorie du dommage futur tout en l'adaptant à la spécificité du désordre de construction. Tel est par exemple le cas du maintien de la condition de certitude du désordre dont le curseur est déplacé vers la certitude de la survenance de la gravité du désordre établie par l'expert (**Section 1**). De la même manière, d'autres « fondamentaux » du droit de la réparation s'appliquent également au dommage futur comme le principe de la réparation intégrale (**Section 2**).

### ***Section 1 : La transposition de la théorie classique du préjudice futur***

**51.** Il a toujours été admis en droit commun que le préjudice futur, dont la réalisation est certaine ouvre droit à réparation. Ce mécanisme trouve à s'appliquer en droit de la construction – qui n'est au demeurant, pas étranger à son émergence – avec quelques adaptations liées à la particularité de la matière (§1). L'existence d'un désordre futur de nature décennale emporte de lourdes conséquences financières pour le constructeur qui devra réparer le dommage, c'est pourquoi la certitude de ce dernier ne doit laisser paraître aucune faille. A cet égard, l'appréciation du caractère certain du désordre futur a pour seule vocation l'intervention d'un expert (§2).

#### **§1 L'admission traditionnelle du préjudice futur mais néanmoins certain**

**52.** Afin de satisfaire la multiplication des besoins indemnitaires touchant divers domaines et types de victimes, l'exigence d'un préjudice a de longue date été entendue de façon relative. Certains auteurs se plaisent à rappeler que « la certitude n'est pas de ce monde », d'où il suit la nécessité d'infléchir l'appréciation du caractère certain du préjudice. L'acceptation de

la réparation du préjudice futur est l'illustration la plus évocatrice de cet infléchissement (A). La logique animant la réparation de ce type de préjudice en droit commun permet d'expliquer la jurisprudence dédiée au dommage futur de construction (B).

### A) *L'adaptation originale du caractère certain à un préjudice futur*

**53. De la certitude du préjudice à un degré de probabilité avancé** – L'exigence du caractère certain du dommage se comprend aisément en ce sens que, pour prétendre à la mise en œuvre de la responsabilité, le dommage doit nécessairement exister au risque sinon d'un enrichissement sans cause. Traditionnellement, le dommage réparable doit être direct actuel et certain<sup>248</sup>. Ce dernier critère a fait l'objet d'un assouplissement jurisprudentiel tendant à inclure en son sein le préjudice virtuel. Monsieur CADIET regrettait le dévoiement des critères du préjudice dans l'unique visée indemnitaire faisant craindre ainsi, que le droit de la responsabilité ne soit réduit qu'à un droit de la réparation. Selon lui, « *l'histoire de la responsabilité est par faveur pour les victimes celle d'une dissolution continue des qualités requises du préjudice pour ouvrir droit à réparation* »<sup>249</sup>. En réalité, la souplesse accordée au critère de certitude du préjudice paraît souhaitable dans la société contemporaine, empreinte d'un constant déséquilibre des forces au sein des divers rapports sociaux. Appréhender de façon stricte le caractère certain reviendrait à contraindre la victime à attendre la réalisation effective d'un préjudice dont la survenance ou plutôt la poursuite ne fait que peu de doute. L'objectif de cohésion sociale inhérent au droit de la responsabilité serait ébranlé par cette épée de Damoclès pesant sur la victime. Ainsi, c'est très tôt que la jurisprudence a accordé l'indemnisation pour des préjudices suffisamment probables, en déplaçant donc le curseur de leur appréciation dans l'avenir. La solution de principe est intervenue dès 1932 par un arrêt de la Chambre des Requêtes<sup>250</sup>. En l'espèce, une société avait obtenu une concession déclarée d'utilité publique

---

<sup>248</sup> Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris : Lexisnexis, 2017, n° 613, p. 570 ; Ph. Malaurie, Ph. Stoffel-Munck et L. Aynes, *Droit des obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris : LGDJ Lextenso éditions, 2018, n° 241, p. 146 ; A. Benabent, *Droit civil : les obligations*, 17<sup>ème</sup> éd., Paris, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, 2018, n° 665 et s., p. 510 et s. ; F. Terre Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chenede, *Droit civil : les obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 926, p. 1009 ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, T.II, 2<sup>ème</sup> éd., Paris : LGDJ, 1951, n° 522, p. 88 ; P. Jourdain, Comment traiter le dommage potentiel ?, *RCA* 2010. Doss. 11 ; V. Lasserre, Le risque, *D.* 2011 p. 1632 ; M. Pariguet et O. Mansion, Impasses et perspectives du risque en matière de responsabilité, *JCP* 2011 p. 838 ; J. Moury (dir.), Le risque, Rapport Cour de cassation, 2011, 3<sup>ème</sup> partie ; Collectif, « Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude », Thèmes et commentaires, *Dalloz*, 2008.

<sup>249</sup> L. Cadet, Les métamorphoses du préjudice, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, *PUF*, 1998, p.37 et suiv.

<sup>250</sup> Req. 1er juin 1932, *DP* 1932, 1. 102, rapp. Pilon ; S. 1933. 1. 49, note H. Mazeaud.

afin de voir construire et exploiter une ligne de transport d'énergie électrique, laquelle passerait au-dessus du terrain d'un particulier. Ce dernier avait obtenu des juges du fond une indemnisation pour dépréciation de sa propriété, diminution de jouissance et gêne occasionnée par le passage des préposés à la surveillance et à l'entretien du réseau. La société a formé un pourvoi en cassation en soutenant l'absence de caractère certain des préjudices soulevés. La Cour de cassation rejetait le pourvoi en estimant que « *si le préjudice purement éventuel ne peut donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate* ». Cette formulation ainsi étayée suscite de l'intérêt à plusieurs égards dont en premier lieu, le traitement particulier accordé au lien entre l'existence du dommage et son évaluation. Des auteurs ont soutenu que lorsqu' « *il est impossible de chiffrer avec certitude le dommage (...) le droit doit se contenter de vraisemblances* »<sup>251</sup>. C'est en effet la démarche entreprise en l'espèce par la Haute juridiction qui prend néanmoins le soin d'énoncer les conditions permettant la prise en compte de la probabilité du préjudice. La Cour de cassation précise que le préjudice doit constituer la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel. Ainsi, la certitude de la poursuite du préjudice est tout de même requise. Une relation de cause à effet s'installe entre « *l'état actuel de choses* » autrement dit un mal déjà présent, et le préjudice futur. Autrement dit, toutes les conditions de la réalisation du préjudice dans l'avenir sont d'ores et déjà réunies. Ce préjudice, couramment qualifié de « virtuel » a l'avantage pratique d'éviter à la victime de multiplier les actions devant le juge pour un seul et même dommage. Monsieur PILON à cet égard soutenait « *du moment que le juge a la certitude que le demandeur subira un préjudice, il serait absurde de le contraindre à rejeter une action qu'il devrait admettre le lendemain* »<sup>252</sup>. Les juges du fond apprécient souverainement les faits permettant de retenir la certitude de ce dommage virtuel. La Cour de cassation exerce néanmoins un contrôle sur la caractérisation de la certitude en exigeant des motivations suffisamment précises<sup>253</sup>. Les juges doivent expliciter non seulement en quoi un préjudice bien qu'étant virtuel, n'en est pas moins certain, mais aussi en quoi *a contrario*, ils considèrent qu'un préjudice n'est qu'hypothétique. La tâche des magistrats est ardue puisqu'elle repose sur la perception d'une probabilité plus ou moins élevée de la survenance du préjudice. Leur conviction quant à la certitude du préjudice futur repose sur le

---

<sup>251</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998, n° 108, p. 60.

<sup>252</sup> D., 1932, 1, jur. p. 102, rapport Pilon, cité par D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, éd. L'Harmattan, 2008.

<sup>253</sup> Cass. Civ. 3, 15 nov. 1994, n° 92-11.265, *Bull. civ. I*, n° 334.

degré de probabilité d'intervention de ce dernier. La jurisprudence distingue alors le préjudice futur considéré comme certain et de ce fait réparable, et le préjudice hypothétique, dont l'éventualité est trop faible pour prétendre à une réparation.

**54. Frontière ténue entre préjudice virtuel et préjudice hypothétique** – Le préjudice est dit hypothétique lorsque son apparition n'est que très peu probable. L'arrêt de 1932 précité<sup>254</sup> indique sans détour que le préjudice purement éventuel ne peut donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts. Cette solution est depuis lors maintenue par la jurisprudence bien qu'il soit souvent malaisé de distinguer le préjudice virtuel et le préjudice éventuel. En réalité, le choix des termes hypothétique ou éventuel est malheureux. Comme le souligne Monsieur BASCOULERGUES,<sup>255</sup> le préjudice futur ou virtuel, est lui-même fonction d'évènements purement hypothétiques. Il est vrai que l'avenir n'ayant de maître que lui-même, les orientations que « *l'état de choses actuel* » pourrait suivre ne relèvent en définitive que de spéculations. Les prévisions que l'on pourrait établir peuvent se réaliser comme elles pourraient ne pas intervenir. Le préjudice futur ou virtuel étant intrinsèquement hypothétique, on pourrait préférentiellement l'opposer à un préjudice qui serait invraisemblable tant la réunion des conditions de sa réalisation est peu probable. On oppose souvent le préjudice futur au préjudice éventuel en ce que le premier se réalisera nécessairement alors que le second est tributaire de l'intervention de plusieurs conditions.

Il est finalement davantage question pour les juges de prendre en compte le degré de probabilité de l'intervention du préjudice plutôt que de rechercher une certitude absolue. En cela, seul l'examen attentif des faits permettra de retenir la dimension purement hypothétique ou au contraire de l'exclure au profit d'un préjudice futur. Les juges du fond sont souverains dans cette appréciation mais la Haute juridiction opère un contrôle sur la caractérisation de la certitude du préjudice<sup>256</sup>. De la même façon, la Cour de cassation examine la motivation des décisions écartant la réparation du préjudice à raison de l'incertitude de ce dernier<sup>257</sup>. La frontière entre le préjudice futur et celui qui est qualifié par la jurisprudence d'hypothétique, est rendue plus étroite encore lorsque l'on observe l'indemnisation possible du préjudice

---

<sup>254</sup> Req. 1er juin 1932 préc.

<sup>255</sup> A. Bascoulergues, *Les caractères du préjudice réparable : réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, thèse, Lyon, 2011.

<sup>256</sup> Cass. Civ. 1, 25 mai 1971, n° 69-14.248, Bull. civ. III n° 169.

<sup>257</sup> Cass. Civ. 1, 15 nov. 1994, n° 92-11.265, Bull. civ. I, n° 334, D. 1994. IR 19.

résultant d'une perte de chance. D'aucuns ont pu de façon avisée définir la chance comme « l'une des manières dont peut se produire un évènement aléatoire »<sup>258</sup>.

La Cour de cassation admet la réparation du préjudice de perte de chance en soutenant que « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »<sup>259</sup>. Toutefois, la jurisprudence exige que la chance soit réelle et sérieuse. Par ailleurs la perte de chance est souvent entendue comme une perte de chance de gain, pour autant, elle peut tout aussi bien être entendu négativement comme la nécessité d'éviter un évènement fâcheux, auquel cas elle remplit une fonction d'anticipation du dommage. De façon générale, on s'aperçoit qu'en droit commun, la jurisprudence a pris le parti d'adapter, voire d'atténuer l'exigence de certitude en matière de préjudice d'avenir. De nombreux domaines ont contribué à cette mutation du caractère certain du préjudice, qu'il s'agisse du droit du travail, des matières médicale, environnementale ou encore pénale. Le droit de la construction quant à lui n'est pas en reste et participe également à l'assouplissement du caractère certain du dommage à travers la réparation par la garantie décennale du dommage futur.

### *B) L'adaptation du dommage de construction au mécanisme du préjudice futur*

**55. La future gravité du désordre de construction** – Le droit commun interpelle par son absence de précision quant au caractère prochainement grave du préjudice. La Cour de cassation perpétue la formulation employée dans l'arrêt de 1932 précité<sup>260</sup> qui retient le terme de « *prolongement d'un état de choses actuel* » pour qualifier le préjudice futur, laissant à penser que la continuité de ce dernier est l'élément prédominant. Même si l'on peut toutefois induire de la jurisprudence une certaine idée d'aggravation d'un mal déjà présent, ce n'est pas tant la gravité future qui caractérise le mécanisme, mais plutôt la nécessité de réparer

---

<sup>258</sup> A. Bénabent, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, Thèse, LGDJ, 1973, « Anthologie du droit », 2013 ; J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974. I. 2620 ; J.-S. Borghetti, La perte de chance : rapport introductif, *in* La perte de chance, Colloque Orléans, 12 févr. 2013, *LPA* 31 oct. 2013, n° 218 ; Ph. Brun, Perte de chance : les risques de dévoiement, *in* La perte de chance, Colloque Orléans, 12 févr. 2013, *LPA* 31 oct. 2013, n° 218 ; M. Heers, L'indemnisation de la perte d'une chance, *Gaz. Pal.* 2000. 1. Doctr. 525 ; C. Ruellan, La perte de chance en droit privé, *Revue de la recherche juridique*, 1999 p. 729.

<sup>259</sup> Cass. Crim. 6 juin 1990, n° 89-83.703, *Bull. crim.* 1990, n° 224, *D.* 1990, p. 20.

<sup>260</sup> Req. 1er juin 1932 préc.

l'intégralité du préjudice y compris ses conséquences à venir. En revanche, en matière de garantie décennale, la prise en compte du dommage en devenir est fonction des critères de gravité que nous avons déjà exposés. Ce ne sont pas toutes les retombées préjudiciables d'un mal déjà existant que cherche à réparer la garantie décennale mais le dommage décennal lui-même. Comme le soulignait BÉRANGER à propos de l'édifice : « *Il peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant, être affecté de vices cachés, qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc en répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide* »<sup>261</sup>. La gravité du désordre étant la pierre angulaire de la garantie légale, le dommage futur ne peut dans ce cadre, que répondre à son tour à cette condition. Rappelons que cette garantie spéciale a pour objectif de protéger le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage contre les désordres qui en compromettent la solidité ou qui le rendent impropre à sa destination, durant une période de dix années à compter de la réception de l'immeuble. Autrement dit, il est question de mettre à l'épreuve le bien dans le temps afin d'en vérifier la viabilité. La temporalité du désordre est ainsi inhérente à l'esprit de la garantie décennale, ce qui en ferait vraisemblablement le terrain de prédilection du dommage futur, pour autant que la condition de la gravité ultérieure soit remplie. Toutefois, se distinguant encore du droit commun qui ne s'embarrasse pas du moment de survenance effectif du préjudice futur, se satisfaisant alors de la certitude d'une intervention, la responsabilité décennale elle, ne peut faire abstraction d'une contrainte de taille, celle de la nature du délai décennal. Il est admis que ce dernier est un délai d'épreuve de solidité de l'ouvrage, dont le caractère impératif ne fait pas de doute. La rigidité du délai d'épreuve auquel est attaché l'ordre public<sup>262</sup>, a conduit à l'apparition d'un dommage futur spécifique animé certes, lui aussi, par la volonté de prendre en compte le risque avéré de dommage, mais répondant à des conditions propres à la décennialité du désordre. Ainsi, la gravité du désordre et le délai dans lequel il doit apparaître, sont les briques de base du dommage futur de construction.

Désormais, après de nombreuses tergiversations jurisprudentielles<sup>263</sup>, le dommage futur est compris comme celui qui, ayant été judiciairement dénoncé durant le délai décennal, n'avait pas encore atteint la gravité décennale à ce moment, mais va l'atteindre avec certitude dans les

---

<sup>261</sup> Allocution de Béranger lors de la séance du Conseil d'État du 14 nivôse an XII (5 janvier 1804), cité par A.Caston, *Traité de la responsabilité des constructeurs*, préc., p. 671.

<sup>262</sup> Le délai décennal a un caractère impératif conféré par l'article 1792-5 du Code civil qui dispose : « *toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ». De façon implicite, ce texte prohibe les stipulations contractuelles ayant pour effet de réduire la durée des garanties légales des constructeurs. D'aucuns y voient la confirmation du caractère d'ordre public du délai décennal. *Infra* n°83.

<sup>263</sup> *Infra* n°115 s.



dix ans suivant la réception. Autrement dit, le dommage futur de construction correspond à la situation dans laquelle l'ouvrage présente des anomalies à l'intérieur du délai de garantie, lesquelles font présumer que, de façon inéluctable un dommage de la gravité de l'article 1792 du Code civil interviendra dans ce même délai. En revanche, comme en droit commun, le désordre purement hypothétique ne peut prétendre à réparation, seul le dommage futur de réalisation certaine ouvre le bénéfice des articles 1792 et suivants du Code civil<sup>264</sup>. Plus précisément, il serait plus juste d'employer l'expression de risque certain de dommage par opposition à un dommage dont la potentialité de la réalisation est trop faible pour mériter une réparation anticipée<sup>265</sup>. En effet, la dimension antinomique de la certitude d'un dommage futur apparaît avec plus de force s'agissant du désordre de construction. L'exemple le plus évocateur et traditionnellement avancé par la doctrine est celui de la fissure apparaissant sur la façade du bâtiment qui conduit à une réaction automatique mais néanmoins légitime du maître de l'ouvrage. La question qui se pose alors est de savoir si cette fissure n'est que superficielle ou si au contraire, elle est susceptible de porter atteinte à terme, à la structure même de l'ouvrage, mettant en péril sa solidité ou le rendant impropre à sa destination. Dans le premier cas, la fissure apparaît comme un désordre purement esthétique insusceptible d'une réparation au titre de la garantie légale, sauf à démontrer que l'apparence de l'ouvrage contribuait à une utilisation spécifique de l'immeuble par le maître de l'ouvrage<sup>266</sup>. Dans le second cas, la garantie spéciale est possible mais il serait illusoire d'affirmer sans détour que la fissure actuelle revêtira sans l'ombre d'un doute la gravité décennale et ce, d'autant plus que cette aggravation doit désormais apparaître dans le strict délai décennal. Les éléments de fait entourant l'anomalie, pas plus que le rapport d'expertise, ne sauraient consolider la certitude d'une aggravation de la fissure. Cette dernière pourrait en définitive ne jamais se réaliser ou rester en sommeil et traverser ainsi la durée de la garantie légale pour ne s'exprimer que postérieurement à la fin du délai. C'est alors la définition exacte du risque entendu en son sens courant comme la probabilité d'un mal ou d'un dommage. En réalité, il conviendrait de déplacer l'objet de l'appréciation de la certitude du dommage vers le risque. Si le dommage futur ne peut raisonnablement pas être certain, le risque de dommage lui peut davantage frôler la certitude dès lors qu'il est identifié et circonstancié par l'expert. Ainsi, lorsque la Haute juridiction

---

<sup>264</sup> Cass. Civ. 3, 25 sept. 2002, n° 00-21.614, Bull. civ. III n° 170, *RDI* 2003, p. 31, P. Dessuet. En l'espèce, la Haute juridiction confirme la décision de la Cour d'appel ayant exclu la garantie décennale en retenant souverainement que le désordre ne compromettrait pas la solidité de l'ouvrage dans l'immédiat ni, de façon certaine pour le futur et ne rendait pas l'ensemble de l'ouvrage impropre à sa destination.

<sup>265</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229.

<sup>266</sup> *Supra* n° 45.

souligne improprement la nécessité d'un dommage futur certain, il serait de rigueur d'exiger plutôt que le risque d'aggravation de l'anomalie d'ores et déjà présente soit si élevé, qu'il justifie une anticipation de la réparation. Pour autant, il ne s'agirait pas de réparer le risque qui serait en lui-même un dommage, mais de réparer la conséquence directe du risque certain. En pratique, ce sont donc les travaux nécessaires afin de prévenir la réalisation du risque de dommage qui méritent réparation.

Toutefois, l'exigence d'un risque certain de dommage futur au lieu de celle d'un dommage futur certain ne permet pas de contourner la position désormais ferme de la jurisprudence quant à la survenance de l'aggravation dans le délai de dix ans suivant la réception. A cet égard, la mission de l'expert semble finalement n'être qu'artificielle. En effet, alors que les rapports d'expertise mentionnent souvent l'existence d'un risque avéré d'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou d'impropriété à sa destination, ce n'est que de façon extrêmement rare qu'ils fixent la survenance du dommage à l'intérieur du délai décennal, se limitant alors à des expressions évasives telles que « dans les années à venir » ou encore « dans un avenir prévisible ». La mission de l'expert s'agissant du dommage futur est ainsi orientée de telle sorte qu'elle en devient l'assise d'une marginalisation de la réparation du dommage futur, elle reste cependant indispensable à l'office des juges.

**56. Propos conclusifs** – Le droit commun fait l'objet d'une certaine souplesse en permettant la réparation du préjudice qui, bien qu'étant futur, apparaît comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme susceptible d'estimation immédiate. À cet égard, la jurisprudence n'accorde en droit commun, que peu d'intérêt à la gravité future du préjudice, seule compte la notion de continuité du préjudice contrairement au droit de la construction au sein duquel la gravité du dommage futur conserve sa place centrale. Se distinguant encore du droit commun qui ne s'embarrasse pas du moment de survenance effectif du préjudice futur, la responsabilité décennale elle, ne peut faire abstraction d'une contrainte de taille, celle de la nature du délai décennal. Ainsi, le dommage futur recouvre l'hypothèse dans laquelle l'ouvrage présente des anomalies à l'intérieur du délai de garantie, lesquelles font présumer que, de façon inéluctable un dommage de la gravité de l'article 1792 du Code civil interviendra dans ce même délai. La spécificité de la matière conduit en outre à déplacer l'objet de l'appréciation de la certitude du dommage vers la certitude du risque sans pour autant que l'on en déduise une réparation du risque lui-même. En effet, ce déplacement du curseur de l'appréciation permet d'anticiper les conséquences résultant de ce risque ce qui, en pratique revient à consentir à la réalisation de travaux destinés à prévenir sa réalisation.

## §2 Le rôle prépondérant de l'expert judiciaire dans l'appréciation du dommage futur

57. La loi du 4 janvier 1978 a eu pour effet de mettre l'expert au centre du dispositif de règlement des sinistres de construction. Les missions des experts se sont depuis lors largement étendues et consistent aujourd'hui en trois grands axes d'intervention portant sur l'analyse de l'état d'une construction à un moment déterminé, la recommandation des travaux appropriés à la préservation de l'ouvrage et la détermination des circonstances ayant conduit au litige.

L'implication de l'expert aux divers stades de la vie de l'ouvrage (A) interroge sur l'éventuelle mise en œuvre de sa responsabilité et sur la nature de celle-ci (B).

### *A) L'amplitude des missions de l'expert judiciaire justifiant la mise en jeu de sa responsabilité*

58. **Les interdépendances entre l'expert judiciaire et l'expert amiable** – La notion d'expertise peut être regardée dans son acception la plus large, comme toute intervention d'un tiers auquel il est demandé de donner son avis sur une situation de fait, compte tenu de son expérience sur un sujet donné. Cet avis peut être sollicité aussi bien devant le juge, qu'en dehors de tout procès. En matière de construction, le recours à l'expertise n'est pas l'apanage des litiges décennaux mais peut intervenir à tout moment de la construction, que ce soit au cours des travaux, à l'achèvement de l'ouvrage ou encore à l'occasion des opérations de réception. Ainsi, corrélativement aux stades de la vie de l'ouvrage, la mobilisation d'un expert peut être initiée par divers acteurs tels que le maître de l'ouvrage ou le propriétaire, l'assureur, le constructeur ou réputé comme tel, un tiers à l'opération de construction ou encore et surtout, le juge. Le maître de l'ouvrage peut faire appel à un expert en cours de réalisation des travaux s'il suspecte que ceux-ci ne sont pas de la qualité requise, s'il constate des désordres sur la portion de l'ouvrage déjà réalisée, des non-façons ou malfaçons, en cas d'abandon de chantier par le constructeur ou encore lors de la réception s'il en détermine la nécessité. Le maître de l'ouvrage peut également faire intervenir un expert durant la période décennale s'il juge qu'un désordre mériterait réparation et ce, alors même que la demande de prise en charge du dommage par l'assurance dommages-ouvrage a été infructueuse ou qu'il s'est vu refuser la réparation par le constructeur. L'assureur quant à lui, peut être à l'origine de l'expertise lorsqu'une déclaration de sinistre a été réalisée par son assuré ou bien qu'un recours a été formé par un autre assureur.

Dans cette situation, l'expertise ne se limite pas à une analyse purement technique mais s'étend aux questions relatives à l'application du contrat. Autrement dit, si le contrat d'assurance dont est soulevé le bénéfice porte sur la garantie décennale, l'expert doit apporter les éléments nécessaires à la détermination de l'applicabilité de la garantie légale. Son expertise est donc orientée en fonction du contrat dont la mise en œuvre est demandée. À cet égard, Par ailleurs, s'agissant des maillons de la chaîne de construction, tout intervenant peut solliciter l'intervention d'un expert notamment durant la période décennale en matière de partage des responsabilités entre les constructeurs, mais aussi durant les travaux lorsqu'un litige oppose un intervenant à un autre ou à un tiers. Ces derniers ne sont d'ailleurs pas en reste puisque les tiers à l'opération de construction ont eux-mêmes la faculté de saisir un expert.

L'ensemble de ces acteurs fait souvent appel à l'expert dans la perspective d'un règlement amiable d'un différend. Toutefois, ils peuvent également se faire représenter par ce dernier dans le cadre d'une expertise judiciaire. Aussi, face à la technicité élevée des questions soulevées lors des litiges de construction, en particulier ceux intéressant la garantie décennale, les juges ont fréquemment recours aux experts afin de les éclairer sur les circonstances entourant le différend<sup>267</sup>. Bien qu'il existe des points communs entre l'expertise amiable et l'expertise judiciaire<sup>268</sup>, cette dernière obéit à des règles singulières de mise en œuvre. Les conséquences d'une procédure judiciaire fructueuse sur le délai décennal sont telles, qu'il est important d'observer de près le rôle et la place dévolus à l'expert judiciaire. Partant, l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité de ce dernier devrait vraisemblablement dépendre de son degré d'implication dans le litige.

---

<sup>267</sup> Notons qu'un seul et même expert ne peut pas agir à la fois sur demande des parties et du juge

<sup>268</sup> Selon une jurisprudence constante, l'expertise non judiciaire, même si elle n'a pas été réalisée de façon contradictoire, peut être utilisée par le juge, pourvu qu'elle ne constitue pas l'unique élément de preuve sur lequel se fonde sa décision. En ce sens : Cass. ch. Mixte, 28 sept. 2012, n° 11- 18.710. L'expertise judiciaire et l'expertise amiable peuvent ainsi entretenir un lien mais la force probante attachée à chacune d'elle diffère grandement. La première se suffit à elle-même lorsque la seconde n'est qu'un indice de la réalité du désordre, nécessitant de ce fait d'être corroboré par d'autres éléments. Messieurs Casu et Bonnet soulignent par ailleurs avec pertinence que « *cette distinction est tout à fait légitime pour cette raison simple que l'expertise judiciaire apporte des garanties qui font défaut à l'expertise sollicitée par une personne privée, à commencer par le respect du contradictoire* ». G. Casu et S. Bonnet, Prouver et réparer des désordres de construction, *D. actu.*, 9 juin 2020.

A cet égard, nonobstant le fait que le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties, la Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer que l'expertise amiable était recevable indépendamment d'avoir été réalisée au contradictoire de la partie adverse, dès lors que cette dernière a été mise en mesure de discuter contradictoirement les rapports produits. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, n° 16-15.451. V. à ce sujet : G. Cavalier, Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable, *D.* 2005, p. 46.

Récemment, la Haute juridiction a apporté des précisions dans un arrêt remarqué du 14 mai 2020 dans lequel elle maintient avec force le caractère insuffisant de l'expertise amiable. Celle-ci ne peut à elle seule justifier la décision des juges du fond, alors même que l'autre partie a été régulièrement appelée aux opérations d'expertise. Cass. Civ. 3, 14 mai 2020, n° 19-16.278, P.

**59. L'intervention indispensable mais néanmoins encadrée de l'expert judiciaire –**

Face à la technicité de la matière, le juge a le plus souvent recours à l'expert afin que ce dernier réponde à des questions précises. L'expert est alors, en matière de droit de la construction, la pierre angulaire du procès. Son office est alors orienté par les questions que lui posera le juge, ce dernier ayant naturellement des compétences limitées en ce domaine. Lorsque l'expert est désigné par une décision de justice, l'expertise est alors qualifiée de judiciaire, par opposition à l'expertise intervenant dans un cadre amiable, avant tout procès. Il peut s'agir d'une désignation à l'initiative du juge des référés conformément à l'article 834 du Code de procédure civile<sup>269</sup>, elle peut aussi être le fait du juge de la mise en état si une action a été préalablement introduite au fond en vertu de l'article 789 5° du même code. Il arrive également que les juges du fond ordonnent d'office la mesure d'expertise indépendamment d'une demande en ce sens par les parties en vertu de l'article 10 du Code de procédure civile. L'article 493 du code précité en vertu duquel « *l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* », a également vocation à s'appliquer de façon cependant plus marginale.

Dans ce contexte, diverses missions peuvent être confiées à ce professionnel des techniques de construction agissant sous la casquette d'expert devant le juge. Graduellement, il peut tout d'abord lui être demandé d'opérer de simples constatations matérielles sans qu'il ait à en déterminer les éventuelles conséquences ni même leur imputabilité. Il peut en outre être désigné en tant que consultant. L'article 256 du Code de procédure civile prévoit : « *Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation* ». La consultation est ainsi une mesure intermédiaire se situant entre la constatation et l'expertise. Enfin, le plus souvent en matière de garantie décennale, le juge attribue à l'expert une véritable mission d'instruction technique impliquant des recherches et des investigations poussées, autrement dit, une véritable expertise. Les articles 263 et suivants du Code de procédure civile régissent l'expertise judiciaire bien que celle-ci ne soit aucunement obligatoire. Il en résulte que le recours à

---

<sup>269</sup> À cet égard, les juges du fond précisent que la partie qui demande la désignation d'un expert doit le faire sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile et non pas l'article 834 du même code (anciennement article 808), ce dernier étant destiné au juge des référés qui souhaite être éclairé par l'intervention de l'expert. *AJDI* 2009 p.463, Demande en désignation d'expert : attention au fondement juridique !

Par ailleurs, il a été jugé que l'article 145 précité n'est pas tenu en échec par l'article 146 qui suit. Ce dernier qui dispose : « *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.* », est sans application dès lors que le juge est saisi d'une demande de mesure d'instruction formulée avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Cass. Civ., 2, 10 mars 2011, n° 10-11.732, *Bull. civ.* 2011, II, n°65.

l'expertise fait l'objet d'un encadrement précis dont on peut aisément entrevoir l'objectif de préservation des pouvoirs du juge et de son appréciation souveraine des faits. Ainsi, le choix de l'expert ou des experts selon les cas, est dévolu au juge qui se réfère habituellement aux listes d'experts établies par les cours d'appel. Les experts ainsi désignés ne représentent aucune des parties, leur mission est déterminée par la décision qui les a désignés et prend fin lors du dépôt de leur rapport. A cet égard, le juge n'est pas tenu par les conclusions de l'expert mais il dispose pleinement de son pouvoir souverain d'appréciation. Les mesures d'expertises ne doivent porter que sur des points techniques précis, à l'exclusion de toute question purement juridique. La décision désignant l'expert doit définir et délimiter sa mission et prévoir le délai dont il dispose pour l'accomplir. Concernant les litiges relevant de la garantie légale, l'expert doit le plus souvent faire une description du ou des désordres, déterminer leur caractère apparent ou caché lors de la réception, établir si les désordres sont susceptibles de compromettre la solidité de l'ouvrage ou de le rendre impropre à sa destination, mais aussi, caractériser l'existence d'un dommage futur. L'expert doit en outre délivrer tous les éléments de fait ou techniques par lesquels le juge pourra établir l'étendue des différentes responsabilités en présence. Plus étonnamment, l'expert est amené à donner son avis quant aux travaux nécessaires à la remise en état de l'ouvrage ou bien ceux qui pourraient déjouer l'aggravation du désordre. Dans ce dernier cas, l'implication de l'expert dans la procédure prend une tout autre dimension. En effet, il n'est plus question pour ce dernier de fournir une analyse purement factuelle et technique de la situation qui lui est soumise, ni même de délivrer un avis sur le bien-fondé d'éventuels travaux, mais bien d'être à lui seul l'instigateur de ces derniers. S'il est vrai que le juge n'est pas tenu de suivre le rapport d'expertise, ce procédé qui, en réalité, consiste à déléguer à l'expert le soin de préconiser une solution au litige, interpelle en ce qu'elle s'apparente à une sorte de « collaboration décisionnelle » qui ne dit pas son nom. A ce propos, la Cour de cassation nourrit cette confusion des rôles à travers certains attendus dont la formulation laisse perplexe comme en témoigne l'arrêt du 18 février 2016<sup>270</sup> dans lequel la Haute cour retient : « *Qu'en se prononçant ainsi, alors que le fait de travailler pour une société d'assurance ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise, l'assemblée générale des magistrats a violé le texte susvisé* ». Le fait de soumettre l'expert judiciaire aux règles du procès équitable semble naturel eu égard à sa contribution indéniable au procès, en revanche l'expression « *missions judiciaires d'expertise* » elle, sème le doute quant à l'étendue de sa participation. En réalité, si l'article 238

---

<sup>270</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 févr. 2016, n° 15-60.264.

du CPC<sup>271</sup> fait obstacle à ce que le technicien commis apporte une appréciation d'ordre juridique<sup>272</sup>, il est compréhensible, compte tenu de la technicité des litiges intéressant la garantie décennale, que le juge fasse siennes les conclusions de l'expert.

A cet égard, la Cour de cassation opère un contrôle sur l'éventuelle dénaturation du rapport d'expertise par les juges du fond, ce qui accentue davantage son importance dans le processus décisionnel. Le juge, bien que disposant d'une marge d'interprétation du rapport, ne saurait faire dire à celui-ci ce qu'il ne dit pas clairement, réserve faite du rapport porteur d'une trop grande ambiguïté. L'extension du grief de dénaturation au rapport d'expertise peut légitimement interpeller et interroger quant au fondement juridique mobilisé<sup>273</sup>. Pourtant, ce cas d'ouverture à cassation est de façon désormais constante, appliqué au rapport d'expertise tantôt au visa de l'ancien article 1134 du Code civil<sup>274</sup>, tantôt au visa de l'article 4 du Code de procédure civile<sup>275</sup>. Ainsi, la place prépondérante de l'expert judiciaire est indéniable, le juge n'est certes, pas lié par le rapport d'expertise mais ce dernier est sans conteste une assise à la décision qui sera prononcée. Bien plus qu'un simple instrument éclairant le juge, l'expert se situe dans le sillage de ce dernier en permettant de déterminer l'applicabilité de la garantie décennale et doit en outre, répondre aux exigences liées au principe du procès équitable telles que l'impartialité ou l'indépendance. Pour autant, alors même que se développe une véritable collaboration entre le juge et l'expert, le second, contrairement au premier, n'est pas à l'abri d'une éventuelle mise en jeu de sa responsabilité non seulement eu égard au rapport produit mais aussi lorsqu'il s'est vu confier par le juge la mission de mener les travaux qu'il a préconisé. On peut raisonnablement se demander si l'impact d'une telle responsabilité est de nature à altérer le comportement de l'expert dans l'accomplissement de ses missions. Il est à craindre

---

<sup>271</sup> L'article 238 du Code de procédure civile issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile prévoit: « *Le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique* ».

<sup>272</sup> Les dispositions relatives au technicien commis, encore appelé communément « expert » sont prévues aux articles 232 et suivants du Code de procédure civile. Le technicien peut se voir attribuer trois types de missions : les constatations, les consultations et les expertises.

<sup>273</sup> En effet, le rapport d'expertise, n'étant ni un contrat ni un jeu de conclusions, les visas des articles 1134 ancien du Code civil et 4 du Code de procédure civile habituellement employés par la Haute juridiction, semblent inadaptés. Rappelons que la dénaturation est traditionnellement un cas d'ouverture à cassation relatif au contrat. Elle consiste à interdire au juge, au prétexte d'interprétation, de transgresser les termes du contrat choisis par les parties dont il résulterait une altération de l'opération contractuelle qu'ils ont voulue. La notion de dénaturation repose donc essentiellement sur la force obligatoire du contrat. L'interprétation n'étant au demeurant admise qu'en cas d'ambiguïté ou d'obscurité des termes d'un contrat. Lorsque les termes sont clairs et précis, toute interprétation constitue une dénaturation en raison de l'application de l'adage *interpretatio cessat in claris*. La dénaturation est constituée notamment, par la modification de stipulations contractuelles et plus précisément, par l'ajout au contrat d'une condition qu'il ne comprenait pas originellement.

<sup>274</sup> Cass. Civ., 2<sup>e</sup>, 24 mars 2016, n° 15-15.299, *RGDA*, mai 2016, n° 113k4, p. 269.

<sup>275</sup> Cass. Com., 19 juin 2012, n° 11-13.176, *Bull. IV* n° 132.

que ce dernier ne se trouve bridé dans son action par l'inquiétude de voir sa responsabilité trop facilement engagée. On peut penser que la jurisprudence ait pris en compte cette considération parmi d'autres si l'on observe l'hésitation dont elle a fait preuve quant à la mise en œuvre de la responsabilité de l'expert.

*B) Une mise en jeu des responsabilités de l'expert judiciaire encore timide*

**60. Une responsabilité décennale de l'expert non souhaitable** – La généralité des termes de l'article 1792-1 du Code civil qui répute constructeur « *tout technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage* » a permis d'intégrer dans le champ de la garantie décennale bon nombre d'intervenants à l'acte de construction. Cette recherche constante de nouveaux débiteurs de la garantie est allée plus loin encore, en conduisant la Cour de cassation à se prononcer sur la responsabilité décennale de l'expert chargé par le juge d'une mission de maîtrise d'œuvre<sup>276</sup>. Un premier élément de réflexion sur cette question apparaît dans la formulation de l'article précité qui souligne l'exigence d'un rapport contractuel entre la personne réputée constructeur et le maître de l'ouvrage. Or, à l'instar du sous-traitant, l'expert judiciaire ne fait pas l'objet d'un tel lien. Les Hauts magistrats ont d'ailleurs relevé que la qualification de constructeur attribuée à l'expert, ne peut être retenue que si l'existence d'un lien contractuel entre ce dernier et le maître de l'ouvrage est suffisamment caractérisé. Plus précisément, un arrêt de la cour d'appel a été cassé au motif que l'exercice de fait d'une activité de maîtrise d'œuvre ne suffisait pas à lui seul, à établir l'existence d'un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'expert judiciairement commis<sup>277</sup>. Ce dernier ne pouvait pas répondre des désordres survenus sur les travaux dirigés dans les conditions prévues à l'article 1792 du Code civil au risque sinon, d'une dénaturation de sa mission. Monsieur BRISAC en conclut que pour déterminer qui peut être réputé constructeur, il convient d'examiner non pas ce qui est fait, mais dans quel cadre juridique cela est fait. Autrement dit, la mission comprenant : « *la direction, l'exécution et le contrôle des tous travaux nécessaires à l'achèvement des bâtiments et de ses abords et la livraison des appartements* », ne constitue

---

<sup>276</sup> Rappelons que traditionnellement, le maître d'œuvre se voit confier par le maître de l'ouvrage les missions de concevoir un projet de construction neuve ou de rénovation, de préparer et diriger des marchés de travaux à réaliser avec les entrepreneurs, de contrôler le paiement des travaux ou encore assister son client à la réception des ouvrages. Cette mission est historiquement dévolue à l'architecte bien qu'il n'en ait pas l'exclusivité.

<sup>277</sup> Cass. Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-18.883, *RDI* 2001, p. 523.



pour l'expert que l'application d'une décision de justice mais ne permet pas d'engager sa responsabilité décennale en l'absence de tout rapport contractuel direct avec le maître de l'ouvrage<sup>278</sup>. Monsieur MALINVAUD déduisait de cet arrêt que, dans des circonstances différentes, un expert judiciaire pourrait probablement être qualifié de constructeur<sup>279</sup>. La jurisprudence envisage en effet que l'expert ayant accepté la mission de maîtrise d'œuvre proposée par le maître de l'ouvrage suite à son intervention judiciaire, puisse engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1792 du Code civil.<sup>280</sup> Certains voient cependant en tout cela une « *confusion des genres* »<sup>281</sup> rappelant l'ancien mécanisme de « l'expertise travaux ». Cette expression est issue d'un décret du 27 décembre 1920, abrogé le 17 décembre 1973<sup>282</sup> et marque la première confusion opérée par le législateur entre expertise et maîtrise d'œuvre. Elle impliquait 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* »<sup>283</sup>. Malgré l'abrogation du décret de 1920, la pratique des tribunaux perpétuait l'utilisation de l'expertise-travaux avant de connaître un frein encouragé par la Cour de cassation mais aussi par la norme NF X50-110, publiée en avril 2003 sous le titre « *Qualité en expertise – prescriptions générales de compétence pour une expertise* ».

Ainsi, indépendamment de l'hypothèse encore incertaine de l'expert ayant accepté une mission de maîtrise d'œuvre, la responsabilité décennale n'a pas vocation à s'appliquer au technicien commis en l'absence de lien contractuel direct avec le maître de l'ouvrage. Pour autant, l'expert n'est pas à l'abri de voir sa responsabilité délictuelle engagée malgré une certaine réticence des juges sur ce point<sup>284</sup>.

## **61. Les raisons de l'hostilité des juges quant à une responsabilité civile de l'expert** – La réticence quant à la reconnaissance de la responsabilité de l'expert n'est pas

---

<sup>278</sup> M. Brisac, Responsabilité au visa de l'article 1792 de l'expert judiciaire en l'absence de la désignation d'un maître d'œuvre ?, *RDI* 2001 p.514.

<sup>279</sup> Ph. Malinvaud, L'expert judiciaire n'est pas un constructeur, *RDI* 2001 p.523.

<sup>280</sup> B. Boulbi, *Rép. dr. immobilier*, nov. 2016, n°548.

<sup>281</sup> J.M. Heisser-Vernet, Expertise bâtiment et maîtrise d'œuvre : histoire d'une confusion des genres, *Experts*, févr. 2014, n° 112.

<sup>282</sup> Décret du 27 décembre 1920 portant révision du tarif des frais de voyage des parties, des experts auprès des tribunaux de grande instance, des dépositaires de pièces et des témoins, abrogé par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.

<sup>283</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229.

<sup>284</sup> Une réponse ministérielle a en 2013, pu soutenir que dans la mesure où les experts judiciaires n'ont aucun lien contractuel avec les parties, leur responsabilité ne peut dès lors être recherchée que sur le terrain délictuel ou quasi délictuel. Elle obéit aux règles de droit commun en la matière, à savoir que trois éléments sont exigés : un agissement fautif, un préjudice et une relation de cause à effet entre la faute et le dommage. Réponse ministérielle, J.O., 3 mai 2011, p. 4564.

nouvelle, plusieurs arguments convergent en ce sens. Madame BERTOLASO rappelle de façon éminemment pertinente que cette hostilité jurisprudentielle est ancienne puisqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, l'expert judiciaire jouissait de la même immunité que le magistrat<sup>285</sup>. L'autrice illustre son propos en citant un arrêt de la cour d'appel de Pau du 30 décembre 1863 qui énonçait : « *l'œuvre des experts est réputée l'œuvre de la justice et celle-ci est inattaquable comme le jugement lui-même qui l'a approuvée ; les experts jouissent des immunités qui couvrent les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires* ». Elle poursuit cette rétrospective en soulignant qu'à titre marginal, les fautes de l'expert pouvaient être prises en considération pour engager sa responsabilité mais uniquement en cas de dol ou de fraude par analogie avec la responsabilité du magistrat. Du reste, cela n'était rendu possible qu'à la condition que l'action en réparation ait été intentée avant l'homologation du rapport d'expertise par le juge. Mais, si une décision judiciaire définitive venait à homologuer le rapport, elle absorbait celui-ci qui bénéficiait alors à son tour de l'autorité de la chose jugée.

Ce raisonnement autrefois en vigueur, exprimait une certaine honnêteté intellectuelle en ce qu'il incarnait l'aveu par les magistrats, de l'emploi du rapport d'expertise non pas comme un simple indice, mais comme l'élément fondamental impulsant leur décision. Autrement dit, il était clairement reconnu que l'expert, loin d'être en périphérie du procès, agissait véritablement aux côtés du juge. De ce fait, permettre l'engagement de la responsabilité de l'expert reviendrait en quelque sorte à remettre en doute la décision elle-même et en définitive l'appréciation du juge. Des auteurs ont d'ailleurs mis en lumière de façon convaincante cette confusion des rôles bloquant la perspective d'une reconnaissance de la responsabilité de l'expert. Monsieur THIOYE relève à cet égard à juste raison que : « *l'idée de participation des experts au service public de la justice est telle que le fait de les mettre en cause équivaudrait, quelque part, à remettre en question ledit service public* »<sup>286</sup>.

Au-delà de cette considération, il apparaît plus juste d'offrir à l'expert judiciaire la possibilité d'accomplir les missions qui lui sont confiées avec toute la liberté et la sérénité que cela commande. On peut légitimement se demander si l'expert, en ayant conscience du risque de voir sa responsabilité engagée, ne ferait pas preuve d'une prudence excessive dans son rapport. C'est d'ailleurs hypothétiquement ce qui explique, en partie, la rareté des rapports

---

<sup>285</sup> S. Bertolaso, *Expert, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 367.

<sup>286</sup> M.Thioye, préc. Pour une étude générale sur la responsabilité des gens de justice, dont le régime distingue les magistrats de carrière et les simples collaborateurs du service public : S. Guinchard, *La responsabilité des gens de justice, Rapport de synthèse, Justices* 1997. 109

d'expertises établissant très clairement l'existence d'un dommage futur dès lors que la jurisprudence a progressivement ouvert la voie de la responsabilité civile de l'expert.

## **62. L'ouverture progressive par les juges d'une responsabilité civile de l'expert –**

Les nombreuses critiques doctrinales ont eu raison de l'hostilité manifeste des juges à l'égard d'une responsabilité civile de l'expert judiciaire. L'une des observations les plus répandues consistait à soulever la confusion inopportune entre les fonctions respectives des experts et celles des juges. Alors que les premiers réaliseraient des constats grâce à leurs compétences techniques, les seconds eux, n'étant aucunement liés par le rapport d'expertise, seraient seuls à même de trancher le litige *in fine*. À l'appui d'une démonstration en ce sens, un auteur a opéré une analogie avec l'action qui serait menée par la victime d'une escroquerie au jugement par la production d'un faux document. Selon lui, dénoncer le travail de l'expert ne revient pas à blâmer la décision du juge. Le demandeur invoquerait la réparation pour le préjudice résultant des fautes de l'expert qui a induit le juge en erreur, exactement de la même façon que celui qui agirait contre l'auteur d'un faux sans pour autant que soit remise en cause la décision fondée sur ce faux<sup>287</sup>. En somme, l'autorité de la chose jugée ne serait pas contredite par une action inquiétant l'expert, seule la faute de l'expert est recherchée dans un but indemnitaire.

La jurisprudence n'est pas restée insensible à ces critiques doctrinales et a progressivement admis que la responsabilité extra contractuelle de l'expert judiciaire puisse être engagée si ce dernier commet une faute dans l'accomplissement de sa mission. La Cour de cassation marquait un premier pas dans cette direction dès 1914 en relevant que : « *les experts chargés par un tribunal de procéder à une vérification, sont, en principe, soumis aux règles de droit commun et, par suite, responsables du préjudice qui est la conséquence de leurs fautes* ». <sup>288</sup> Cet arrêt renvoyait ainsi l'expert à sa mission originelle consistant à éclairer le juge sur des difficultés d'ordre technique n'empêchant nullement que sa responsabilité civile puisse être recherchée. Toutefois, la Cour subordonnait cette responsabilité à la réunion des conditions classiques en la matière, à savoir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. Poursuivant son tracé jurisprudentiel, la Haute juridiction décidait en 1949 que :

---

<sup>287</sup> A. Robert, La responsabilité civile de l'expert judiciaire, *D.* 11 avr. 2013, n° 13, p. 855. Le parallèle ici réalisé par l'auteur interpelle en ce que la faute de l'expert susceptible d'engager sa responsabilité civile ne consiste pas en une intention de tromper le juge en dénaturant les faits de la cause, mais réside dans un manquement à un devoir de prudence et de diligence. Il eut été plus recevable, d'opérer un tel parallèle en matière de responsabilité pénale de l'expert.

<sup>288</sup> Cass. Req., 26 oct. 1914, *D.* 1916, 1, p. 53. Les juges du fond ont emboité le pas à la Haute juridiction dès 1939 en énonçant : « *la loi ne confère à l'expert judiciaire (...) aucune immunité, encore que sa fonction se rattache à l'administration de la justice, et il est donc soumis au droit commun dans les termes de l'article 1382 du Code civil* ». – Tr. Civ. de la Seine, 9 févr. 1939, *Gaz.Pal.* 1939.1743, cité par J.F.Péridaud, *RDI*, 2001, p. 321.

« les experts commis en justice pour donner leur avis étant, en principe, soumis aux règles du droit commun en ce qui concerne leur responsabilité civile, il faut qu'il soit démontré qu'il y a relation de cause à effet entre la faute retenue contre eux et le dommage causé »<sup>289</sup>. Dans le même élan d'ouverture de la responsabilité civile de l'expert, il a été jugé que celle-ci puisse être engagée alors même que le juge a suivi son avis, dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport a été entaché<sup>290</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation a levé tout doute autorisé sur une certaine confusion des rôles dans un arrêt du 19 mars 2002 en confirmant la position des juges du fond suivant laquelle l'action en responsabilité contre l'expert judiciaire – même nommé par une juridiction administrative – doit se tenir devant la juridiction judiciaire puisque les éventuelles fautes commises par l'expert engagent « *sa propre responsabilité et non celle de l'État* »<sup>291</sup>. La jurisprudence a par ailleurs précisé la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'expert.

**63. La faute de l'expert entraînant sa responsabilité civile** – S'inspirant de la notion de « bon père de famille »<sup>292</sup> aujourd'hui obsolète, c'est naturellement à partir des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil que la jurisprudence a fait émerger la responsabilité de l'expert. De ce fait, dès lors qu'une faute commise par l'expert a provoqué un préjudice, la responsabilité de ce dernier devrait pouvoir être engagée indépendamment de la gravité de la faute ou de son caractère intentionnel. Toutefois, sur ce point l'emploi du conditionnel est de rigueur compte tenu de certaines décisions, certes ponctuelles, mais néanmoins ambiguës quant à l'exigence d'un certain degré de gravité attaché à la faute. Il en est ainsi d'un arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui retenait que : « *la responsabilité des experts peut se trouver engagée lorsque, par des erreurs grossières ou intentionnelles, ils ont surpris la religion des juges qui les ont commis et faussé leur décision, il faut encore (...) que le demandeur ne se contente pas*

---

<sup>289</sup> Cass. Civ. 9 mars 1949, *Gaz. Pal.*, 13 mai 1949. 245.

<sup>290</sup> Cass. Civ. 2, 4 avr. 1973, *Bull. civ.* II, n° 127. – Cass. Civ. 2, 8 oct. 1986, *Bull. civ.* II, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 337, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

<sup>291</sup> Cass. Civ. 1, 19 mars 2002, n° 00-11.907, *Bull. civ.* III n° 102, *AJDI* 2002. 867, obs. H. Heugas-Darraspen.

<sup>292</sup> La loi n° 2014-873 du 4 août 2014, publiée au journal officiel du 5 août 2014, relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a procédé à la suppression « en bon père de famille » que l'on retrouvait dans les codes civil, de la consommation, rural, de la pêche maritime, de l'urbanisme et enfin dans celui de la construction et de l'habitation. L'expression « en bon père de famille », issue de l'adage « *latine bonus pater familias* », avait été consacrée par le Code civil de 1804 qui posait l'obligation d'agir en bon gestionnaire. La notion de bon père de famille constituait un standard juridique prenant en compte un individu abstrait incarnant la norme comportementale en vertu de laquelle est apprécié le comportement d'une personne pour déterminer l'existence ou la mesure d'une éventuelle faute. Aujourd'hui, l'expression est remplacée par un adjectif plus neutre, à savoir, raisonnable ou encore raisonnablement. V. à ce sujet : S. Darmaïn, À la recherche du bon père de famille, *Mél. le Tourneau, Dalloz*, 2007, p. 297 ; J.-L. Halperin, La suppression de l'expression bon père de famille, *D.* 2014. p. 536 ; J. Huet, Adieu bon père de famille, relation d'un cauchemar suivi d'observations sur les mots en droit, et d'autres choses encore, *D.* 2014, p. 505.

*de produire les contestations du procès définitivement jugé. Si le demandeur en responsabilité ne fait que reprendre les critiques déjà formulées par lui devant les juridictions qui ont eu à connaître des résultats de l'expertise et déjà appréciées par ces juridictions, sa demande, qui tend à rouvrir un procès déjà définitivement tranché, doit être rejetée de plano* »<sup>293</sup>. Cet arrêt est la démonstration parfaite de l'hostilité des juges à retenir la responsabilité de l'expert qui a activement contribué à la décision rendue. Par une formulation encore plus absconse, la cour d'appel de Lyon a pu décider que, si la faute de l'expert peut être retenue non seulement si elle est « *intentionnelle et malicieuse* », mais encore si elle résulte d'une erreur ou d'une négligence que n'aurait pas commise un technicien avisé et consciencieux, elle n'est cependant pas susceptible d'engager la responsabilité de l'expert à défaut pour le demandeur d'établir l'existence « *d'erreurs grossières* » et d'une « *intention malveillante ou d'un dessein de nuire* »<sup>294</sup>. Ainsi, par le truchement d'une faute d'une nature particulière, les juges détournent la question du principe même d'une responsabilité de l'expert – qui était en tout état de cause déjà admise par la jurisprudence – en durcissant ses conditions de mise en œuvre. Ces décisions constituent en réalité des sursauts de résistance par les juges du fond qui peinaient à admettre que l'expert puisse voir sa responsabilité engagée selon le droit commun, animés par l'idée sous-jacente préalablement évoquée selon laquelle leur propre appréciation était ainsi mise à mal. Malgré ces quelques tentatives de réfréner la propagation du droit commun de la responsabilité à l'expert judiciaire, la jurisprudence a poursuivi son œuvre en précisant la nature de la faute imputable à l'expert. Celle-ci n'est alors pas fonction de son intensité ou de sa dimension intentionnelle mais a trait à un comportement normalement prudent et diligent à l'instar nous l'avons dit, de la notion de bon père de famille.

De nombreux arrêts ont exprimé cette idée à travers diverses formulations qui ne retiennent pas l'erreur technique comme étant en elle-même constitutive d'une faute, mais qui mettent en lumière les moyens entourant l'action de l'expert. Ainsi, la cour d'appel de Paris a retenu la faute de l'expert qui ne s'est pas comporté « *comme l'aurait fait un expert moyennement consciencieux, diligent et attentif* »<sup>295</sup>. Plus récemment, la cour d'appel de Nancy a relevé que « *la responsabilité de l'expert peut être engagée (...) à raison des erreurs techniques affectant ses conclusions, erreurs qu'un expert normalement consciencieux et attentif n'aurait à l'évidence pas commises* »<sup>296</sup>. Des auteurs ont souligné la complexité, voire

---

<sup>293</sup> C.A. Montpellier, 15 mars 1948, *Gaz.Pal.*, 2 mai 1948.

<sup>294</sup> C.A. Lyon, 4 mars 1981, *D.* 1982, p. 271, obs. J. Penneau.

<sup>295</sup> C.A. Paris, 30 mars 1965, *Gaz.Pal.*, 10 déc. 1965. 382.

<sup>296</sup> C.A. Nancy, 27 janv. 2011, n° 03/01074.

le paradoxe résultant de ce que le juge est à la fois celui qui fait appel à l'expert pour palier son manque de connaissances techniques et, celui qui est chargé de déceler la faute de l'expert dans la mission qu'il lui a lui-même confié. Cet argument renvoi à la dimension collaborative de l'action menée par l'expert sur demande du juge que nous avons observée en amont, mais il trouve une atténuation en ce que l'expert est en réalité tenu à une obligation de moyens dans l'accomplissement de sa mission. En effet, en employant implicitement la notion classique de « bon père de famille », la jurisprudence a eu recours dans le même temps à une autre composante des « fondamentaux du droit commun », qu'est l'obligation de moyens, les deux notions étant au demeurant étroitement liées. De façon générique, l'obligation de moyens consiste en : « *l'effort de l'homme, un effort constant, persévérant, tendant à adopter l'attitude la plus appropriée pour se rapprocher de l'objectif fixé, en prenant en compte ses capacités et les possibilités offertes par « l'industrie humaine* <sup>297</sup> ».

Appliquée à l'expert, cette définition implique que celui-ci doit déployer tout son art au service de la mission qui lui est confiée par le juge. A cet égard, Monsieur MELENNEC a soulevé que : « *ce qui est exigé, ce n'est pas que l'expert parvienne obligatoirement à la vérité, mais qu'il fasse raisonnablement tout son possible pour y parvenir, compte tenu des règles propres à sa profession, du temps et des moyens qu'il peut consacrer à l'accomplissement de sa mission. En un mot, qu'il se comporte en technicien avisé, consciencieux et attentif* »<sup>298</sup>. Ainsi, le juge qui recourt à l'expertise du fait de ses limites sur des aspects techniques du litige soumis à son appréciation, peut tout à fait s'interroger sur les moyens mis en œuvre par l'expert dans le cadre de sa mission. La question des moyens étant en effet par essence plus subjective et quelque part, plus juridique, que celle de l'erreur technique. Le juge a toute compétence pour apprécier le comportement de l'expert et le caractère suffisant ou pertinent des actes accomplis par ce dernier pour répondre à la tâche qui lui a été confiée. Il a par exemple été jugé qu'un expert commettait une faute en n'ayant pas « *pris les mesures nécessaires* », consistant notamment en une étude du sol, pour apprécier la gravité et le degré évolutif d'un désordre affectant la construction d'une piscine<sup>299</sup>. En outre, quand bien même le juge rencontrerait toujours des difficultés d'ordre technique, il aura le loisir de mettre en œuvre une nouvelle expertise afin de déterminer si tous les leviers techniques ont bien été soulevés par le premier expert dans l'accomplissement de sa mission.

---

<sup>297</sup> J. Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, *LGDJ*, 1965.

<sup>298</sup> L. Melennec, La responsabilité civile des experts judiciaires et des médecins experts en particulier, *RDSS* 1972.1, cité par A. Robert, D., 11 avr. 2013, n° 13.

<sup>299</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2015, n° 13-28.351, 14-14.275, *Bull. civ.* III n° 28.

Aussi, l'argument suivant lequel le juge, dépourvu de compétences techniques nécessaires à la résolution du litige, ne serait pas en capacité d'apprécier le respect par l'expert de son obligation de moyens, ne nous paraît pas satisfaisant. En revanche, l'appréciation par le juge de cette obligation de moyens se heurte fondamentalement à la liberté offerte à l'expert d'employer les méthodes de son choix. En effet, l'expert jouit d'une certaine indépendance technique comme en témoigne un arrêt du 8 juillet 1974 par lequel une cour d'appel affirmait la parfaite liberté de l'expert de choisir la méthode qu'il estime la plus appropriée à l'évaluation du préjudice<sup>300</sup>. Vingt ans plus tard, une autre cour d'appel a pu décider que, malgré le rapport d'une seconde expertise diligentée par la partie demanderesse, retenant une opinion différente de celle de l'expert judiciaire, aucune faute n'était démontrée à l'encontre de ce dernier qui restait « libre de ses méthodes »<sup>301</sup>. Il appartient ainsi au juge de trouver le plus juste équilibre entre la liberté technique de l'expert et les exigences découlant de l'obligation de moyens pesant sur ce dernier. La souplesse d'appréciation inhérente à la nature de cette obligation permettra au juge de limiter les cas d'ouverture de la responsabilité civile de l'expert, sans pour autant priver le demandeur de toute possibilité d'agir contre ce dernier. Par ailleurs, au-delà de l'obligation de prudence et de diligence dans l'exécution de la mission de l'expert, le demandeur conserve la possibilité d'agir pour le non-respect des obligations procédurales prévues par le Code de procédure civile<sup>302</sup>. Parmi elles, se trouve entre autres, l'obligation pour l'expert d'accomplir personnellement la mission lui ayant été confiée, d'assurer le recrutement et le contrôle de collaborateurs si ses seules compétences ne suffisent pas, de communiquer le rapport aux parties dans les délais impartis afin de respecter les droits de la défense ou encore de faire preuve de probité et de discrétion<sup>303</sup>.

Les agissements fautifs liés aux prescriptions du Code de procédure civile sont nombreux, il reste que le juge sera confronté à la question épineuse du lien de causalité. En effet, l'argument développé par la doctrine en vertu duquel le cloisonnement des fonctions impliquant que le juge n'est pas lié par le rapport d'expertise, est à double tranchant. Si l'on admet que le juge n'est pas tenu de suivre l'avis de l'expert, on devrait pouvoir admettre que l'expert ayant rempli sa mission se trouve libéré, à charge ensuite pour le juge d'apprécier en toute conscience, l'opportunité d'utiliser ou non le rapport à l'appui de sa décision. On ne saurait dans le même temps, relever la prééminence du pouvoir d'appréciation du juge et, faire

---

<sup>300</sup> CA, Aix en Provence, 8 juill. 1974, Ann. Loyers 1975, p. 407.

<sup>301</sup> CA, Dijon, 23 mars 1994.

<sup>302</sup> T. Moussa (dir), *Droit de l'expertise*, Dalloz action, 4<sup>e</sup> éd., n°231.11 s.

<sup>303</sup> Articles 232 et suivants du Code de procédure civile.

peser toute la charge de la responsabilité sur l'expert que l'on mettrait en arrière-plan de la décision. C'est en ces termes que se pose la question du lien de causalité entre la faute commise et le préjudice dénoncé. L'origine de ce dernier réside-t-elle dans l'action menée par l'expert, ou bien dans la décision du juge ?

**64. La délicate caractérisation du lien de causalité** – Les circonvolutions faites par la jurisprudence autour de la question du lien de causalité, laissent planer le soupçon d'une instrumentalisation de cette notion en vue de restreindre les possibilités de mise en œuvre de la responsabilité de l'expert. C'est avant tout à un retour aux bases du droit des obligations qu'appelle l'analyse des diverses décisions. Sans entrer dans les nombreuses subtilités afférentes à ce troisième volet constitutif de la responsabilité civile,<sup>304</sup> nous pouvons observer qu'en matière de responsabilité de l'expert, les difficultés gravitent autour du « rapport de nécessité » entre la faute de l'expert et le préjudice dont il est demandé réparation. Ce rapport de nécessité n'a-t-il pas été rompu par l'intervention du juge dont « *l'imperium* » est de surcroît de nature à éclipser l'action menée par l'expert ? Cette interrogation a pour toile de fond la distinction classique entre la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate. Selon la première, tout évènement sans lequel le dommage ne se serait pas produit en est la cause. Tous les faits ayant été des conditions nécessaires, ont une part équivalente dans la réalisation du dommage et en sont donc tous la cause de façon identique. Toutefois, les évènements ayant simplement contribué à la réalisation du dommage sans pour autant en être une condition nécessaire, doivent être écartés. Selon la deuxième théorie, il convient d'opérer une hiérarchie parmi les conditions nécessaires, si bien que sera retenu l'évènement qui était de nature à produire le dommage au regard de ce qui était normalement prévisible. Les faits qui devaient produire les conséquences dommageables, dans le « cours habituel des choses et selon l'expérience de la vie » sont ceux qui en sont les causes juridiques. En somme, un évènement

---

<sup>304</sup> Ces « subtilités » ont été qualifiées plus sévèrement par la doctrine tant la notion de causalité est insaisissable. Elle a ainsi été décrite en ces termes : « *la notion de causalité est une redoutable sirène : elle égare volontiers ceux que sa subtilité séduit et qui cherchent à la pénétrer jusque dans ses mystères intimes* », N. Dejean de la Bâtie, note sous Cass. Civ. 2, 1er fév. 1973, *JCP* 1974, II, n° 17882. Il est certain que « *l'analyse de la causalité n'a guère tenté les auteurs français, pénétrés qu'ils étaient de la vanité de leurs recherches face au pragmatisme de la jurisprudence* » B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1996, n° 1077. D'autres ont pu dénoncer ses « *affres* » : P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, *D.* 1964, chr. p. 205, ou encore ses « *arcanes* » : Y. Lambert-Faivre, *De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité*, *D.* 1992, chr. 311. La causalité serait de la même façon « *le problème le plus complexe de la responsabilité civile* » : A. Nadeau, notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile, in *Études juridiques en hommage à M. le juge B. Bissonnette*, 1963, p. 435. De même qu'elle est « *l'un des champs de discussion les plus difficiles et aussi les plus confus de la doctrine* » : H. Ph. Visser't Hooft, *Causalité et sens commun : essai d'une analyse conceptuelle*, in *Études de logique juridique*, vol. 5, sous la direction de C. Perelman, Ed. Bruylant, 1973, n° 1. D'autres concluent alors que sa théorisation serait une « *recherche absolument vaine* » : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *LGDJ*, Ed. 2013.



ne sera qualifié de cause que s'il existe entre lui et le dommage un rapport « adéquat » et non pas simplement « fortuit »<sup>305</sup>.

Selon que l'on retienne l'une ou l'autre des théories, la responsabilité de l'expert sera plus ou moins facilement engagée. D'emblée, nous pouvons raisonnablement souligner que dans les deux théories, l'élément causal doit avoir été indispensable à la réalisation du dommage. Ainsi, lorsque le juge n'a pas utilisé le rapport d'expertise pour appuyer sa décision, la responsabilité du technicien est *ipso facto* exclue. En revanche, lorsque le juge a fondé sa décision sur le rapport d'expertise, le demandeur pourrait légitimement, au vu de la théorie de l'équivalence des conditions, avancer que sans le rapport d'expertise erroné, le dommage ne serait pas survenu ce qui en fait une cause sérieuse. S'il est vrai qu'un tel raisonnement, aussi sommaire qu'il soit, a toute raison d'être, encore faut-il que le demandeur, toujours conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, puisse établir que l'action de l'expert n'a pas juste vaguement contribué à la réalisation du dommage mais qu'elle en a été une cause nécessaire. Autrement dit, il devra être établi que sans la présence du rapport contenant la ou les erreurs, le dommage ne serait pas survenu. Pour cela, la victime devra démontrer que la décision du juge a été, si ce n'est exclusivement, au moins en grande partie, déterminée par le rapport de l'expert<sup>306</sup>. En pratique, cette preuve sera difficile à apporter, le juge ayant très bien pu forger sa conviction sur un faisceau d'éléments aux côtés du rapport d'expertise. Elle sera d'autant plus délicate à apporter lorsque le juge n'a que partiellement fait usage du rapport, en ne retenant que des bribes des conclusions de l'expert. Il a ainsi été très tôt décidé que la responsabilité de l'expert ne peut être retenue que si son rapport a nécessairement conduit à la décision du juge en raison de son caractère technique et du fait qu'il ait échappé au contrôle et à la discussion des parties<sup>307</sup>. En outre, les erreurs de l'expert doivent être indécélables par le juge et les parties. Dans la négative, le préjudice pourrait être reproché non pas à l'expert, mais à la décision du juge ou au manquement du demandeur n'ayant pas critiqué le rapport durant l'instance.

Ainsi, alors même que la théorie de l'équivalence des conditions devrait permettre de faciliter l'engagement de la responsabilité de l'expert, on observe que la jurisprudence se montre exigeante quant aux conditions de son application. Plus encore, elle a parfois favorisé

---

<sup>305</sup> H., L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle : Montchrestien*, 6<sup>e</sup> éd., t. II, n° 1673.

<sup>306</sup> Ainsi a-t-il été jugé qu'il n'y a pas de rapport de causalité entre la faute d'un expert donnant dans un rapport un avis erroné et l'inculpation d'une personne par un juge d'instruction, si le juge ne s'est pas fondé sur le rapport : sans le rapport, le juge aurait tout de même procédé à l'inculpation. Cass. Civ. 9 mars 1949, *JCP G* 1949, II, 4826 ; *D.* 1949, p. 331 ; *S.* 1950, I, p. 13.

<sup>307</sup> Trib. Civ. de la Seine, 9 févr. 1939, préc.

la théorie de la causalité adéquate justifiée par la présence du juge s'interposant dans la ligne de causalité. En effet, en admettant que le juge dispose seul du pouvoir de trancher le litige, qu'il n'est aucunement lié par les conclusions de l'expert, le dommage ne puise-t-il pas son origine dans l'interprétation que le juge a fait du rapport et de la décision qui en résulte ? La jurisprudence a par moments répondu par l'affirmative à cette question avant de retrouver une position plus nuancée. La première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la cour d'appel « *qui a relevé que la cause directe du dommage invoqué se trouvait dans l'appréciation et la décision de la cour d'appel, dans son arrêt du 17 mai 1990, n'avait pas à se livrer à une recherche, nécessairement hypothétique, des influences qui avaient pu présider à ces appréciation et décision* »<sup>308</sup>. Il apparaît ici que la décision du juge fait en quelque sorte « écran » et relègue les conclusions expertales au rang de simple facteur d'influence sans rapport direct avec le dommage. Plus tard, la Haute juridiction a adopté une position plus mesurée dans une espèce où une cour d'appel, tout en reconnaissant le caractère critiquable et inexploitable du rapport, avait décidé que le premier juge ayant fait siennes les conclusions de l'expert, le préjudice trouvait sa cause dans la décision du tribunal. Dans cette espèce, la Cour de cassation censurait l'arrêt de la cour d'appel au motif que les erreurs commises par l'expert et relevées par la cour d'appel, ont conduit le demandeur à la saisine de la cour d'appel laquelle ordonnait une nouvelle mesure d'instruction engendrant des frais pour ce dernier. Elle retenait ainsi que la saisine de la cour d'appel, et la nouvelle mesure d'instruction ordonnée par cette juridiction étaient en relation de causalité directe et certaine avec les fautes retenues contre l'expert dans la réalisation de la première expertise<sup>309</sup>. Cette position adoptée par les Hauts magistrats qui retiennent la responsabilité du technicien commis, alors même que la cour d'appel n'a pas nié avoir eu connaissance des erreurs contenues dans le rapport, interpelle grandement. On peut s'interroger sur la similarité de la solution si le préjudice n'avait pas été lié aux frais de procédure mais à des conséquences financières constitutives d'un gain manqué ou encore d'une perte de chance. Un récent arrêt témoigne en effet de l'inconstance des

---

<sup>308</sup> Cass. Civ. 1, 18 févr. 1997, n° 95-14.823.

<sup>309</sup> Cass. Civ. 2, 13 sept. 2012, n° 11-16.216, *Bull. civ.* II n° 141.

solutions en matière de caractérisation du lien de causalité et révèle finalement l'appréciation casuistique de celui-ci<sup>310</sup>.

**65. Propos conclusifs** – L'expert judiciaire remplit un rôle central dans les litiges de construction en déployant ses compétences tant au stade amiable que judiciaire. Parmi l'éventail de ses interventions, figure celle qui consiste à caractériser l'existence d'un dommage futur dans le cadre d'un procès. L'importance que revêt son rapport questionne sur les rapports qu'il entretient avec le juge, agit-il comme un véritable collaborateur de ce dernier, immergé de ce fait dans le processus décisionnel, ou n'est-il qu'un élément en périphérie de l'instance ? De la réponse à cette question découlera l'étendue de la responsabilité civile de l'expert. À la vérité, en matière de garantie décennale et à plus forte raison en termes de dommages futurs, la question technique se confond avec la question juridique<sup>311</sup>. Si le juge n'est pas lié par le rapport de l'expert, il ne peut raisonnablement l'écarter compte tenu de la technicité de la matière dépassant ses compétences. C'est en partie la raison pour laquelle les juges sont réticents à ce que la responsabilité civile de l'expert puisse être engagée. Au demeurant, que l'on affirme que le rapport ne lie pas le juge ou que l'on soulève le rôle prépondérant de l'expert aux côtés du juge, les arguments convergent vers une absence de responsabilité de ce dernier. Dans le premier cas, le juge n'étant pas lié par le rapport, la décision lui revient entièrement et on ne saurait faire peser la charge d'un jugement empreint d'une erreur sur l'expert. Dans le second cas, l'expert collaborant activement aux côtés du juge, il devrait pouvoir bénéficier d'une immunité lui permettant d'agir dans le cadre de sa mission le plus sereinement possible. L'action de l'expert servira par ailleurs à ajuster la réparation due au maître de l'ouvrage, de même qu'à déterminer l'imputabilité du dommage futur au constructeur, preuve est s'il en fallait encore une, des liens étroits entre le juge et le technicien commis.

---

<sup>310</sup> La Cour de cassation censurait l'arrêt de la cour d'appel qui a retenu la responsabilité de l'expert ayant mal évalué l'indemnisation d'une société ayant subi une baisse d'activité suite à l'incendie de ses locaux et qu'il peut être raisonnablement pensé que si une proposition plus élevée avait été faite, un accord aurait pu être conclu et formalisé dans les deux mois soit le 31 mai 2009, entre cette société et son assureur. La deuxième chambre a relevé : « *qu'en se déterminant ainsi, sans justifier, autrement que par un motif hypothétique, en quoi une évaluation des pertes d'exploitation de la société Crêperie d'Émeraude selon des modalités conformes aux stipulations du contrat d'assurance, [...] aurait conduit à une offre d'indemnisation satisfaisante pour l'assurée, eu égard notamment aux prétentions que celle-ci avait formées peu après dans son assignation contre la société MMA, et, comme telle, de nature à la déterminer à conclure rapidement un accord amiable avec cet assureur, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'existence d'un lien de causalité certain entre la faute imputée à la société Texa et le préjudice invoqué par la société Crêperie d'Émeraude, tenant aux conséquences financières d'une indemnisation estimée tardive, n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cass. Civ 2, 5 nov. 2020, n°19-15.740, RGDA déc. 2020, n° 117z7, p. 59.

<sup>311</sup> V. C. Lecompte, « Le droit saisi par la technique : origine et rôle de l'expertise judiciaire ». *Experts*, juin 2005, n°67.

## ***Section 2 : La théorie du dommage futur soutenue par le principe de réparation intégrale du désordre imputable au constructeur***

66. Traditionnellement, la réparation du dommage futur relève de l'idée selon laquelle un dommage doit être réparé dans son entièreté, intégrant de ce fait ses retombées à venir. Le principe de la réparation intégrale procède de la nécessité de placer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur du dommage ne s'était pas produit et ainsi, de « rétablir l'équilibre mis en péril par le préjudice »<sup>312</sup>. L'existence d'une présomption de responsabilité, constituant *de facto* une dispense d'établir la faute du constructeur, devrait en théorie faciliter la demande en réparation dès lors que le dommage futur est caractérisé. Néanmoins, cela ne doit pas faire perdre de vue que le désordre décennal fût-il en devenir doit, pour prétendre à une réparation, être imputable au constructeur visé par le maître de l'ouvrage (§ 1). Dès lors que la condition de l'imputabilité est remplie, l'intégralité du désordre devra être réparé (§2).

### §1 L'imputabilité du dommage futur au constructeur

67. **Une condition substantielle à la mise en œuvre de la garantie légale** – Le dommage décennal doit pouvoir être imputé au constructeur de l'ouvrage, tel qu'il est défini à l'article 1792-1 du Code civil, lequel est le débiteur exclusif de la garantie décennale. Le dommage futur, à plus forte raison étant donné sa particularité, n'échappe pas à cette exigence. L'imputabilité en matière de garantie décennale implique que les travaux touchés par les désordres, doivent relever de la sphère d'intervention du constructeur visé par la demande d'indemnisation. Ainsi, le constructeur ne peut voir sa responsabilité décennale engagée que si lui-même a réalisé l'ouvrage ou la partie de l'ouvrage touché par un dommage relevant de la garantie légale. La même solution est retenue si ce sont des personnes dont il doit répondre qui sont intervenues sur l'ouvrage. La mise en place d'un régime de garantie n'a donc pas eu pour effet d'atténuer la condition de l'imputabilité, propre à tous les systèmes de responsabilité. Cette exigence est régulièrement rappelée en jurisprudence, celle-ci ayant très tôt admis que l'existence d'une responsabilité objective n'empêche pas que soit remise en cause l'imputabilité du désordre au constructeur. Les juges emploient des formulations dont la généralité des termes permet d'inclure un grand nombre de situations. Il a ainsi été jugé que : « *la garantie décennale*

---

<sup>312</sup> S. Bertolaso, Quelle réparation en cas d'aggravation des désordres de construction ?, *RDI* 2011, p. 54.

*d'un constructeur ne peut pas être mise en œuvre pour des désordres qui ne sont pas imputables à son intervention* »<sup>313</sup>. Monsieur MALINVAUD souligne que la rédaction choisie par la Cour de cassation permet de couvrir diverses situations telles que celle du locateur d'ouvrage n'ayant pas participé aux travaux relatifs à la partie de l'ouvrage affectée de désordre ou encore celle des désordres qui sont apparus sur une partie de l'ouvrage qui n'avait pas fait l'objet de travaux<sup>314</sup>. Il apparaît alors qu'aux côtés de la force majeure, la faute de la victime et la faute d'un tiers, le défaut d'imputabilité permet au constructeur de faire tomber la présomption de responsabilité pesant sur lui. Monsieur MALINVAUD rappelle la proximité des notions de faute des tiers et de défaut d'imputabilité et soutient, à l'appui de la jurisprudence, que la première ne s'applique pas aux rapports entre co-constructeurs qui ne sont pas des tiers les uns pour les autres<sup>315</sup>. La faute d'un tiers en la personne du co-constructeur, ne peut être opposée au maître de l'ouvrage par le constructeur visé, compte tenu de ce que la présomption de responsabilité pèse sur tous les intervenants tenus *in solidum*<sup>316</sup>. La Cour de cassation a en effet admis de longue date qu'un locateur d'ouvrage ne peut se soustraire à sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage en invoquant la faute d'un colocateur<sup>317</sup>. Néanmoins, la responsabilité entre les colocateurs d'ouvrage n'est pas de nature solidaire, si bien que celui qui a été condamné dispose d'un recours personnel contre les autres « *sur le fondement de la responsabilité de droit commun applicable dans leur rapport* »<sup>318</sup>. La question de l'imputabilité quant à elle s'entend différemment, il ne s'agit pas pour le constructeur de renvoyer à la faute d'un autre, mais de rechercher son exonération en faisant valoir que le désordre invoqué n'entretient aucun lien avec le périmètre d'intervention qui était le sien<sup>319</sup>. Lorsque le processus de construction de l'ouvrage fait l'objet d'un découpage précis comme c'est le cas d'un marché par lots séparés confiés à différents locateurs, la démonstration du défaut d'imputabilité n'entraîne pas de grandes difficultés pour le constructeur inquiet. Mais à la vérité, si la question de l'imputabilité peut parfois être rapidement résolue, elle est dans d'autres circonstances, plus épineuse tant les maillons de la chaîne de construction de l'ouvrage se superposent.

---

<sup>313</sup> Cass. civ. 3, 20 mai 2015, n°14-15.480, *RDI* 2015 p. 420.

<sup>314</sup> Ph. Malinvaud, La condition d'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur, *RDI* 2015, p. 420.

<sup>315</sup> Ph. Malinvaud, L'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur est une condition d'application de l'article 1792, *RDI* 2015 p.310.

<sup>316</sup> *Infra* n°184.

<sup>317</sup> Cass. Civ. 3, 12 juill. 1988, *RDI* 1989 p. 56.

<sup>318</sup> Cass. Civ. 3, 8 juin 2011, n° 09-69.894, Bull. civ. III n° 93, *Constr.-Urb.* 2011. 131., obs. M.-L. Pagès-de Varenne.

<sup>319</sup> Cass. Civ., 3, 25 mars 2015, n° 13-27.584.

**68. Cas particuliers** – Le processus d'édification de l'ouvrage peut suivre divers schémas influençant la facilité avec laquelle sera établie l'imputabilité du désordre au constructeur visé. Ainsi, il a été décidé que l'entrepreneur principal ayant en charge un marché de construction dans son entier ne peut échapper à la présomption de responsabilité en arguant que les dommages ne sont pas reliés à son activité. Il en est de même concernant l'architecte ayant reçu une mission complète de maîtrise d'œuvre<sup>320</sup>. En revanche, dans l'hypothèse où plusieurs entrepreneurs sont intervenus successivement sur l'ouvrage, il semblerait qu'il pèse sur le dernier d'entre eux, une présomption d'imputabilité du désordre sans pour autant que cela n'exclut que le premier intervenant puisse toujours se voir personnellement imputer le dommage. Cela s'explique car l'on considère que le successeur doit, avant de prendre le relais du chantier, s'assurer de certaines précautions. Néanmoins, si ce dernier apporte la démonstration suivant laquelle le dommage ne lui est pas imputable, il sera alors exonéré. Un arrêt de la troisième chambre civile du 16 janvier 2008 résume parfaitement cette situation en soulignant que l'intervention du successeur, bien qu'étant inefficace et non adaptée, n'avait pas supprimé la cause des désordres mais n'avait cependant rien ajouté aux désordres préexistants<sup>321</sup>. Dans une autre espèce, le demandeur au pourvoi qui dans les faits, avait installé sur un ouvrage une climatisation, soutenait que postérieurement à son intervention, d'autres sociétés ont agi sur cette installation de sorte qu'il n'était pas établi que les désordres invoqués pouvaient être rattachés à l'action qu'il avait réalisée. La Cour de cassation rejetait le pourvoi en soulignant que, dès lors que les juges du fond avaient soulevé que l'intervention de tiers sur l'ouvrage n'avait aucune incidence sur l'imputabilité du désordre au constructeur puisqu'il était clairement établi que la conception défectueuse de la climatisation en était à l'origine, il leur était inutile de répondre au moyen tiré de l'implication des sociétés intervenues plus tard<sup>322</sup>. De façon similaire, a été discutée la question de l'imputabilité du désordre suite à des travaux de reprise s'étant avérés inefficaces.

Un arrêt du 17 juin 2009 illustre le cas particulier des travaux de reprise et les difficultés y afférentes en terme non seulement d'imputabilité, mais aussi d'aggravation du désordre<sup>323</sup>. En l'espèce, des particuliers ont fait réaliser en 1990 des travaux de surélévation de leur pavillon. Des désordres étant apparus, ces derniers ont diligenté une expertise puis ont fait réaliser en 1994 et en 1998 des travaux de reprise en sous-œuvre avant de vendre leur pavillon

---

<sup>320</sup> Ph. Malinvaud, La condition d'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur, préc.

<sup>321</sup> Cass. Civ. 3, 16 janv. 2008, n° 04-20.218.

<sup>322</sup> Cass. Civ. 3, 12 nov. 2020, n° 19-18.213., P., *Gaz.Pal.*, 8 déc. 2020, n° 392j3, p. 75, N. Rias.

<sup>323</sup> Cass. Civ. 3, 17 juin 2009, n° 08-15.503, *Bull. civ. III* n° 143, *Constr.- Urb.* n° 9, Sept. 2009, 115, comm. M.-L. Pagès-de Varenne

l'année suivante. Quatre ans après la vente, des fissurations sont apparues conduisant les acquéreurs à solliciter une expertise. Celle-ci relevait que les désordres trouvaient leur origine directe dans les travaux initiaux de surélévation réalisés de façon non conforme aux règles de l'art, et non pas dans les actions de confortation successives survenues en 1994 et 1998. Le vendeur soutenait à l'égard des constructeurs dont il sollicitait la garantie à titre subsidiaire, que la cause étrangère n'était pas démontrée et que les désordres apparus étaient en réalité imputables à l'inefficacité des interventions des constructeurs en 1994 et 1998. La stratégie du vendeur consistait donc à contourner la prescription des articles 1792 et suivants du Code civil puisque l'expertise fixait l'origine des désordres aux travaux initiaux vieux de plus de dix ans. Pour ce faire, le vendeur soutenait que les travaux postérieurs de confortation n'avaient servi à rien, ce dont il résultait que les dommages apparus ultérieurement étaient bien imputables à l'inefficacité de leur intervention. La Cour de cassation n'a pas été sensible à cet argument et a rejeté le pourvoi au motif « *qu'ayant relevé qu'il résultait des rapports des experts que les désordres ne trouvaient pas leur cause directe dans les travaux de confortation réalisés [...] mais dans la surélévation accomplie hors des règles de l'art, et que ces travaux n'avaient ni causé ni aggravé les désordres et avaient même pu stabiliser en temps la construction, la cour d'appel a pu en déduire que la mise hors de cause de ces sociétés sur le fondement de la présomption des articles 1792 et suivants du Code civil s'imposaient en l'absence d'imputabilité aux entreprises d'une situation qui remontait aux travaux réalisés en 1990 et en constituait la suite directe* »<sup>324</sup>. La Cour suprême, à travers l'exigence d'imputabilité, exonère donc les intervenants postérieurs de leur responsabilité décennale. Il reste à savoir si ces travaux de reprise des désordres auraient pu être qualifiés d'ouvrage de nature à engager la responsabilité décennale des constructeurs.<sup>325</sup> En effet, les travaux de reprise étant en définitive, des travaux sur des existants, il convient de leur appliquer les critères dégagés par la jurisprudence en la matière.<sup>326</sup>

**69. Propos conclusifs** – De prime abord, la question de l'imputabilité n'est pas de nature à contrevenir à l'esprit de la responsabilité décennale qui se veut être une responsabilité objective, indifférente à la cause du désordre et de ce fait, étrangère à l'exigence d'une faute par le constructeur. En effet, la confusion ne saurait être permise entre l'imputabilité du

---

<sup>324</sup> Cass. Civ. 3, 17 juin 2009, n° 08-15.503, préc..

<sup>325</sup> À titre de comparaison, il a été jugé que la « *consolidation du sol au droit des fondations par des injections de coulis de ciment* » relevaient bien d'un ouvrage au sens de la garantie décennale. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 févr. 2004, n° 98-23.129.

<sup>326</sup> *Supra* n° 37.

dommage au constructeur dont la responsabilité est convoitée, et la causalité visant à rechercher la source du désordre. Pourtant, la lecture des formules employées par la jurisprudence laisse à penser que l'imputabilité, exonératoire de responsabilité si elle fait défaut, connaît une frontière bien ténue avec la causalité. Par ailleurs, si l'examen de l'imputabilité ne devrait pas en principe consister en la recherche de la cause du désordre, il revêt une importance primordiale lorsqu'une aggravation du désordre survient malgré la réalisation de travaux de reprise. En effet, l'imputabilité du désordre décennal au constructeur ayant réalisé ces derniers, aurait pour effet de faire courir un nouveau délai de garantie<sup>327</sup>. Aussi, dès lors que l'imputabilité du dommage à l'un des constructeurs n'est pas remise en cause, et que le reste des conditions relatives à la garantie spéciale, de même que le cas échéant, celles relatives au dommage futur sont réunies, il est exposé au risque de mise en œuvre de sa responsabilité décennale. Le maître de l'ouvrage dispose d'autant de leviers d'action qu'il y a de constructeurs répondant à ces conditions. Il appartiendra ensuite au colocateurs d'ouvrage d'intenter des recours entre eux. La réparation dont bénéficiera le maître de l'ouvrage sera alors pleine et entière.

## §2 L'indemnisation du dommage futur par le principe de réparation intégrale

70. Comme nous avons pu le voir, la Cour de cassation a de longue date accepté de réparer « *toutes les prolongations certaines et directes d'une situation actuelle* ». Pour la Haute cour, le préjudice futur est indemnisable dès lors qu'il présente un degré de certitude sérieux. Cette solution, transposable au dommage futur de construction, trouve une justification dans la nécessité de réparer intégralement le dommage subi par la victime. La réparation doit comprendre l'ensemble des moyens nécessaires pour replacer la victime dans l'état où elle était si le désordre n'était pas intervenu. La formule employée par la Cour de cassation est à cet égard sans équivoque : « *le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »<sup>328</sup>. On pourrait douter de l'application de ce principe au dommage futur dans lequel, par définition, le dommage n'est pas encore subi par le maître de l'ouvrage. Or, souvenons-nous que le dommage futur n'échappe pas à la condition de certitude. Ainsi, la réalisation du dommage étant inéluctable, il est réparé

---

<sup>327</sup> V. *infra* n°104 s.

<sup>328</sup> Cass. Civ. 2, 16 déc. 1970, n°69-12.617, *Bull. civ.* 1970, II, n° 346.



« comme si » il était déjà intervenu. Le principe de la réparation intégrale suppose donc que toutes les conséquences futures d'un mal déjà présent soient prises en compte. À ce titre, le dommage futur – sous réserve de la condition de certitude telle que nous l'avons décrite – bénéficie d'une réparation en amont de sa réalisation effective (A), réparation qui pourra prendre diverses formes entraînant quelques questionnements (B).

### *A) Le principe de la réparation intégrale permettant une réparation par avance du dommage futur*

**71. L'évaluation d'une réparation par anticipation** – Le droit de la responsabilité a pour socle le principe de la réparation intégrale qui consiste à replacer la victime dans l'état où elle serait en l'absence de tout désordre<sup>329</sup>. Appliqué à la responsabilité des constructeurs, cela implique qu'ils doivent répondre de l'ensemble des dommages résultant de l'immeuble sinistré – pourvu que la condition de l'imputabilité ne fasse pas défaut – afin que le maître de l'ouvrage ne pâtisse aucunement de ces désordres. Ainsi, du point de vue de la responsabilité légale, il est admis que le maître de l'ouvrage ne doit pas subir les retombées décennales futures d'un mal qui est pour l'instant en sommeil. C'est donc au titre de la réparation intégrale que le dommage futur doit pouvoir être réparé comme l'a parfois expressément souligné la Haute juridiction. Celle-ci a en effet pu approuver une cour d'appel en ces termes : « *la cour d'appel, qui a retenu que la réparation intégrale du dommage exigeait, en raison du caractère inévitable des conséquences futures du vice, la réfection des installations non encore sinistrées en leur totalité, a légalement justifié sa décision de ce chef* »<sup>330</sup>.

Si la Cour de cassation a admis que le dommage futur puisse être réparé<sup>331</sup>, il convient de s'interroger sur les modalités de cette réparation, autrement dit, comment réparer concrètement le dommage futur ? A ce propos, Monsieur THIOYE<sup>332</sup> fait remarquer avec beaucoup de pertinence que dans le cas des dommages futurs, « *l'évolution prévisible du dommage dans un délai prévisible (...) permet des réparations par anticipation* ». Il oppose ces

---

<sup>329</sup> Ch. Coutant-Lapalus, Le principe de réparation intégrale en droit privé, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, n° 69, p. 79.

<sup>330</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 jnv. 1998, n° 96-14.332.

<sup>331</sup> Il convient en effet de rappeler que la Cour de cassation, dès 1985, a admis que « *la garantie décennale couvre les conséquences futures des désordres résultant de vices, dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie* », Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 1985, n° 84-13.375, Bull. civ. III, n° 159. – Solution depuis lors réitérée : Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mai 2001, 99-15.062, Bull. civ. III, n° 62.

<sup>332</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, préc.

dommages futurs à ceux que l'on qualifie d'évolutifs, lesquels relèvent d'une « *réitération* » de la réparation en ce qu'ils ont déjà fait, lors de leur dénonciation, l'objet d'une première réparation puisqu'ils avaient dès l'origine le degré de gravité requis<sup>333</sup>. Ainsi, le dommage futur bénéficie en quelque sorte d'une « avance sur réparation » dans la mesure où il interviendra de façon inéluctable. De ce fait, l'anticipation de la réparation pose la question des modalités d'évaluation de l'indemnisation. En effet, de façon plus large que le seul cas du dommage futur de construction, il est admis en jurisprudence et en doctrine, que le préjudice futur peut être indemnisé dès lors que deux conditions sont cumulativement remplies à savoir, d'une part la certitude qu'il se réalisera et d'autre part qu'il est susceptible d'évaluation au moment où la réparation est demandée<sup>334</sup>. Si nous avons soulevé les difficultés liées au caractère certain du dommage futur, la question de son évaluation est tout aussi épineuse au regard de l'aléa inhérent au dommage futur. La jurisprudence répond à cette difficulté en exigeant une « *possibilité d'estimation immédiate* »<sup>335</sup>. Autrement dit, dès lors que le juge a acquis la conviction de la réalité du dommage futur, il lui revient de déterminer l'étendue de ce dernier afin d'évaluer les modalités de la réparation au moment du jugement. Le calcul de l'indemnisation devra alors tenir compte de toutes les conséquences futures des désordres identifiés et dénoncés pendant la période de garantie. L'évaluation de l'indemnisation ou plus largement de la réparation, appartient au juge dont l'appréciation à cet égard est souveraine<sup>336</sup>. La date d'évaluation du préjudice en matière délictuelle est fixée par la jurisprudence, non pas au jour de la réalisation du préjudice, mais au jour du jugement et ce, depuis un arrêt de principe ancien<sup>337</sup>. La solution a été logiquement transposée à la responsabilité des constructeurs<sup>338</sup>.

Le juge doit par ailleurs être vigilant quant à l'étendue de la réparation qu'il prononce, laquelle ne doit pas aller au-delà du dommage effectivement subi par le maître de l'ouvrage. Dans l'hypothèse du dommage futur, il doit anticiper les conséquences à venir de l'anomalie actuelle afin que l'évaluation de la réparation soit au plus près du dommage. En effet, le principe

---

<sup>333</sup> *Infra* n° 129.

<sup>334</sup> Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, éd. 1996, Dalloz, n° 734 et s., cité par O. Guérin, *JCP G* n° 20, 14 Mai 2003, n° 10077.

<sup>335</sup> P. Jourdain, Comment traiter le dommage potentiel ? *RCA*, n°3, Mars 2010, dossier 11.

<sup>336</sup> La Cour de cassation a par exemple approuvé l'évaluation de la réparation faite par une cour d'appel au motif : « *qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seule la réfection presque complète du second œuvre de l'appartement permettrait à Mme Y... d'être replacée dans la situation où elle se serait trouvée si l'immeuble avait été livré sans vices, et que la limitation des démolitions au carrelage impliquait une autre finition de surface qu'un carrelage et ne supprimait pas la cause des désordres, la cour d'appel, a souverainement apprécié les travaux utiles pour réparer l'intégralité de son préjudice* ». Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2010, n°09-13.505.

<sup>337</sup> Ch. Req., 23 mars 1942, *Gaz. Pal.*, 1942, 1, p.224.

<sup>338</sup> Cass. Civ., 3, 24 juin 1975, n° 74-11.704, *Bull. civ.* III, n°211. En l'espèce, il a été retenu que le préjudice subi par le maître de l'ouvrage ne pouvait être intégralement réparé qu'à la condition que son évaluation soit réalisée au moment du jugement et non pas au moment de la remise du rapport d'expertise.

de la réparation intégrale ne saurait permettre une réparation qui excéderait le montant du dommage.

**72. La réparation de tout le préjudice, rien que le préjudice** – Une formule usuellement employée par la doctrine consiste à soulever la réparation de « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* »<sup>339</sup>. La Cour de cassation quant à elle exprime sans détour la nécessité de réparer l'entier préjudice sans en dépasser les contours en affirmant que « *les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »<sup>340</sup>. Ainsi, le principe de la réparation intégrale ne saurait permettre une double indemnisation de la victime comme l'illustre un arrêt de la Cour de cassation dans lequel elle censure la décision de la cour d'appel ayant condamné à la fois l'assureur dommages-ouvrage et les constructeurs, à indemniser chacun le maître de l'ouvrage de son entier préjudice<sup>341</sup>.

La Haute juridiction veille à ce que la réparation intégrale due au maître de l'ouvrage, ne soit pas une source d'enrichissement injustifié pour ce dernier<sup>342</sup>. La question s'est notamment posée de la prise en compte de la vétusté de l'ouvrage sur le montant de l'indemnisation. En effet, il n'est pas dépourvu de sens que de se demander si l'ancienneté, dont découle naturellement un état d'usure de l'immeuble, peut conduire à réduire le montant de l'indemnisation. La Cour de cassation a fermement répondu par la négative à cette question et a maintenu sa solution depuis lors. Dans un arrêt du 16 décembre 1970, elle a approuvé une cour d'appel ayant refusé de prendre en compte la vétusté du bâtiment pour évaluer l'indemnisation de la victime suivant le motif que : « *déduire des frais de la remise en état le coefficient de vétusté correspondant à l'âge du bâtiment ne replacerait pas la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit, puisqu'elle supporterait alors injustement une dépense supplémentaire rendue nécessaire par la faute du tiers* »<sup>343</sup>. En revanche, s'il est acquis que l'ouvrage sinistré ne fera pas l'objet d'une réparation ou d'une reconstruction, le maître de l'ouvrage sera indemnisé du montant de la valeur de

---

<sup>339</sup> C. Charbonneau : « Le principe de la réparation intégrale, un principe à nuancer », *RLDC*, n° 107, 1<sup>er</sup> sept. 2013.

<sup>340</sup> Cass. Civ. 3, 27 mai 2010, n°09-14.695. Dans le même esprit, il a été décidé à propos d'une demande soulevant notamment l'existence d'un dommage futur de nature décennale, que la cour d'appel a pu à juste titre retenir qu'en l'absence de certitude sur de tels désordres, la demande présentée dépassait le droit de ses auteurs à la réparation intégrale du préjudice qu'ils subissaient et fixer ainsi l'indemnité réparatrice qu'elle a souverainement appréciée. Cass. Civ. 3, 17 févr. 2015, n° 13-26.628.

<sup>341</sup> Cass. Civ. 3, 8 juin 2010, n° 09-66.974.

<sup>342</sup> P. Jourdain, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995. p. 51.

<sup>343</sup> Cass. Civ., 2, 16 déc. 1970, n° 69-12.617, *Bull. civ.* II, n° 346. La solution est constante depuis lors : Cass. civ. 3, 17 avr. 1991, *Bull. civ.* III, n°118. – Cass. Civ. 3, 6 juin 2012, n° 11-15.973.- Cass. Civ. 3 9 sept. 2014, n°11-26.278.

l'ouvrage tel qu'il se trouvait au moment de sa détérioration. Autrement dit, la valeur marchande du bien qui tient compte de sa vétusté, permettra dans ce cas précis, d'évaluer l'indemnisation<sup>344</sup>.

Dans le même ordre d'idées, s'est posée la question de l'incidence des améliorations apportées par les travaux réparatoires. Ceux-ci peuvent-ils être constitutifs d'un enrichissement sans cause dans la mesure où ils apportent une plus-value à l'ouvrage ? Il s'agit par exemple de l'hypothèse de « l'absence d'ouvrage » dans laquelle les travaux réalisés pour réparer le dommage impliquent la réalisation de parties d'ouvrage qui n'était naturellement pas prévue initialement. La Cour de cassation décide que, bien que ces améliorations constituent indéniablement des plus-values, le maître de l'ouvrage n'a pas à en subir la charge dès lors que ces travaux supplémentaires sont nécessaires pour remédier aux désordres décennaux<sup>345</sup>. Toutefois, lorsque les améliorations apportées ne sont pas indispensables à la réparation du dommage, la Cour décide qu'ils doivent être supportés par le maître de l'ouvrage<sup>346</sup>.

Ainsi, l'application du principe de la réparation intégrale, permet à la Cour de cassation de positionner le curseur de la réparation au plus près du dommage. Il reste à savoir quelle est la forme de la réparation la plus satisfaisante pour le maître de l'ouvrage.

### *B) La forme réparatoire répondant au principe de la réparation intégrale*

**73. L'appréciation souveraine des juges quant à la forme réparatoire** – Alors que la garantie de parfait achèvement donne lieu à une réparation en nature par le constructeur dont la responsabilité est recherchée, la responsabilité décennale elle, fait l'objet d'une réparation en nature ou en équivalent. La première consiste dans l'exécution des travaux de réparation nécessaires à la remise en état de l'ouvrage, la seconde revient à allouer au maître de l'ouvrage une somme d'argent pour compenser son préjudice. Afin d'admettre une indemnisation au titre

---

<sup>344</sup> La jurisprudence a toutefois adopté des solutions étonnantes en retenant que la victime peut prétendre à l'indemnisation du montant du remplacement à neuf de l'ouvrage sans qu'elle n'ait à prouver son intention de reconstruire effectivement l'immeuble. On peut se demander si en pareil cas, le constructeur condamné pourrait agir contre le maître de l'ouvrage qui ne réparerait pas ou ne ferait pas reconstruire l'ouvrage dans un délai acceptable. Cass. Civ. 2, 28 avr. 1975, n° 74-10.448, *Bull. civ. II*, n° 121.

<sup>345</sup> Cass. Civ. 3, 9 déc. 1975, n° 74-13.118, *Bull. civ. III*, n° 363 p. 275. Solution réaffirmée à plusieurs reprises : civ. 3<sup>e</sup>, 17 avr. 1991, n° 87-18.226, *Bull. civ. III*, n° 231. – Cass. Civ. 3, 16 juin 1993, n° 92-10.636, *Bull. civ. III*, n° 86. – Cass. Civ. 3, 20 nov. 2013, n° 12-29.259, *Bull. civ. III*, n° 147. Voir aussi sur ce point : M-L Pagès-de Varenne, Étendue de la réparation du dommage décennal, *Constr. Urb.*, n° 1, Janv. 2014, comm. n° 12.

<sup>346</sup> Cass. Civ. 3, 20 oct. 1982, *RDI* 1982, p. 233.

de la garantie décennale, la Cour de cassation exige que le maître de l'ouvrage ou subrogé, formule une demande en ce sens<sup>347</sup>.

Le maître de l'ouvrage peut opter pour l'une ou l'autre des formes de réparation dans sa demande. Les deux formes de réparation poursuivent le même objectif consistant à indemniser le préjudice subi par le maître de l'ouvrage et remettre donc ce dernier dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de tout dommage. Toutefois, si l'objectif est le même, le constructeur responsable ne peut imposer au maître de l'ouvrage la réparation en nature du préjudice. Cela se comprend aisément dans la mesure où le rapport de confiance entre les deux parties est ici rompu, si bien qu'il serait douteux de refuser au maître de l'ouvrage une réparation en équivalent au profit d'une réparation en nature effectuée par celui-là même qui est à l'origine du désordre. Dès 1976, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait écarté la proposition de réparation en nature de l'entrepreneur suivant le motif que les fautes de désinvolture et le manque de conscience professionnelle dont il a fait preuve rendait impossible cette forme de réparation<sup>348</sup>. Plus tard, cette exigence d'une faute dans le comportement du professionnel a été abandonnée, la Haute juridiction se satisfaisant d'énoncer que : « *l'entrepreneur, responsable de désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi par celle-ci* »<sup>349</sup>.

Plus globalement, il appartient aux juges du fond d'apprécier la réparation la plus adaptée aux faits qui leurs sont présentés. On peut observer que les dommages aux ouvrages sont réparés par des décisions ordonnant des travaux de réparation ou de réfection, sans pour autant que ceux-ci soient nécessairement menés par le constructeur condamné, tandis que d'autres dommages tels que les troubles de jouissance, feront l'objet d'une réparation en équivalent par le biais de dommages-intérêts<sup>350</sup>. Pour l'une comme pour l'autre des formes de réparation, diverses problématiques ont été soulevées.

**74. La destination de l'indemnisation** – Lorsque le juge alloue une indemnité au maître de l'ouvrage en réparation de son préjudice, la question se pose de savoir si ce dernier a l'obligation d'affecter cette indemnité afin de réparer l'ouvrage. La jurisprudence retient à cet égard que lorsque l'indemnité due au maître de l'ouvrage lui est personnelle, elle n'est pas

---

<sup>347</sup> Cass. Civ. 3, 16 juin 2016, n° 15-14.927.

<sup>348</sup> Cass. Civ. 3, 7 déc. 1976, n° 75-11.908, *Bull. civ.* III, n° 444.

<sup>349</sup> Cass. Civ., 3, 28 sept. 2005, n° 04-14.586, *Bull. civ.* III, n° 180.

<sup>350</sup> A cet égard, le juge a la possibilité de prononcer, en sus d'une réparation en nature, une indemnisation si les dommages à l'ouvrage ou à ses équipements ont entraîné des dommages consécutifs tels que des troubles de jouissance ou encore une perte d'exploitation. Il a même été admis que ces dommages consécutifs puissent être réparés par l'article 1792 du code civil ce qui contraste avec l'assurance de responsabilité obligatoire. Ph. Malinvaud, *L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière*, *RDI* 1998, p. 321.

obligatoirement affectée à la réparation de l'ouvrage. L'indemnité ainsi attribuée au maître de l'ouvrage est réparatrice de son préjudice tels qu'il résulte des désordres affectant son immeuble. L'usage qu'il en fait par la suite importe peu et n'est donc pas, *a fortiori*, subordonnée à la réalisation des réparations<sup>351</sup>. Cette solution est confortée par le projet de réforme de la responsabilité civile qui prévoit un article 1264 au Code civil qui disposerait que « *La victime est libre de disposer des sommes allouées* »<sup>352</sup>. En revanche, lorsque l'indemnité est versée volontairement ou à la suite d'un procès par l'assureur dommages-ouvrage, elle doit inévitablement être utilisée pour la réparation des désordres. Par deux arrêts du 17 décembre 2003, la Haute cour a clairement affirmé cette nécessité en soutenant que : « *l'assurance de dommages obligatoire étant une assurance de chose garantissant, en dehors de toute recherche de responsabilité, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de nature décennale affectant l'ouvrage, (...) l'indemnité due par l'assureur dommages-ouvrage ne peut excéder ce qui est nécessaire à la réparation des dommages et qui a fixé le coût des travaux de réparation à une somme inférieure au montant de cette indemnité* ». Elle a ainsi approuvé la cour d'appel ayant déduit que l'assureur dommages-ouvrage était en droit d'obtenir la restitution de ce qu'il avait versé au-delà de ce que la victime avait dû payer pour réparer ses dommages de nature décennale. Dans le second arrêt, la Cour retenait que : « *l'indemnité versée par l'assureur dommages-ouvrage doit être affectée au paiement des travaux de réparation des dommages* »<sup>353</sup>. L'usage fait par le maître de l'ouvrage de l'indemnisation qui lui a été allouée varie donc selon qu'elle émane de l'assurance dommages-ouvrage ou qu'elle lui ait été attribuée personnellement, pour réparer son propre préjudice. La réparation en nature, elle aussi, a suscité quelques interrogations.

**75. La réparation en nature : entre remise en état et réfection totale** – Lorsque le juge opte pour la réparation en nature, se pose inévitablement la question des modalités de celle-ci. La technicité propre à la construction rend difficile le choix entre une remise en état et une réfection totale de l'ouvrage. Le juge, s'appuyant bien souvent sur le rapport d'expertise, doit prendre en compte la nécessité de replacer le maître de l'ouvrage dans la situation où il se serait trouvé sans l'intervention des désordres. Le principe de la réparation intégrale doit conduire le

---

<sup>351</sup> CA Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch., 23 oct. 2006. – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 févr. 2015, n° 13-26.812.

<sup>352</sup> Le 13 mars 2017, le projet de la Chancellerie portant réforme de la responsabilité civile a été présenté par le garde des sceaux. Ce projet fait suite à d'autres avant-projets doctrinaux dont le célèbre avant-projet de l'association Capitant dirigé par les professeurs CATALA et VINEY présenté le 22 décembre 2002 et dans le même temps, celui de l'Académie des sciences morales et politiques sous la direction du professeur TERRÉ.<sup>o</sup>

<sup>353</sup> Cass. Civ. 3, 17 déc. 2003, n° 01-17.608, *Bull. civ.* III, n° 234, *RGDA* 2004, p. 100, note J.P. Karila. – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2003, n° 02-19.034, *Bull. civ.* III, n° 232, *RGDA* 2004, p. 102, note J.P. Karila.

juge à retenir la solution la plus adaptée non seulement pour réparer les désordres, mais aussi pour remédier à la cause de ces derniers afin que la réparation soit la plus pérenne possible<sup>354</sup>. Les solutions relèvent de la casuistique et peuvent avoir trait aussi bien à la totalité de l'ouvrage qu'à une partie de celui-ci. Par ailleurs, pour apprécier les modalités réparatoires, le juge doit prendre en considération l'objet du contrat. Il a, par exemple, été jugé que le maître de l'ouvrage ne pouvait pas demander la réalisation de travaux de reprise sans commune comparaison avec ce qui était contractuellement prévu à l'origine<sup>355</sup>. Néanmoins, comme nous l'avons vu, si la réalisation d'une prestation non prévue contractuellement est indispensable à la réparation de l'ouvrage, elle reste à la charge du constructeur responsable<sup>356</sup>.

Plus étonnamment, les juges ont pu retenir la nécessité d'une destruction en vue d'une reconstruction de l'ouvrage, estimant qu'il s'agissait de l'unique moyen permettant de réparer intégralement le dommage<sup>357</sup>. Néanmoins, cette solution jurisprudentielle est en passe d'être – si ce n'est abandonnée – à tout le moins atténuée eu égard à l'idée grandissante d'une exigence de proportionnalité de l'indemnisation<sup>358</sup>. La Cour de cassation a en ce sens encouragé les juges du fond à opérer une appréciation intégrant les intérêts de chaque partie avant d'ordonner la démolition de l'ouvrage<sup>359</sup>. La réforme du droit des contrats a quant à elle consacré cette nécessité d'une réparation proportionnée en matière d'exécution forcée en nature pour les contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>360</sup>. L'article 1221 nouveau du Code civil dispose désormais que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 reprend la même solution s'agissant de la réparation en nature. L'article 1261 du projet énonce que celle-ci ne peut être prononcée : « *en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour son responsable et son intérêt pour la victime* ». La Cour de cassation n'a pas attendu l'action du législateur pour nuancer sa position première puisqu'elle avait déjà reproché aux juges du fond

---

<sup>354</sup> Cass. Civ. 3, 10 déc. 2015, n° 14-23.257.

<sup>355</sup> CA Bourges, ch. civ., 30 avr. 2003.

<sup>356</sup> *Supra* n° 72.

<sup>357</sup> Cass. Civ. 3, 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 90-17.685. La Cour de cassation approuve en l'espèce la cour d'appel ayant retenu qu'en raison du caractère disgracieux, inesthétique et aléatoire de travaux de reprise, la seule réparation adéquate consistait en une reconstruction

<sup>358</sup> À propos de la notion de proportionnalité et son rapport à une recherche d'équilibre indemnitaire : Bomstain J., *Étude de l'équilibre indemnitaire dans le contrat de transport de marchandises*, thèse, Toulouse, 2018.

<sup>359</sup> C. Charbonneau, Défaut d'implantation : entre droit spécial et droit commun », *RDI* 2016, p. 253.

<sup>360</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

d'avoir ordonné la destruction d'une maison individuelle sans avoir observé si cette sanction était « proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient »<sup>361</sup>.

**76. Propos conclusifs** – Le dommage futur, en ce qu'il est par définition non encore réalisé, pose le problème de l'évaluation de sa réparation. L'anticipation de la réparation est délicate et doit tenir compte à la fois de la situation du maître de l'ouvrage qui doit être « *remis dans le même état* » qu'en l'absence de tout dommage, et de celle du constructeur qui ne saurait indemniser le maître de l'ouvrage au-delà de son préjudice effectif. Dès lors, si le principe de la réparation intégrale permet de réparer le dommage futur, il est néanmoins concurrencé par la théorie de l'enrichissement sans cause venant au soutien du constructeur en limitant la réparation due au strict préjudice subi. La Haute juridiction tente ainsi de trouver le plus juste équilibre entre les intérêts antagonistes du maître de l'ouvrage d'une part et des constructeurs d'autre part. Cette recherche d'équilibre se retrouve de la même façon dans la forme réparatoire retenue par le juge, relevant de son appréciation souveraine.

---

<sup>361</sup> Cass. Civ. 3, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ.* III, n° 293. - *RDI* 2016 p. 27, obs. D. Tomasin. – *JCP* 2016.51, note M. Behar-Touchais.



## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

77. Le législateur ayant délaissé son pouvoir créateur du droit à la jurisprudence en matière de dommage futur, celle-ci a été contrainte « d'écrire » les règles applicables à la réparation du dommage futur de construction. Si l'appréhension des concepts juridiques issus du droit commun tels que le préjudice futur ou encore le principe de réparation intégrale, ne sauraient poser de difficulté aux professionnels du droit que sont les juges, l'application de ces concepts au domaine de la construction paraît moins évidente eu égard à la haute technicité de la matière. De la même façon, les éléments caractéristiques propres à la garantie décennale tels que la nature du délai ou encore la condition de la gravité du dommage, constituent les briques fondatrices de l'édifice réparatoire que les juges doivent s'efforcer d'allier aux mécanismes du droit commun.

En cette matière technique, la présence de l'expert construction aux côtés du juge est alors indispensable, ce qui interroge sur une hypothétique mise en œuvre de sa responsabilité et sur la nature de cette dernière. En effet, l'intervention de l'expert, loin d'être d'une vénielle importance, emporte au contraire de lourdes conséquences pour les différentes parties dans la mesure où l'orientation donnée par le juge à sa mission, répond en définitive à des questions juridiques aussi bien qu'à des questions techniques. Ainsi en est-il lorsque l'expert se prononce sur l'imputabilité du désordre à un intervenant à l'acte de construction, lorsqu'il détermine l'étendue des travaux devant être réalisés pour prévenir l'aggravation du mal déjà présent, ou encore lorsqu'il intervient pour évaluer le degré de certitude de survenance du dommage futur.



## CONCLUSION DE TITRE

78. L'étude du désordre futur de construction appelle nécessairement à celle des conditions primaires de mise en œuvre de la garantie décennale. Ce dommage répond alors naturellement aux conditions inhérentes à la garantie légale, lesquelles sont toutefois observées à travers le prisme de la mutation possible du désordre.

Le dommage futur de construction est animé par deux logiques distinctes mais néanmoins complémentaires. La première invite à prendre en compte la réalité d'un mal en germe au moment de sa dénonciation, la seconde consiste à prévoir l'éventuelle aggravation de cette anomalie afin d'anticiper une réparation. Ainsi, à l'image de l'Alchimiste interrogeant le devin au cours de son périple, lequel lui répondit sur la manière dont il devine l'avenir « *Grâce aux signes du présent. C'est dans le présent que réside le secret* », l'analyse du défaut encore mineur lors de sa constatation, permettra d'en déterminer le devenir<sup>362</sup>.

Dès lors, l'application de la garantie à titre préventif n'est envisageable qu'à la condition que le maître de l'ouvrage démontre la certitude de l'aggravation du désordre. Le rôle de l'expert dans la détermination du caractère certain du dommage futur est incontournable compte tenu de la technicité de la matière. Ce dernier agit comme un véritable collaborateur du juge d'où il suit la nécessité de limiter les cas de mise en œuvre de sa responsabilité, au risque sinon de voir son office bridé et dénaturé par la crainte d'une exposition facilitée de sa responsabilité.

En outre, la mission de l'expert peut aussi le conduire à se prononcer sur la réparation qui lui semble la plus à même à neutraliser l'aggravation encourue. Cette réparation précoce pose inévitablement le problème de son évaluation. Les mécanismes issus du droit commun de la responsabilité viennent ici en soutien au dommage futur de construction. L'anticipation de la réparation doit alors tenir compte de la situation du maître de l'ouvrage qui doit être remis dans le même état qu'en l'absence de tout dommage conformément au principe incontournable de la réparation intégrale. Cela n'est cependant pas de nature à combattre l'exigence d'une imputabilité du désordre futur à l'intervention d'un constructeur donné. Cette imputabilité revêt une importance certaine lorsqu'une aggravation du désordre survient malgré la réalisation de travaux de reprise.

---

<sup>362</sup> P. Coelho, *L'Alchimiste*, éd. Anne Carrière, 1994.



## **TITRE II**

### **LE MOMENT EFFECTIF DE LA DECENNALISATION DU DESORDRE RESTREIGNANT L'ACCES A LA REPARATION**

79. Le désordre futur de construction fait l'objet d'une réparation par anticipation, permise par la théorie classique du dommage futur à laquelle elle emprunte les conditions de sa mise en œuvre. Outre les caractères éminemment essentiels de gravité et de certitude d'intervention du dommage futur, il reste à déterminer si ces derniers sont circonscrits dans un délai décennal rigoureux ou si au contraire, une certaine souplesse inhérente à la nature du délai permet d'en dépasser les contours temporels. L'étude des caractéristiques du délai décennal permettra de comprendre comment est appréhendé le dommage dont l'aggravation s'étale dans le temps. Naturellement, les prémices du désordre qui permettent au maître de l'ouvrage de prétendre à une possible mise en œuvre de la garantie décennale, doivent s'exprimer à l'intérieur du délai décennal (**Chapitre I**). La question s'est en revanche posée en des termes moins évidents s'agissant du moment de la matérialité effective du désordre (**Chapitre II**).

Chapitre I : Le traitement des manifestations premières du désordre durant le délai décennal

Chapitre II : Le traitement de l'apparition effective du désordre futur



## **CHAPITRE I : LE TRAITEMENT DES MANIFESTATIONS PREMIERES DU DESORDRE**

**80.** La période d'incubation du désordre futur doit nécessairement coïncider avec celle de la garantie décennale. Plus encore, les premiers signaux doivent conduire le maître de l'ouvrage à réagir s'il veut avoir une chance d'actionner la garantie légale. Les conséquences des manifestations premières du désordre seront fonction de la nature du délai décennal. Sont-elles génératrices d'une suspension ? D'une interruption ? Qu'advient-il alors du délai décennal initial courant à partir de la réception ? Ces multiples interrogations conduisent à analyser la nature du délai décennal qui apparaît comme étant mixte (**Section 1**). Il ressort que le régime applicable au délai décennal s'accommode de cette nature spécifique et admet étonnamment l'interruption du cours du délai (**Section 2**).

### ***Section 1 : L'exigence d'une dénonciation des désordres dans un délai décennal de nature mixte***

**81.** De façon générale, la question des délais demeure une source de grande complexité, nonobstant les efforts de simplification et d'unification des délais par le législateur en 2008<sup>363</sup>. Du point de vue de la responsabilité décennale, nous avons observé que le point de départ du délai se situe à la réception de l'ouvrage, réserve faite du cas du « CASTOR »<sup>364</sup> ou encore dans la situation très particulière et conditionnée de la réception par lots<sup>365</sup>. La réception est ainsi à la fois l'élément permettant la transition entre la responsabilité de droit commun et le régime des responsabilités spéciales, et l'évènement déclenchant le cours des garanties légales. Le délai de la responsabilité dite décennale renferme les actions dont la finalité est d'obtenir la réparation des désordres matériels affectant l'ouvrage, et non pas les actions qui sont liées à la construction

---

<sup>363</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

<sup>364</sup> L'hypothèse du « CASTOR » ou « auto-constructeur » vise la situation dans laquelle le maître de l'ouvrage construit ou réalise des travaux lui-même. Elle concerne aussi le cas de l'entreprise qui édifie les bâtiments professionnels dont elle a besoin pour son activité.

<sup>365</sup> *Supra* n° 18.

sans pour autant poursuivre cet objectif réparatoire<sup>366</sup>. Le délai de la responsabilité décennale n'échappe pas à l'imbricatio qui règne en la matière et emprunte sa nature à deux catégories de délai, l'un dit « d'épreuve », l'autre « d'action » (§1). Cette double nature sème le doute quant au régime applicable au délai décennal notamment s'agissant de son interruption (§2).

## §1 La singularité du délai décennal résidant dans sa nature hybride

**82. Les répercussions de l'absence de définition légale du délai de forclusion sur le délai décennal** – Dans la mesure où le régime applicable au délai dépend de sa nature, la détermination de cette dernière est indispensable. Schématiquement, en fonction du type de délai considéré, celui-ci pourrait relever de l'une ou l'autre des deux catégories générales existantes à savoir la prescription extinctive ou la forclusion<sup>367</sup>. Depuis la loi du 17 juin 2008, la prescription extinctive est prévue à l'article 2219 du Code civil en ces termes : « *la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* »<sup>368</sup>. Quant au délai de forclusion, l'article 2220 du même code se contente de prévoir que « *Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre* ». La loi fixe le régime du délai de forclusion en faisant référence à celui de la prescription sans pour autant que la distinction entre les deux ne soit clairement établie. Il eut été fortement souhaitable que la réforme de la prescription du 17 juin 2008 remédie à l'absence de définition légale du délai de forclusion. En conservant le silence sur ce point, le législateur perpétue le caractère brumeux qui pèse sur la définition du délai de forclusion et délaisse ainsi aux juges la tâche de déterminer la nature du

---

<sup>366</sup> Concernant la prescription des actions en responsabilité contre les constructeurs pour la réparation de désordres apparus après la réception mais ne relevant pas des garanties légales, la Cour de cassation avait mis en place un régime de prescription spécifique prétorien. Par un arrêt de principe du 11 juin 1981, elle faisait de l'article 2270 du Code civil un texte de prescription commun aux garanties légales et à la responsabilité contractuelle de droit commun. Cass. Civ. 3, 11 juin 1981, *Bull. civ.* III, n° 120, *JCP* 1981, éd. G, IV, 309. Cette solution a été maintenue sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 puis a été finalement consacrée par la loi du 17 juin 2008 insérant l'article 1472-4-3 qui dispose désormais : « *En dehors des actions régies par les articles 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux* ».

<sup>367</sup> De manière sommaire, on peut définir la prescription extinctive comme la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un certain délai. Elle est dite extinctive lorsque cet écoulement d'un délai fait disparaître un droit réel ou plus largement éteint l'obligation. La forclusion quant à elle est en quelque sorte la sanction civile qui, en raison de l'échéance du délai qui était légalement imparti à une personne donnée pour faire valoir ses droits en justice, éteint l'action dont disposait cette personne pour le faire reconnaître.

<sup>368</sup> Loi du 17 juin 2008 préc.



délai qui se présente à eux<sup>369</sup>. Cette absence de critères légaux et stables de qualification du délai de forclusion est à rebours de l'objectif affiché du législateur tendant vers une simplification des délais. Plus encore, on peut dénoncer l'insécurité juridique émanant de ce flou entretenu par les textes de même que le risque d'arbitraire puisque bien souvent, il appartient au juge de définir non seulement les critères de distinction entre les deux délais, mais aussi d'apprécier à quelle catégorie appartient chaque régime de responsabilité<sup>370</sup>. En effet, lorsque l'on observe les disparités de régime qui existent selon que le délai appartient à l'une ou à l'autre des catégories, le défaut de précision légale sur les critères de distinction interpelle grandement. Néanmoins, on peut envisager des éléments de différenciation entre les deux types de délais à travers les effets qu'ils engendrent. S'il est vrai que tous deux ont pour principale conséquence d'éteindre la possibilité pour le titulaire d'un droit, d'agir après l'écoulement d'un certain temps, une différence d'intensité de cette paralysie permet de distinguer les deux délais. Il apparaît que le délai de forclusion, encore dénommé préfix ou de déchéance, s'applique avec davantage de rigueur que le délai de prescription. Les conséquences des deux délais sont les mêmes, mais le premier s'applique avec plus de sévérité. Non pas qu'il soit « bref » – cette expression a perdu de son sens depuis la réforme de 2008 ayant réduit les durées de prescription de même qu'elle serait incohérente avec une forclusion décennale<sup>371</sup> – mais sa rigueur s'exprime plutôt dans sa quasi-imperméabilité aux événements intervenant en son cours. Autrement dit, le délai préfix tombe comme un « couperet » et n'est pas enclin à admettre d'être troublé par une suspension ou une interruption dont il résulterait un prolongement de sa durée<sup>372</sup>. Le délai de forclusion ayant un caractère plus strict, le titulaire du droit doit agir avec davantage de vigilance et de réactivité. En effet, l'issue du litige peut varier selon que le délai considéré relève de la forclusion ou de la prescription. Par exemple, partant du principe que l'expertise prescrite avant tout procès suspend la prescription conformément à l'article 2239 du Code civil mais ne suspend pas la forclusion, la Cour de cassation a retenu que malgré la désignation d'un expert, le droit d'agir de l'acquéreur d'un bien en état futur d'achèvement était éteint<sup>373</sup>.

---

<sup>369</sup> Pour décrire le flou entourant la notion de délai de forclusion, Monsieur Benabent soulignait que : « *la brume est partout : fondement, critère, régime* ». A. Benabent, Le chaos de la prescription extinctive, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU de Toulouse, 1996, p.123 et s., spéc. p.130 et s.

<sup>370</sup> Les juridictions européennes accordent une importance de plus en plus affirmée au respect du principe de sécurité juridique en matière de délais de prescription comme en témoigne une série d'arrêts parmi lesquels on peut citer celui de la CJCE du 11 juillet 2002 (Marks et Spencer, aff. 62/00) ou encore celui de la CJUE du 5 mai 2011 (Ze Fu Fleischhandel GmbH et Vion Trading GmbH, aff. C-201/10 et C-202/10).

<sup>371</sup> Loi du 17 juin 2008 préc.

<sup>372</sup> N. Balat, Forclusion et prescription, *RTD civ.* 2016, p. 751, spéc. n°17.

<sup>373</sup> Cass. Civ. 3, 3 juin 2015, n° 14-15.796, *Bull. civ.* III n° 55, *RDI* 2015, p. 400, obs. S. Becqué-Ickowicz.

Ainsi, le droit de la construction, n'échappe pas à cette confusion globale des critères de qualification des délais, la responsabilité décennale en est l'illustration la plus évocatrice. Le législateur ayant laissé libre cours à la réflexion des juges quant à la qualification du délai décennal, ces derniers n'ont pas pour autant réussi à extirper la garantie légale du flottement général régnant en matière de délai. Il ressort que la responsabilité décennale relève d'un délai « de composition » empruntant à la fois à la prescription et à la forclusion.

**83. Le délai décennal, un délai de prescription** – Le délai de garantie dont dispose le maître de l'ouvrage a parfois été qualifié tant par la jurisprudence que par la doctrine de « *prescription décennale* »<sup>374</sup> sous entendant alors une proximité avec les délais de prescription. Au-delà d'un simple sous-entendu, plusieurs arguments plaident en ce sens, notamment la position de la jurisprudence sur la question de l'ordre public attaché au délai décennal. En effet, alors qu'il est traditionnellement admis que les délais préfix d'ordre public sont sanctionnés par une déchéance s'imposant au juge qui doit les relever d'office, les délais de prescriptions eux, ne font pas l'objet du même traitement puisque l'article 2247, anciennement article 2223 du Code civil prévoit que « *les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* »<sup>375</sup>. On aurait pu penser à propos du délai décennal, qu'en tant que délai préfix la jurisprudence décide de relever d'office le moyen tiré de la forclusion décennale or, il apparaît qu'elle ait opté pour la solution inverse en retenant qu'à défaut de demande en ce sens de la partie défenderesse, la cour d'appel n'avait pas à déclarer par elle-même l'action irrecevable<sup>376</sup>. La Cour de cassation traite ainsi le délai de la responsabilité décennale comme un délai de prescription, d'intérêt privé, ce qui peut se comprendre lorsque l'on observe la coloration probatoire du délai décennal. En effet, selon une distinction doctrinale répandue, le délai de forclusion est animé par l'idée de sanctionner un comportement peu diligent alors que le délai de prescription aurait trait à la preuve de l'extinction d'un droit<sup>377</sup>. Autrement dit, le délai de

---

<sup>374</sup> Cass. Civ. 3, 11 mai 2006, 05-12.234, *Bull. civ.* III n° 114.

<sup>375</sup> Le législateur traite ici du délai de prescription sans inclure le délai de forclusion ce qui permet d'adopter un raisonnement *a contrario* conduisant à avancer que le délai de forclusion lui, doit faire l'objet d'un relevé d'office par le juge. Ce raisonnement *a contrario* est d'autant plus encouragé par l'article 2220 du Code civil selon lequel « *les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre* ».

<sup>376</sup> Cass. Civ. 3, 13 juill. 1993, n° 1323 D, Cass. Civ. 3, 11 mai 2006, n° 05-12.234, *Bull. civ.* III, n° 114 ; Cass. Civ. 3, 29 mars 2006, n° 05-12.736.

<sup>377</sup> Pour Monsieur Rouvière qui s'appuie entre autres sur un ancien arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation définissant la prescription extinctive comme une « *présomption légale et formelle de libération* » Ch. Req. 15 déc. 1829, S. 1830, 1, p. 409. Les délais de prescription seraient de nature probatoire et se distingueraient ainsi des délais de forclusion qui « *participent (...) de l'idée de sanction* ». F. Rouvière, La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion, *LPA* 31 juill. 2009, n° 152, p. 7.

prescription suppose que l'écoulement du temps en lui-même sert de preuve<sup>378</sup>. Cette dimension probatoire conférée au délai de prescription sied parfaitement au délai décennal souvent qualifié de « délai d'épreuve ». Ainsi, l'épuisement des dix années de la garantie légale est en lui-même la preuve que l'ouvrage est solide et conforme à sa destination.

Toutefois, si le moyen tiré de la prescription décennale n'est pas d'ordre public, le délai décennal a un caractère impératif conféré par l'article 1792-5 du Code civil qui dispose : « *toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ». De façon implicite, ce texte prohibe les stipulations contractuelles ayant pour effet de réduire la durée des garanties légales des constructeurs. D'aucuns y voient la confirmation du caractère d'ordre public du délai décennal<sup>379</sup> et trouvent sur ce point l'appui de la jurisprudence<sup>380</sup>. Il s'agirait alors davantage d'un ordre public de protection des intérêts du propriétaire de l'ouvrage qui autorise de ce fait une augmentation conventionnelle de la durée du délai décennal<sup>381</sup>. Néanmoins, si de façon abstraite cette solution est envisageable, le délai décennal empruntant le caractère d'un délai de prescription, l'article 2254 du Code civil viendrait priver d'effet la clause par laquelle le constructeur consentirait à une garantie supérieure à dix ans puisqu'il énonce que : « *la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* »<sup>382</sup>.

Par ailleurs, la dimension de délai de prescription attribuée au délai décennal trouve aussi son origine dans la possibilité d'une interruption de son cours. En effet, comme le souligne Madame BANDRAC à propos du délai de forclusion : « *les mécanismes de la suspension et de l'interruption ne lui sont pas naturels, et encore moins cette immunité à l'encontre du temps que la suspension représente* »<sup>383</sup>. Alors que la prescription supporte facilement que son cours soit troublé par des pauses ou prolongements, le délai de forclusion lui, y est plus hostile. Or, s'agissant du délai décennal, il est communément admis qu'à défaut d'accueillir les causes de

---

<sup>378</sup> La jurisprudence a de longue date souligné sans détour le caractère probatoire de la prescription extinctive en relevant qu'elle a « *pour effet, soit d'éteindre une dette, soit de faciliter au débiteur la preuve de sa libération* ». Req. 21 janv. 1935, DP 1937.1.67, rapp. Pilon.

<sup>379</sup> Bernard BOUBLI, *Rép. dr. immobilier*, nov. 2016.

<sup>380</sup> Cass. Civ. 3, 4 févr. 2016, n° 14-29.790 et n° 15-12.128, *Bull. civ.* III, n° 863.

<sup>381</sup> Ph. Malinvaud, B. Boubli, Responsabilité civile. Constructeurs, Ordre public, *RDI* 1991 p.351.

<sup>382</sup> Sur ce point, la jurisprudence administrative se distingue radicalement de la jurisprudence judiciaire puisqu'elle considère que le délai décennal n'a pas le caractère d'ordre public. Le Conseil d'état admet donc les aménagements conventionnels y compris ceux qui ont pour effet de raccourcir le délai de la responsabilité des constructeurs, en ce sens : CE, 8 déc. 1999, n° 138651, *Sté Borg Warner*.

<sup>383</sup> M. Bandrac, La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile, *RDC* 2008. 1413., spéc. n° 10.

suspension, il puisse faire l'objet d'une interruption. Certes, certains événements sont expressément déclarés applicables à la forclusion tels que l'effet interruptif de la demande en justice ou celui d'un acte d'exécution forcée<sup>384</sup>, mais il reste que l'effet interruptif d'une reconnaissance de responsabilité par le constructeur ne fait pas l'objet d'une exception textuelle ce qui n'empêche pas la jurisprudence d'accepter cette cause d'interruption du délai décennal. Pour certains, il ne s'agirait là que d'un oubli du législateur, Monsieur MALINVAUD souhaite à cet égard que la jurisprudence continue à y voir une cause d'interruption des délais de forclusion<sup>385</sup>.

Il résulte des éléments que nous venons d'exposer, que le délai décennal est sous certains aspects, proche d'un délai de prescription. Pour autant on ne saurait, au risque sinon d'une approche péremptoire et non fidèle à la réalité jurisprudentielle, le résumer à ce type de délai. Il apparaît en effet que le délai décennal appartient également à la catégorie des délais de forclusion.

**84. Le délai décennal, un délai de forclusion** – L'emploi de l'expression « *forclusion décennale* » par la Haute juridiction témoigne d'une volonté de faire du délai décennal un délai préfix et ce, même sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile<sup>386</sup>. La Haute juridiction qualifie régulièrement le délai décennal de délai de forclusion et l'a récemment rappelé avec force dans un arrêt du 10 novembre 2016 en soulevant que « *que la suspension de la prescription n'est pas applicable au délai de forclusion de la garantie décennale* »<sup>387</sup>.

Par ailleurs, la loi du 17 juin 2008 a déplacé les articles 2270 et 2270-2 du Code civil pour les transférer avec les dispositions relatives à la responsabilité décennale dans les nouveaux articles 1792-4-1 et 1792-4-2. Cela tend à démontrer la volonté du législateur d'extraire le délai décennal du régime de la prescription pour en faire un délai de nature

---

<sup>384</sup> Par exception à l'article 2220 du Code civil qui exclut la forclusion du champ d'application des dispositions relatives à la prescription, les articles 2241 et 2244 disposent respectivement : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion* » ; « *Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée* ».

<sup>385</sup> Ph. Malinvaud, Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption des délais, *RDI* 2010 p. 105.

<sup>386</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juill. 1995, n° 93-21.879, *Bull. civ.* III n° 189, *RDI* 1995 p.755, obs Ph. Malinvaud et B. Boublil – Cass. Civ. 3, 23 oct. 2002, n° 01-00.206, *Bull. civ.* n° 207, *D.* 2003, p. 136, obs. C. Atias – Cass. Civ. 3, 8 sept. 2009, n° 08-17.336, *Bull. civ.* n° 179, *RDI* 2009, p. 599, Ph. Malinvaud – Cass. Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 15-24.289.

<sup>387</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 2016, n° 15-24.289, *Constr.- Urb.* n° 1, Janv. 2017, comm. 9, M-L. Pagès de Varenne. - Dans le même sens : Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2005, n° 04-14.587, *Bull. civ.* III, n° 135 – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2004, n° 01-17.450 – Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juil. 1995, n° 93-21.879, *Bull. civ.* III, n° 189.

particulière. En outre, si le caractère de délai d'épreuve a permis de renforcer l'argument suivant lequel le délai décennal est de prescription<sup>388</sup>, il peut tout aussi bien soutenir la position selon laquelle il serait également un délai de forclusion. En effet, le délai décennal a pour fonction de mettre à l'épreuve l'ouvrage sur une longue durée afin d'en vérifier la solidité et l'aptitude à répondre à sa destination, de ce fait, il est nécessaire de l'enfermer dans un délai plus rigoureux que celui de la prescription. Le régime de la forclusion est ainsi parfaitement adapté à ce délai d'épreuve et permet à la fois de libérer le constructeur au bout des dix années suivant la réception, et de permettre au maître de l'ouvrage une garantie de la fiabilité du bâtiment.

**85. Propos conclusifs** – Le délai décennal est compris comme un délai de nature hybride, empruntant à la fois au régime de la prescription et à celui de la forclusion. Son caractère d'ordre public est indéniable bien que la jurisprudence n'en fasse pas un moyen d'ordre public dont il aurait résulté le relevé d'office. Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'adonne donc à un périlleux exercice d'équilibriste en s'efforçant de trouver des solutions cohérentes là où la dichotomie de la nature du délai décennal entraîne des conséquences inconciliables. Il n'est pas souhaitable, eu égard à l'insécurité juridique qui émane de l'absence de critères légaux de distinction, de se satisfaire des règles jurisprudentielles dont la stabilité est menacée. Pour illustration, la doctrine souhaite à l'unisson que la reconnaissance de responsabilité par le débiteur de la garantie légale demeure un motif d'interruption du délai décennal or, rien ne semble empêcher que le juge adopte à l'avenir une position inverse. Ainsi, à défaut d'éclairer la distinction du délai de forclusion et de prescription, le législateur devrait à tout le moins se pencher sur cet écheveau embrouillé qu'est le délai décennal en énonçant clairement sa nature.

## §2 La nécessité d'une définition textuelle précisant la nature du délai décennal

**86. L'importance d'établir des critères distinguant la forclusion de la prescription** – Face au désengagement du législateur sur la distinction du délai de forclusion et du délai de prescription, les juges n'ont d'autre choix que de tisser le régime du délai décennal au gré des problèmes juridiques portés à leur connaissance. La distinction entre les deux catégories de délai revêt nécessairement un aspect théorique mais a une portée pratique

---

<sup>388</sup> *Supra* n° 83.

indéniable puisqu'elle permet de savoir quelle règle appliquer dans un certain nombre de situations. Par exemple, l'expertise prescrite avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du Code procédure civile ne suspend pas la forclusion alors qu'elle suspend la prescription<sup>389</sup>, de la même manière, la possibilité pour les parties d'aménager la durée de la prescription ou de prévoir des causes d'interruption ou de suspension conventionnelles, dépend de la nature de forclusion ou de prescription du délai considéré. Mais, alors même qu'il est capital de séparer les deux types de délai, que la loi elle-même invite à une telle différenciation, aucun critère de distinction n'est proposé par le législateur.

Nous avons souscrit à la proposition soutenue par Monsieur BALAT selon laquelle la différence entre la prescription et la forclusion réside dans une différence de degré, la seconde n'étant qu'une prescription au régime plus sévère. Avant de retenir cet élément de distinction, l'auteur récuse au moyen d'arguments pertinents, les nombreuses propositions doctrinales qui tentent d'avancer des critères de distinction des deux délais. L'une des théories réside dans une distinction de la prescription extinctive et de la forclusion d'après leur objet. Selon certaines conceptions doctrinales, la prescription éteindrait l'obligation alors que la forclusion éteindrait l'action en justice<sup>390</sup>. L'auteur conteste cette analyse en soulevant que les deux mécanismes portent pour le moins sur l'action en justice. Pour soutenir son propos, il avance que dans les deux situations, la passivité du titulaire du droit au bout d'un temps déterminé fait l'objet d'une fin de non-recevoir laquelle est bien un moyen de défense qui touche l'action elle-même contrairement à la défense au fond. Par ailleurs, il est non seulement soulevé que la prescription extinctive peut aussi atteindre l'obligation au-delà de l'action, mais aussi qu'elle peut avoir de nombreux autres objets tels que les droits réels accessoires ou les titres exécutoires. A cet égard, il est souligné que l'article 2219 du Code civil dispose que la prescription extinctive est « *un mode d'extinction d'un droit* » sans autre précision sur le type de droit visé ce qui permet de l'appliquer à un droit subjectif, de créance, réel, potestatif et même à une action en justice.

Une autre proposition doctrinale relevée par Monsieur BALAT consiste à intégrer chacun des délais dans deux cases distinctes, la prescription entrerait dans la case probatoire et la forclusion dans la case sanctionnatrice<sup>391</sup>. M. MIGNOT soutient ainsi que « *la forclusion est*

---

<sup>389</sup> Cela résulte d'une combinaison des articles 2220 et 2239 du Code civil. Le premier de ces textes prévoit : « *Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre* », le titre visé par l'article étant le titre. XX dénommé « *De la prescription extinctive* ». Le second texte dispose quant à lui : « *La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée* ».

<sup>390</sup> Sur ce point : M. Mignot, Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription, *Gaz.Pal.* 10 sept. 2014 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n<sup>o</sup>. 1796.

<sup>391</sup> N. Balat, Forclusion et prescription, préc., spéc. n<sup>o</sup>17.

*une institution de protection des intérêts de celui contre lequel est exercé un droit ou une prérogative ou à l'encontre duquel est réalisée une formalité* », de ce fait, elle est une « *sanction pour celui qui la subit* » lorsque, « *par comparaison, la prescription tend à consolider une situation de fait et constitue une institution de paix sociale* », il accorde ainsi à cette dernière une dimension probatoire<sup>392</sup>. Monsieur NBALAT réfute cette approche en mettant en exergue une identité de « *cause finale* » attachée aux deux délais. Selon lui, « *il est difficile de soutenir des fonctions opposées, ou même simplement distinctes, entre la prescription et la forclusion, alors que les deux mécanismes se soldent l'un comme l'autre par l'extinction d'un droit, et se nourrissent pour cela de l'effet du temps et de la passivité du titulaire de ce droit* ». Il poursuit sa démonstration en soulignant notamment l'abandon, depuis la réforme du 17 juin 2008, des prescriptions présomptives de paiement de l'ancien article 2277 du Code civil, qui étaient alors les seules véritables prescriptions comparables à des mécanismes de preuve<sup>393</sup>.

S'il est indéniable, au regard des éléments avancés par l'auteur, qu'une qualification fondée sur la fonction des délais n'est pas suffisante compte tenu des enjeux résultant des critères de distinction des délais, elle n'est pas pour autant complètement dépourvue d'intérêt. En effet, le silence criant du législateur doit conduire à une analyse attentive des traits caractéristiques des divers délais existants puis d'en déterminer les aspects communs permettant de dégager les deux catégories générales que sont la prescription et la forclusion. Il s'agit alors de deux « *tendances globales* » qui par nature ne sont pas à l'abri de dispositions qui ponctuellement, peuvent les contredire, sans pour autant combattre leur réalité prise dans sa généralité. Ainsi, cette approche empirique ne repose pas sur la simple « *intuition* » que les délais de prescription seraient de nature probatoire quand les délais de forclusion seraient punitifs mais sur une observation concrète des différents délais. Par ailleurs, il semble inopportun d'exclure de façon absolue la distinction fondée sur la différence de fonction de chaque délai, au motif qu'ils auraient tous deux pour seule et unique fonction finale d'éteindre un droit au bout d'un certain temps au cours duquel le titulaire d'un droit est resté inactif. Il nous apparaît qu'une confusion est ici opérée entre la fonction du délai et les conséquences que

---

<sup>392</sup> M. Mignot, *prec.*

<sup>393</sup> Les prescriptions présomptives, en général de courte durée, étaient fondées sur l'idée que, dans certaines situations spécifiques, il est vraisemblable que le créancier a été payé par son débiteur. Ces prescriptions, concernaient certaines obligations qu'il est d'usage d'acquitter rapidement sans nécessairement se constituer une preuve du paiement et elles reposaient alors sur une présomption de paiement. Leur particularité résidait notamment dans l'effet produit par un acte interruptif qui, au-delà, de l'effet commun de l'interruption, produisait ici une interversion : ruinant la présomption de paiement, la cause d'interruption ne se contentait pas d'anéantir le délai de prescription jusque-là écoulé, mais faisait aussi que la prescription qui pouvait éventuellement recommencer à courir ensuite ne pouvait être que la prescription de droit commun. S. Fournier, *Action en réparation. – Prescription, J.-Cl.*, Fasc. 222, 28 janv. 2020, spéc. n°23.

son écoulement entraîne. En effet, les conséquences des délais de forclusion et de prescription sont les mêmes, à savoir qu'elles privent le bénéficiaire d'un droit, d'agir au-delà du terme du délai, en revanche les objectifs poursuivis par chacun des deux délais divergent. Pour l'un, il s'agit de sanctionner la négligence d'une partie à exercer son droit, pour l'autre, il s'agit de consolider une situation juridique par l'écoulement d'un certain délai, lequel agit alors comme une preuve de cette consolidation. Autrement dit, l'esprit qui anime les deux sortes de délai est différent et la formulation des textes permettrait de déceler à quelle catégorie appartient un délai donné.

Toutefois, bien qu'une distinction fondée sur la fonction soit possible, elle n'est à notre sens, qu'un indice participant de la distinction fondée sur le degré de sévérité attaché au délai. Les deux mécanismes de distinction ne s'excluent pas mais relèvent au contraire d'une même dynamique. La caractérisation du délai de forclusion par sa dimension punitive implique nécessairement qu'il soit plus rigoureux que le délai de prescription dont l'objectif est de prouver la consolidation d'une situation. La distinction entre la prescription et la forclusion est alors nichée dans l'obligation plus ou moins forte qui pèse sur le titulaire d'un droit quant à la réalisation d'un acte. Cette différence de rigueur des deux délais se retrouve dans l'impossibilité de suspendre le délai de forclusion alors que la suspension de la prescription est permise. L'issue d'un procès peut donc varier en fonction de la nature du délai retenue<sup>394</sup>. Ainsi, le délai de forclusion a pour but d'obliger le titulaire d'un droit à faire diligence au risque sinon d'être déchu de sa possibilité d'agir. Cette sévérité inhérente au délai de forclusion conduit des auteurs à militer pour une qualification systématique par les textes des délais considérés comme étant de forclusion. Cette nécessité s'exprime avec force à propos du délai décennal dont les contours sibyllins pourraient emporter de lourdes conséquences tantôt pour le maître de l'ouvrage, tantôt pour le constructeur ou réputé comme tel.

**87. Pour une définition textuelle de la nature du délai décennal** – Loin d'être une distinction purement artificielle, nous avons observé que la dissemblance entre forclusion et prescription repose sur leur degré de sévérité. La forclusion revêtant une dimension plus sévère et exceptionnelle, il est indispensable de consacrer textuellement les délais qui entrent dans cette catégorie. La prescription, par la construction et la stabilité des textes dont elle est dotée devrait constituer le mécanisme général applicable aux délais. Monsieur BALAT exprime cela par l'adage « *pas de forclusion sans texte* ». Il remarque que la jurisprudence semble être favorable à cette nécessité de consacrer textuellement les délais de forclusion. En effet, dans un

---

<sup>394</sup> N. Balat, préc.



arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 mai 1955, celle-ci décidait à propos d'un délai prétendument préfix, qu' « *à défaut de tout élément tendant à caractériser un délai préfix* », le délai était de prescription<sup>395</sup>. De la même manière, il a été jugé à propos du délai d'action en responsabilité dirigée contre le transporteur aérien « *que les termes sous peine de déchéance n'impriment pas nécessairement par eux-mêmes, un caractère préfix au délai en cause, et qu'à défaut de tous autres éléments, la règle générale posée par l'article 2252 du Code civil doit recevoir application* »<sup>396</sup>. Il ressort que la Haute juridiction semble faire de la prescription le principe général qui admet ponctuellement des dérogations ne pouvant intervenir qu'à la condition d'être textuellement prévues. Or, une contradiction s'installe dans la mesure où nombre de textes ne visent pas expressément la nature du délai sans pour autant que la Cour de cassation ne les considère comme des délais de prescription. Le délai décennal en est un exemple révélateur puisque, rappelons-le, la Haute juridiction emploie régulièrement l'expression de forclusion décennale alors même qu'aucune disposition ne le prévoit<sup>397</sup>. Dès lors, si nous considérons que la Cour de cassation emprunte une voie favorable à l'impératif de sécurité juridique lorsqu'elle fait de la prescription le délai « de principe », il nous semble nécessaire, à l'instar de Monsieur BALAT, qu'elle soit soutenue en ce sens par une assise textuelle. Ce dernier propose un nouvel alinéa à l'article 2220 du Code civil qui disposerait : « *À défaut de mention expresse qu'un délai est de forclusion, celui-ci est regardé comme un délai de prescription* » ; ou bien que « *Toute forclusion est expresse ; faute de mention des textes qui l'instituent, un délai est de prescription* ».

Toutefois, si l'on suit cette formulation, cela impliquerait que le délai décennal deviendrait *ipso facto* un délai de prescription ce qui ne nous semble pas souhaitable. En effet, nous avons observé que le délai décennal a été conçu comme un délai d'épreuve permettant au maître de l'ouvrage de vérifier la fonctionnalité et la solidité de l'ouvrage dans le temps, de même qu'il permet au constructeur de se libérer de sa responsabilité à l'issue du délai. Son caractère rigoureux est gage de sécurité juridique pour le locateur d'ouvrage et parallèlement, la prise en compte par la jurisprudence de l'aggravation du désordre permet au maître de l'ouvrage d'espérer, sous certaines conditions, une réparation du dommage qui évolue. Le juste équilibre ainsi trouvé par la jurisprudence ne devrait pas être mis en péril par l'introduction de la disposition précitée. Le régime plus libéral de la prescription consistant entre autres à la

---

<sup>395</sup> Cass. Civ. 2, 12 mai 1955, *Bull. civ.* II n° 259, *D.* 1955 p. 485.

<sup>396</sup> Cass. Civ. 1, 2 mars 1971, n° 69-12.670, *Bull. civ.* I, n°64 ; *D.*1971. 455, note A. Chao.

<sup>397</sup> *Supra* n° 84

possibilité d'une suspension ou encore à celle d'un aménagement conventionnel<sup>398</sup> ne convient pas au délai décennal et ce, du double point de vue de la protection du constructeur et celle du maître de l'ouvrage. Le premier doit demeurer à l'abri de manœuvres dilatoires notamment par le biais des causes de suspension applicables à la prescription, tandis que le maître de l'ouvrage doit bénéficier d'un rempart contre des clauses destinées à limiter la responsabilité du constructeur.

De ce fait, afin de préserver la sécurité juridique de chaque partie et d'éviter toute contradiction du droit positif en matière de délai décennal, il serait opportun d'accompagner la modification proposée de l'article 2220 du Code civil par celle de l'article 1792-4-1 du même code. Ce dernier dispose que « *Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article* ». On pourrait envisager l'ajout de deux alinéas qui prévoiraient : « Les délais de forclusion visés par le présent article sont insusceptibles de suspension ou d'interruption. Par exception aux dispositions de l'alinéa précédent, le délai de la responsabilité décennale peut être interrompu par la cause mentionnée à l'article 2241 du Code civil de même que par la reconnaissance de responsabilité du constructeur ». Une telle modification aurait pour avantage de consolider les solutions émises par la jurisprudence et d'éclairer sur la nature complexe du délai décennal. Par ailleurs, il est à espérer que le législateur remédie rapidement à cet « oubli » de la reconnaissance de responsabilité au rang des causes d'interruption de la forclusion, que ce soit par une modification semblable à celle que nous proposons ou bien par une disposition générale à laquelle le texte concernant le délai décennal pourrait être renvoyé. En effet, la jurisprudence n'étant jamais figée<sup>399</sup>, rien ne permet d'affirmer qu'elle maintiendra la reconnaissance de responsabilité comme cause d'interruption du délai légal. Bien au contraire, un très récent arrêt publié du 10 juin 2021 interroge sur la pérennité de cette solution puisque la Cour de cassation censure en l'espèce l'arrêt de la cour d'appel suivant les motifs ici reproduits : « *En alignant, quant à la durée et au point de départ du délai, le régime de responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs sur celui de la garantie décennale, dont le délai est un délai d'épreuve (...), le législateur a entendu*

---

<sup>398</sup> A cet égard, rappelons que l'article 1792-5 du Code civil, sans qualifier le délai décennal de forclusion, prévoit néanmoins implicitement l'impossibilité de réduire le délai décennal ce qui créerait une contradiction manifeste avec le régime de la prescription au sein duquel un aménagement conventionnel est possible.

<sup>399</sup> *Infra* n° 199.

*harmoniser ces deux régimes de responsabilité. Il en résulte que le délai de dix ans pour agir contre les constructeurs sur le fondement de l'article 1792-4-3 du code civil est un délai de forclusion, qui n'est pas, sauf dispositions contraires, régi par les dispositions concernant la prescription, et que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait n'interrompt pas le délai de forclusion* »<sup>400</sup>. L'horizon s'assombrit donc clairement pour ce qui est de l'effet interruptif de la reconnaissance de responsabilité. Certes, dans l'arrêt rapporté, la Haute juridiction refuse d'appliquer l'interruption au délai de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'article 1792-4-3 du Code civil – qu'elle avait au demeurant accepté dans des décisions antérieures –<sup>401</sup> mais elle le fait en rapprochant celui-ci du délai de la garantie légale. La Haute cour insinue que l'harmonisation des délais voulue par le législateur doit conduire à qualifier de forclusion le délai de la responsabilité contractuelle des constructeurs et ce faisant, à rejeter l'interruption du délai par la reconnaissance de responsabilité, puisque les règles de la prescription extinctive ne s'appliquent pas à la forclusion et que l'article 2241 du Code civil ne fait pas de la reconnaissance de responsabilité une exception à ce principe. Or, s'il est indéniable que le législateur ait entendu aligner le délai de la responsabilité contractuelle de droit commun sur celui de la responsabilité décennale<sup>402</sup>, la transposition du régime de la seconde à celui de la première aurait dû conduire la Cour à retenir l'interruption. En effet, la jurisprudence, malgré l'imprécision du législateur lors de la réforme de la prescription, a maintenu cette cause d'interruption du délai décennal. Doit-on donc déduire de cet arrêt que la Cour de cassation considère désormais que le délai de la garantie décennale n'est pas interrompu par une reconnaissance de responsabilité du débiteur mais que seule l'assignation peut l'interrompre ? Elle semble en tous cas prendre cette direction, d'où il suit la confirmation de la nécessité absolue d'une intervention du législateur.

**88. Propos conclusifs** – Les méandres de la distinction des délais de prescription et de forclusion ne facilitent guère la détermination de la nature du délai décennal. Celui-ci empruntant ses caractères à la fois à l'une puis à l'autre des deux grandes catégories de délai, peut par moments sembler frappé d'incohérence. Pour autant, cette apparente confusion n'est pas fidèle à la réalité de l'objectif poursuivi par la Haute juridiction. Cette dernière, par une approche non cloisonnée du délai décennal a trouvé le point d'équilibre permettant de répondre

---

<sup>400</sup> Cass. Civ. 3, 10 juin 2021, n° 20-16.837, P., G. Casu et S. Bonnet, Construction : le délai de l'article 1792-4-3 du code civil est un délai de forclusion *D. actu.*, 21 juin 2021.

<sup>401</sup> Cass. Civ. 3, 20 févr. 1991, n° 89-16.666.

<sup>402</sup> C. Charbonneau, Incidence de la réforme de la prescription civile en matière de construction, *Constr.-Urb.*, n° 11, Novembre 2008, étude 13.

à la nécessité de préserver la sécurité juridique du maître de l'ouvrage mais aussi celle du constructeur. La nature mixte du délai décennal conférée par la jurisprudence répond de surcroît parfaitement au critère central de distinction du délai de forclusion et de prescription que nous retenons à savoir celui de la sévérité du délai. Comme certains auteurs ont pu le soulever, le délai de forclusion ou préfix, est plus rigoureux que le délai de prescription dont l'objectif est de prouver la consolidation d'une situation. Il est ainsi tout à fait envisageable d'affirmer que le délai décennal est à la fois celui durant lequel le maître de l'ouvrage doit agir à peine de forclusion et, celui à l'issue duquel la preuve de la solidité et de la fonctionnalité de l'ouvrage est faite, libérant ainsi le constructeur de sa responsabilité.

Les solutions ainsi trouvées par la jurisprudence témoignent d'une certaine équité dont le législateur doit se porter garant. Ce dernier a déjà fait un premier pas en transférant les dispositions relatives à la responsabilité décennale dans les nouveaux articles 1792-4-1 et 1792-4-2 du Code civil marquant ainsi la particularité du délai décennal par rapport aux délais de prescription. Il apparaît néanmoins nécessaire d'aller plus loin en insérant deux nouveaux alinéas à l'article 1792-4-1 du même code afin de consacrer la « forclusion décennale », mais aussi de préciser les causes d'interruption – traditionnellement attachées aux délais de prescription mais pouvant par exception interrompre la forclusion – en particulier celle de la reconnaissance de responsabilité, grande oubliée de la réforme du 17 juin 2008. Là encore, il s'agirait d'une consolidation de la jurisprudence en vigueur puisque cette dernière admet classiquement deux causes d'interruption du délai décennal, d'une part l'action en justice et d'autre part la reconnaissance de responsabilité par le constructeur, bien que cette dernière semble avoir été ébranlée par un récent arrêt.

## ***Section 2 : Les évènements interruptifs du délai décennal permettant la réparation du dommage futur***

**89.** Comme nous l'avons vu, le délai de la garantie décennale est préfix ce qui, en principe, implique qu'il ne devrait être ni interrompu ni suspendu. L'interruption est cependant possible dans certains cas. Les conséquences de l'interruption sont considérables puisque la période qui a couru est alors rétroactivement anéantie et un nouveau délai recommence à courir, ce dernier est de même durée que celui qui a été interrompu<sup>403</sup> et il s'applique aux désordres

---

<sup>403</sup> Cass. Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055 *Bull. civ.* III, n° 118 ; *RDI* 1994, p. 663.

dénoncés et à ceux qui en sont l'aggravation. L'interruption du délai de garantie décennale entraîne aussi l'interruption du délai de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, car les deux actions, quoique différentes, tendent au même but<sup>404</sup>. Concernant les causes d'interruption, l'application de l'article 2241 du Code civil qui traite de la citation en justice est expressément étendue aux délais de forclusion. En revanche, le domaine des articles 2240 et 2250 du même code, respectivement relatifs à la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrit et à la renonciation de ce même débiteur à la prescription acquise, n'est pas expressément appliqué aux délais de forclusion bien que pour certains, il ne s'agirait là que d'un oubli du législateur. L'interruption peut ainsi trouver son origine soit dans le comportement du débiteur de la responsabilité décennale (§1), soit dans celui du créancier (§2).

## §1 Les agissements du constructeur interrompant le délai décennal

**90.** Il est étonnant d'observer que le constructeur puisse être à l'origine de l'interruption du délai décennal dans la mesure où son intérêt semble au contraire, se situer dans l'extinction de la prescription. Pour autant, on peut imaginer qu'une reconnaissance de responsabilité ait pour objectif de soigner une image commerciale en évitant un procès ou tout simplement en rassurant les maîtres d'ouvrage sur les prédispositions du constructeur quant à la réparation des désordres. Le domaine de cette reconnaissance de responsabilité a fait l'objet de précisions par la jurisprudence (A), de même que les effets qu'elle entraîne (B).

### *A) Domaine de la reconnaissance de responsabilité*

**91. Notion** – De façon générale, la reconnaissance de responsabilité constitue un acte unilatéral de volonté par lequel une personne qui est contractuellement tenue à une obligation se reconnaît responsable d'un manquement. La jurisprudence admet qu'elle puisse intervenir dans le cadre des garanties légales des constructeurs parmi lesquelles figure la responsabilité décennale<sup>405</sup>. On trouve un fondement juridique à cette cause d'interruption à l'article 2248

---

<sup>404</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 sept. 2004, n° 03-10.923, *Bull. civ.* III, n° 152, *RDI* 2004 p. 569, obs. P.Malinvaud : « Si, en principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre, il en est autrement lorsque les deux actions, quoiqu'ayant des causes distinctes, tendent à un seul et même but ». – Dans le même sens : Cass. Civ. 2, 21 janv. 2010, n° 09-10.944 *Bull. civ.* II, n° 22.

<sup>405</sup> Cass. Civ. 3, 13 févr. 1973, n° 71-1446, *Bull. civ.* III, n° 111 – Cass. Civ. 3, 4 avr. 1978, n° 76-15.59, *Bull. civ.* III, n° 145 – Cass. Civ. 3, 18 mars 1980, n° 78-15.749, *Bull. civ.* III, n° 62.

ancien du Code civil, repris par l'article 2240 nouveau qui dispose : « *La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription* ». Le législateur n'a pas expressément étendu cette cause d'interruption aux délais de forclusion mais il est à espérer que la jurisprudence qui s'est exprimée très tôt sur ce point<sup>406</sup>, continue à y voir un motif d'interruption du délai biennal ainsi que du délai décennal<sup>407</sup>. L'interruption ne s'applique qu'à l'égard des désordres constatés au moment de la reconnaissance de responsabilité<sup>408</sup>, le nouveau délai est par ailleurs étendu aux désordres qui en sont l'aggravation si la dénonciation est intervenue en temps utile<sup>409</sup>. Par ailleurs, le nouveau délai ne vaut que dans les seuls rapports du constructeur dont émane l'aveu avec la personne bénéficiaire de l'interruption<sup>410</sup>. Dans le même ordre d'idées, le maître de l'ouvrage ne pourra invoquer l'interruption du délai qu'à l'encontre de la personne qui a effectivement formulé l'aveu<sup>411</sup>. A cet égard, des difficultés se sont posées à propos de la reconnaissance de garantie de l'assureur dommages-ouvrage.

**92. Une reconnaissance de garantie n'est pas une reconnaissance de responsabilité du constructeur** – Il est admis en jurisprudence que l'action engagée sur le fondement de la garantie décennale est interruptive de l'action sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun dès lors que l'objet de la demande est identique<sup>412</sup>. On aurait pu penser à une transposition de ce raisonnement à la reconnaissance de garantie par l'assureur qui, de fait, interromprait le cours de la responsabilité décennale. D'ailleurs, la Haute juridiction avait semé le trouble et semblait par moments vouloir prendre cette direction comme le démontre un arrêt du 24 février 2009 retenant que toute décision judiciaire apportant une modification quelconque

---

<sup>406</sup> Cass. Civ. 3, 18 mars 1980, n° 78-15.749, *Bull. civ.* III, n° 62.

<sup>407</sup> Ph. Malinvaud, Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption des délais, *RDI*, 2010, p.105.

<sup>408</sup> Cass.Civ. 3, 10 juill. 2002, n°01-02.243, *Bull. civ.* III n° 159, *Constr.-urb.* 2002, comm. 240.

<sup>409</sup> Cass.Civ. 3, 26 avr. 1984, *RDI* 1984 p. 418. – Cass. Civ. 3, 9 oct. 1991, n° 90-10.342.

<sup>410</sup> Cass. Civ. 3, 15 févr. 1989, n° 87-17.322, *Bull. civ.* III, n° 36 – Cass. Civ. 3, 23 févr. 2000, n° 98-18.340, *Bull. civ.* III, n° 39.

<sup>411</sup> Cass.Civ. 3, 6 janv. 1999, n° 97-12.300, *Bull. civ.* III, n° 4, *RDI* 1999, p. 259, *JCP G* 1999, IV, n° 1288. Toutefois, il est admis que la reconnaissance de responsabilité émanant de l'avocat de la personne responsable engage cette dernière puisqu'il a le pouvoir de la représenter : Cass. Civ. 3, 24 oct. 1984, *Gaz.Pal.* 1995, pan. p. 39, obs. P. Jestaz.

<sup>412</sup> Si, par principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre, (Req. 3 avr. 1906, *D.* 1906. I. 404), il en est autrement lorsque les deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent à un seul et même but de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première. Plus précisément s'agissant de la garantie décennale, il a été admis que : « *l'action engagée sur le fondement de la garantie décennale est interruptive de l'action sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun dès lors que l'objet de la demande est identique* », Cass. Civ. 3, 22 sept. 2004, n° 03-10.923, *Bull. civ.* III, n° 152. Les deux solutions cohabitent difficilement dans la mesure où les critères permettant de déterminer si deux actions « tendent au même but » relèvent de la seule appréciation discrétionnaire des juges. Voir en ce sens : H. Barbier, Extension de l'interruption de la prescription d'une action à une autre : qu'est-ce au juste que deux actions « tendant à un seul et même but » ?, *RTD Civ.* 2019 p. 590.

à une mission d'expertise ordonnée par une précédente décision, a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties, « y compris à l'égard de celles appelées uniquement à la procédure initiale, et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre au litige »<sup>413</sup>. Cette décision non publiée se trouvait en contradiction avec un arrêt rendu un an plus tôt dans lequel la même chambre cassait un arrêt de la cour d'appel qui, pour écarter la fin de non-recevoir de la prescription de l'action fondée sur la responsabilité des constructeurs, avait retenu que l'ordonnance de référé déclarant une mesure d'instruction commune, a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties y compris celles appelées à la procédure initiale pour tous les chefs de préjudices procédant du sinistre en litige<sup>414</sup>.

Finalement, la jurisprudence a exprimé avec clarté sa position dans un arrêt de principe du 11 mars 2009 dans lequel elle décidait que « la reconnaissance de garantie de l'assureur dommages-ouvrage, dans le cadre d'une assurance de chose, ne peut valoir reconnaissance de responsabilité d'un constructeur »<sup>415</sup>. Ainsi donc, la reconnaissance de responsabilité par un assureur dommages-ouvrage n'interrompt pas la prescription pour l'assurance responsabilité civile décennale portant sur le même ouvrage, quand bien même celle-ci a été souscrite auprès du même assureur. Monsieur KARILA saluait cette clarification et la limite aux interprétations extensives des effets interruptifs de prescription qui en résultait<sup>416</sup>.

**93. Un autre acte unilatéral de volonté au mécanisme distinct : la renonciation à la prescription** – Bien que les situations intéressant la reconnaissance de responsabilité par le débiteur de la garantie d'une part, et la renonciation à la prescription d'autre part ne relèvent pas du même mécanisme, une idée commune se dégage consistant en une intention plus ou moins marquée, d'accepter le principe d'une réparation. A l'instar de l'article 2240 du Code civil relatif à la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrit, l'article 2250 portant sur la renonciation à la prescription acquise, semble cantonné aux délais de prescription puisque lui non plus, n'est pas expressément étendu aux délais de forclusion. La renonciation à la prescription est un acte unilatéral de volonté par lequel le débiteur d'une obligation abandonne son droit à faire valoir que la prescription de l'action en responsabilité est acquise. L'intérêt d'appliquer cette possibilité au délai décennal semble artificiel dans la mesure où, étant un délai de rigueur, lorsqu'il est expiré, il n'est en principe pas possible de se

---

<sup>413</sup> Cass. Civ. 3, 24 févr. 2009, n° 08-12.746.

<sup>414</sup> Cass. Civ. 3, 21 mai 2008, n° 07-13.561, *Bull. civ.* 2008, III, n° 91, *RGDA* 2008, p. 639, note J.-P. Karila.

<sup>415</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2009, n° 08-10.905, *Bull. civ.* III, n° 61.

<sup>416</sup> L. Karila, Une reconnaissance de garantie ne vaut pas reconnaissance de responsabilité, *RDI* 2009, p.371.

prévaloir de la garantie même par voie d'exception<sup>417</sup>. Or, comme nous l'avons souligné, si le délai décennal semble être frappé, pour ce qui concerne le droit privé, du sceau de l'ordre public, il n'est cependant pas un moyen d'ordre public d'où il résulte que le juge n'est pas dans l'obligation de le relever d'office. C'est en ce sens que se dévoile l'intérêt d'une possible application de la renonciation à la prescription en matière de responsabilité décennale, étant entendu que celle-ci n'est envisageable que dans le cadre d'une prescription acquise. En effet, la renonciation doit s'apprécier au regard des principes de droit civil dégagés par les articles 2250 et 2251 du Code civil lesquels disposent respectivement : « *Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation* » ; « *La renonciation à la prescription est expresse ou tacite. La renonciation tacite résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription* ».

Ainsi, il n'est pas permis de renoncer par avance au bénéfice de la prescription, l'ancien article 2221 du Code civil précisait d'ailleurs expressément cette impossibilité<sup>418</sup>. En revanche, il est possible de renoncer à se prévaloir d'une prescription acquise, pour autant que cette renonciation exprime une réelle volonté du bénéficiaire de la prescription en ce sens. La formulation de l'article 2251 du Code civil vient consacrer les solutions dégagées par la jurisprudence, laquelle exigeait que la personne désignée comme responsable, exprime sa volonté de ne pas se prévaloir de la forclusion acquise par un acte dépourvu de toute équivoque<sup>419</sup>.

Comme toutes les situations qui consistent à rechercher la volonté d'un sujet de droit, les juges doivent apprécier l'ensemble des éléments qui contribuent à établir le caractère non équivoque de la renonciation, la question se pose dans les mêmes termes s'agissant de la reconnaissance de responsabilité.

---

<sup>417</sup> Cass. Civ. 3, 4 nov. 2004, n° 03-12.481, *Bull. civ.* III, n° 186.

<sup>418</sup> Cass. Civ. 3, 21 juin 1989, *D.* 1989. IR 202. B. Boubli, *Rép. dr. immo.*, nov. 2016, n°616.

<sup>419</sup> Pour illustration, des renoncations ont été qualifiées de non équivoques lorsque : l'assureur de l'architecte a émis des correspondances explicites incompatibles avec un refus de garantie et a engagé des dépenses considérables environ deux ans après la fin du délai décennal. Cass. Civ. 3, 3 mai 2001, n° 99-19.241, *Bull. civ.* III, n° 45 – Lorsque la lettre de l'assureur de responsabilité d'un architecte précisait que son assuré pouvait bénéficier du maintien de la garantie pour l'ensemble de ses responsabilités professionnelles relatives aux missions afférentes aux chantiers qu'il avait déclarées à la compagnie. Cass. Civ. 3, 30 janv. 1991, n° 89-13.859. En revanche, l'équivocité de la renonciation avait été retenue à propos de la participation à une expertise n'est pas, à elle seule, caractéristique d'une renonciation. Cass. Civ. 3, 17 janv. 1996, n° 93-19.407, *Bull. civ.* III, n° 15.



## *B) Conditions et effets de la reconnaissance de responsabilité*

**94. Une reconnaissance non équivoque du responsable** – La reconnaissance de responsabilité suppose que le locateur d’ouvrage admette l’existence de sa responsabilité pour des désordres dont il est demandé réparation. L’aveu du responsable peut être express mais la jurisprudence permet également qu’il puisse être implicite pourvu qu’il soit dépourvu d’équivoque<sup>420</sup>. La condition d’une manifestation non équivoque est classique dès lors qu’il est question de déterminer l’effectivité d’une volonté, on la retrouve notamment exprimée dans le cadre de la réception tacite<sup>421</sup>. Toutefois en notre matière, on s’aperçoit que ce n’est pas tant la volonté du constructeur à consentir à ce que sa responsabilité soit engagée qui est recherchée, mais plutôt le simple aveu de l’existence de sa responsabilité. La nuance peut paraître anecdotique mais elle permet de comprendre l’admission par les juges d’une reconnaissance implicite qui suffit à interrompre le délai dès lors qu’elle est non équivoque.

La caractérisation de cette condition relève en toute logique de l’appréciation souveraine des juges du fond<sup>422</sup>. Ainsi, du point de vue de la reconnaissance de responsabilité décennale, la jurisprudence s’illustre de manière variable au gré des espèces. Elle n’exige donc pas une forme particulière dès lors qu’il ressort des circonstances de l’espèce que le locateur d’ouvrage manifeste une volonté non équivoque de reconnaître sa responsabilité. La jurisprudence décidait sous l’empire des dispositions antérieures à la réforme de la prescription civile, que l’interruption devait être subordonnée à la démonstration que le constructeur connaissait l’ampleur des travaux de réparation qu’il s’est engagé à réaliser ou à financer<sup>423</sup>. De manière générale, la jurisprudence écarte l’interruption du délai dès lors qu’elle décèle une « *attitude ambigüe* » de la part du débiteur de la garantie<sup>424</sup>. Elle a ainsi refusé de caractériser la reconnaissance de responsabilité s’agissant de l’exécution des travaux de reprise financés par l’assurance de dommages<sup>425</sup> ; la lettre de l’entrepreneur promettant d’examiner les désordres allégués et d’y remédier dans la mesure où il estimerait en être responsable<sup>426</sup> ; ou encore les correspondances du maître de l’ouvrage vendeur, lequel ne répondait pas à la mise en cause émise par l’acquéreur, mais ne traitaient que de la mise en chantier de l’ensemble de la

---

<sup>420</sup> À propos d’une prescription biennale : M-L. Pagès de Varenne, *Constr.-Urb.* n° 6, Juin 2012, comm. 106.

<sup>421</sup> *Supra* n° 15 s.

<sup>422</sup> Cass. Civ. 3, 24 juin 1992, n° 90-21.166.

<sup>423</sup> Cass. Civ. 3, 4 déc. 1991, n° 90-13.461, *Bull. civ.* III, n° 297. – Civ. 3<sup>e</sup>, 10 juill. 2002, n° 01-02.243, *Bull. civ.* III n° 159, *RDI* 2002, p. 420, Ph. Malinvaud.

<sup>424</sup> Cass. Civ. 3, 15 mars 1989, n° 87-17.573, *Bull. civ.* III n° 60, *JCP G* 1989, IV, p. 183, *RDI* 1989, p. 362.

<sup>425</sup> Cass. Civ. 3, 5 janv. 2017, n° 15-14.739.

<sup>426</sup> Cass. Civ. 3, 15 janv. 1992, n° 90-13.767.

résidence<sup>427</sup>. Néanmoins, un certain nombre d'exemples de reconnaissance sont fournis par les tribunaux. Tel est le cas des travaux de reprise de grande ampleur réalisés par l'entrepreneur et la participation de son assureur à leur financement<sup>428</sup> de même que deux lettres à destination du maître de l'ouvrage émanant de l'architecte par lesquelles ce dernier indiquait non seulement qu'il aurait l'occasion d'intervenir à brève échéance et de lui donner satisfaction, mais aussi qu'il invitait le maître de l'ouvrage à déclarer le sinistre à son assureur<sup>429</sup>.

Il ressort de la jurisprudence que la difficulté principale en la matière est la question des travaux de reprise exécutés spontanément par le locateur d'ouvrage. S'ils constituent en principe une reconnaissance de responsabilité, il en va autrement lorsque l'objet des travaux n'a pas de rapport avec le désordre invoqué<sup>430</sup>, ou encore lorsque l'importance de ces travaux est très réduite<sup>431</sup>. Il en va également autrement et de façon évidente, lorsque les travaux de reprise ont été effectués au titre de la garantie de parfait achèvement. En pareil cas, il s'agit surtout d'assurer la levée des réserves, il n'y a donc pas lieu de faire échec à la règle selon laquelle le délai de garantie part du jour de la réception.

Les juges portent ainsi une attention particulière aux éléments permettant de retenir qu'une reconnaissance de responsabilité est intervenue. Aucun doute ne peut être permis quant à la réalité de cette reconnaissance dont l'effet principal est de bouleverser le cours du délai décennal pour les désordres reconnus.

**95. Les suites de la reconnaissance de responsabilité** – Traditionnellement, l'interruption efface rétroactivement le délai accompli. Après l'interruption, un nouveau délai commence à courir conformément à l'article 2231 du Code civil. La reconnaissance de responsabilité par les constructeurs à l'intérieur du délai décennal emporte donc l'interruption de celui-ci pour l'ensemble des préjudices causés par les désordres reconnus, et permet au maître de l'ouvrage d'en demander réparation dans un nouveau délai, décennal lui aussi<sup>432</sup>. La reconnaissance de responsabilité n'a d'effet qu'à l'égard des désordres faisant l'objet de l'aveu mais il est admis que les conséquences des mêmes désordres bien qu'elles soient intervenues postérieurement, bénéficient également de l'interruption. Le nouveau délai est lui-même soumis aux mêmes règles d'interruption et court alors à compter du jour de la reconnaissance.

---

<sup>427</sup> Cass. Civ. 3, 24 juin 2014, n° 13-14.780.

<sup>428</sup> Cass. Civ. 3, 11 oct. 1995, n° 93-21.102.

<sup>429</sup> Cass. Civ. 3, 4 avr. 1978, n° 76-15.59, *Bull. civ.* III, n° 145.

<sup>430</sup> Cass. Civ. 3, 4 déc. 1991, préc.

<sup>431</sup> À propos d'une intervention visant une simple réfection consistant à un colmatage d'une fissure dans la couche d'étanchéité : CA Bordeaux, 13 avr. 1999.

<sup>432</sup> Cass. Civ. 3, 24 nov. 1987, n° 86-13.418. – Cass. Civ. 3, 16 mars 1994, n° 91-19.139.

Comme nous l'avons souligné, les travaux de reprises emportent des difficultés d'interprétation puisqu'il appartient au juge de déterminer s'il en résulte une volonté du locateur d'ouvrage de reconnaître sa responsabilité. En effet, lorsque de tels travaux sont exécutés spontanément en dehors du cadre de la garantie de parfait achèvement, il pourrait ne s'agir en réalité que d'un geste commercial visant à satisfaire le maître de l'ouvrage. En revanche, si les juges établissent un aveu non équivoque de responsabilité de l'intervenant, alors ces travaux ont été exécutés au titre de la garantie décennale, et font courir un nouveau délai de garantie de même durée mais uniquement pour ces travaux et non pour l'ouvrage dans son entier. En effet, ce nouveau délai de garantie n'est pas lui-même interrompu par des travaux de reprise qui n'auraient aucun rapport avec les désordres pour lesquels la responsabilité a été demandée.

Précisons que l'article 2232 du Code civil dispose que « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». En tout état de cause, l'interruption a une importance capitale puisqu'elle affecte à la fois le délai d'épreuve et le délai d'action pour les désordres concernés. Les mêmes conséquences résultent de l'interruption du délai provoquée par le comportement du maître de l'ouvrage.

**96. Propos conclusifs** – La reconnaissance de responsabilité est un événement lourd de conséquences pour son auteur. La jurisprudence continue à y voir une cause d'interruption du délai décennal ce qui entraîne pour le constructeur un allongement de la durée de sa responsabilité concernant les désordres reconnus. Est-ce à dire que la gravité des retombées d'une telle reconnaissance conduit la jurisprudence à exiger que le constructeur ait pleinement conscience de ce à quoi engage son comportement ? Rien n'est moins sûr. En effet, si les juges n'admettent l'interruption qu'à la condition d'une reconnaissance non équivoque du constructeur, il n'est pas certain que ce dernier, lorsqu'il accepte – parfois par simple soucis de professionnalisme – de réparer un désordre, ait véritablement la volonté de reconnaître l'existence d'un désordre décennal dont il serait responsable. Cela est d'autant plus douteux lorsque l'on est en présence d'un désordre qui s'est aggravé<sup>433</sup>. En tout état de cause, l'appréciation du caractère non équivoque de cette reconnaissance appartient aux juges du fond et relève ainsi de la casuistique.

---

<sup>433</sup> Cass. Civ. 3, 10 juill. 2002, n° 01-02.243, *Bull. civ.* III, n° 159, *Constr.- Urb.* n° 10, Octobre 2002, n° 240, obs. M.-L. Pagès de Varenne.

## §2 L'action du maître de l'ouvrage interrompant le délai décennal

97. L'interruption du délai décennal enclenchée par le comportement du maître de l'ouvrage semble plus naturelle, étant entendu que ce dernier a tout intérêt à prolonger la période de garantie dont il bénéficie. Il peut alors être à l'origine d'une action devant le juge qui, si elle s'avère fructueuse, aura pour conséquence d'interrompre le délai. Il reste à savoir quel type d'action est de nature à modifier ainsi le cours de la prescription. Les règles de procédure sont foisonnantes en la matière et nécessitent une étude attentive des actes susceptibles d'interrompre le délai légal (A), ainsi que celle de l'étendue de cette interruption (B).

### *A) Les procédures initiées par le maître de l'ouvrage interrompant le délai légal*

98. **Le cas particulier de la déclaration de sinistre du maître de l'ouvrage auprès de son assureur** – La question s'est posée de savoir si la dénonciation des désordres initiaux à l'intérieur du délai de la garantie décennale, doit nécessairement s'entendre d'une action en justice ou si une déclaration de sinistre auprès de l'assureur peut être considérée comme une dénonciation régulière. Dans un premier temps, la fermeté employée par la Cour de cassation ne faisait pas de doute quant à une réponse par la négative à cette question. Elle a en effet affirmé fermement en 2006 que « *de nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal qui est un délai d'épreuve, ne peuvent être réparés au titre de l'article 1792 du Code civil que s'ils trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration de ce délai* »<sup>434</sup>. Pourtant, un arrêt datant du 24 mars 2016 a admis implicitement l'interruption du délai de la garantie faisant suite à des déclarations de sinistres adressées à l'assureur dommages-ouvrage<sup>435</sup>. Cet intermède n'était finalement que de courte durée puisque moins de deux ans plus tard, la Haute juridiction est revenue à une position plus rigoureuse en reprenant les mêmes exigences que celles posées par l'arrêt de 2006 dont l'une consiste à une action menée à l'intérieur du délai<sup>436</sup>. La dénonciation par le maître de l'ouvrage s'entend dès lors d'une action en justice.

---

<sup>434</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400, *Bull. civ.* III n° 17, *RDI* 2006, p. 133.

<sup>435</sup> Cass. Civ. 3, 24 mars 2016, n° 14-13.462, 14-24.920, *RGDA* mai 2016, p. 258.

<sup>436</sup> Cass. Civ. 3, 6 sept. 2018, n° 17-22.370, *Constr.-Urb.*, n° 11, nov. 2018, comm 180.

**99. Modifications textuelles** – Dans sa version issue de la loi n° 95-677 du 5 juillet 1985,<sup>437</sup> l'article 2244 du Code civil prévoyait : « *Une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir* ». La loi du 17 juin 2008<sup>438</sup> a procédé à diverses modifications, désormais l'article 2241 du Code civil énonce : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure* ». L'article 2444 du même code retouché par l'ordonnance du 19 décembre 2011<sup>439</sup> dispose quant à lui : « *Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée* ». Il apparaît alors que les causes interruptives de prescription peuvent relever des actions au fond mais aussi en référé. Pour toutes ces actions, se pose la question de la qualité de créancier de l'action mais aussi de celle du destinataire.

**100. Qualités de créancier et de destinataire de l'action** – De façon générale, l'interruption ne peut émaner que de l'assignation réalisée par une personne ayant qualité et intérêt à agir de même qu'elle doit désigner très précisément le locateur d'ouvrage contre lequel est intentée l'action<sup>440</sup>. Suivant ce préalable, il a été jugé que le maître de l'ouvrage ne bénéficie pas de l'interruption résultant de l'assignation du constructeur par l'assureur dommages-ouvrage. La Cour de cassation retenait ainsi dans un arrêt du 18 novembre 2009 que « *la citation en justice doit être adressée à celui que l'on veut empêcher de prescrire* »<sup>441</sup>. Le caractère générique de cette formulation peut se comprendre comme l'exigence d'un lien direct entre l'action envisagée par le demandeur et le destinataire de l'action qu'il souhaite empêcher de prescrire. Pour que l'interruption puisse survenir, il ne doit y avoir aucun intermédiaire entre l'action et la personne à l'encontre de laquelle elle est menée. Le raisonnement a été le même et la formulation reprise à l'égard de l'assureur portant la double casquette d'assureur dommages-ouvrage et de responsabilité civile décennale. Dans un arrêt du 29 mars 2018, la Haute juridiction retenait que l'assignation de l'assureur pris uniquement en sa qualité d'assureur

---

<sup>437</sup> Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

<sup>438</sup> Loi du 17 juin 2008 préc.

<sup>439</sup> Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution.

<sup>440</sup> Cass. Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-15.833, *Constr.-urb.* 2020, comm. 13, obs. M.-L. Pagès-de-Varenne.

<sup>441</sup> Cass. Civ. 3, 18 nov. 2009, n° 08-13.673, *Bull. civ.* III, n° 250, *RDI* 2010, p. 111, obs. Ph. Malinvaud.

dommages-ouvrage, n'est pas de nature à interrompre le délai de prescription de l'action engagée pour le même ouvrage à l'encontre du même assureur, pris en sa qualité d'assureur de responsabilité civile décennale. La seconde action a donc été considérée comme prescrite<sup>442</sup>.

L'interruption de la prescription ne joue en principe qu'au profit du créancier de la garantie ainsi qu'à ceux qui tiennent leur droit de celui-ci<sup>443</sup>, ce qui pose la question de l'action menée par l'assureur dommages-ouvrage avant subrogation. De façon assez habile, la Cour de cassation a retenu l'existence d'un intérêt à agir de l'assureur notamment dans les décisions du 29 mars 2000<sup>444</sup> et du 10 décembre 2003<sup>445</sup>. Dans la première affaire, la troisième chambre civile retenait « *qu'est recevable l'action engagée, avant l'expiration du délai de forclusion décennale, par un assureur contre les responsables des dommages dont il doit garantie, bien qu'il n'ait pas eu au moment de la délivrance de son assignation la qualité du subrogé de son assuré faute de l'avoir indemnisé, dès lors qu'il a payé l'indemnité due à son assuré avant que le juge du fond n'ait statué* ». En l'espèce, non seulement la Cour reprenait la condition de fond selon laquelle l'assureur doit agir à l'intérieur du délai décennal, mais elle s'appuie en outre sur l'article 126 du Code de procédure civile qui prévoit : « *Dans le cas où la situation donnant*

---

<sup>442</sup> Cass. Civ. 3, 29 mars 2018, n° 17-15.042, *Bull. civ.* III, n° 37, *BJDA* n° 57, Mai 2018, comm. 16, Fr.-X. Ajaccio ; *RLDC*, n° 159, 1<sup>er</sup> mai 2018, N. Lacoste. Dans cette espèce, dans le cadre d'un contrat de construction de maison individuelle, un constructeur a édifié une maison d'habitation réceptionnée le 10 octobre 1996. Il souscrit deux polices d'assurances auprès de la même compagnie pour cette opération de construction, à savoir une assurance dommages-ouvrage pour le compte de son client et une assurance constructeur de maison individuelle comprenant la couverture de la responsabilité civile décennale du constructeur, celles-ci ayant été enregistrées sous le même numéro de contrat. Des désordres graves ayant touché l'ouvrage, les propriétaires ont assigné en référé expertise le constructeur ainsi que son assureur dommages-ouvrage en date du 9 octobre 2006. L'expert conclut dans son rapport du 30 avril 2014 que la gravité des désordres faisait obstacle à des travaux de réparation mais qu'une démolition pour reconstruction à l'identique du pavillon était nécessaire. Les propriétaires assignaient donc au fond le constructeur ainsi que son assureur, cette fois, en sa double qualité d'assureur dommages-ouvrage et d'assureur de la responsabilité civile décennale du constructeur. Dans un arrêt du 19 janvier 2017, les juges du fond ont notamment considéré que l'action engagée par les propriétaires contre l'assureur, en sa qualité d'assureur responsabilité civile décennale était prescrite, d'où il suivait le pourvoi en cassation formé par les acquéreurs. La Haute cour confirmait la position des juges d'appel en soulevant d'une part, que ces deux polices ont non seulement un objet différent mais aussi une nature distincte puisque l'une est une assurance de choses et l'autre une assurance de responsabilité et d'autre part, que l'assignation de l'assureur en sa seule qualité d'assureur dommages-ouvrage n'a pas interrompu le délai de prescription de l'action engagée contre la même société, prise en sa qualité d'assureur de responsabilité civile décennale.

Pour une illustration récente : Cass. Civ. 3, 18 mars 2021, n° 20-13.993, C. Charbonneau, Incidence de la qualité de l'assureur sur les délais d'action, *RDI* 2021, p. 368.

<sup>443</sup> Ph. Malinvaud, B. Boubli, Responsabilité du constructeur. Interruption de la prescription, *RDI* 1990, p. 216. – Notons ici que l'effet interruptif peut par exception se transmettre au tiers subrogé qui bénéficie alors des droits et actions de la personne qu'il a désintéressée, mais la transmission de l'effet interruptif peut également intervenir en dehors de toute subrogation. Tel est le cas de l'action du vendeur d'ouvrage qui se transmet à son acquéreur en matière de copropriété où la Cour de cassation admet que l'effet interruptif puisse profiter à plusieurs personnes ayant assigné dès lors que les actions sont indivisibles.

<sup>444</sup> Cass. Civ. 3, 29 mars 2000, n° 98-19.505, *Bull. civ.* III, n° 67, *RGDA* 2001, p. 157, note J. Beauchard. – Cass. Civ. 3, 4 avr. 2001, n° 99-16.554. – Cass. Civ. 3, 9 juil. 2003, n° 02-10.270. – Cass. Civ. 3, 4 nov. 2010, n° 09-70.235, *Bull. civ.* III, n° 198.

<sup>445</sup> Cass. Civ. 3, 10 déc. 2003, n° 01-00614, *Bull. civ.* III, n° 225.

*lieu à une fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance ».* Le second arrêt quant à lui reprend la solution ci-dessus énoncée et ajoute : « *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 étant distincte de l'action directe prévue par le Code des assurances et ne supposant pas que l'appelant en garantie ait déjà indemnisé le demandeur initial* ». Ici, la Cour de cassation déduit l'intérêt à agir de l'assureur, de son appel en garantie consacré par les articles 334 et 336 du Code de procédure civile<sup>446</sup>.

Dans le même ordre d'idées, on s'est interrogé sur l'interruption du délai en matière de copropriété. La jurisprudence est foisonnante à ce sujet et l'on peut retenir de façon synthétique que le droit d'agir relatif aux parties privatives appartient à chaque copropriétaire. De ce fait, la demande faite à tort par le syndic concernant ces parties, n'interrompt pas le délai à l'égard des copropriétaires concernés<sup>447</sup>. Il en va autrement lorsque les désordres des parties privatives affectent par leur généralisation, la préservation de l'immeuble en son entier ou encore si les désordres affectent les parties communes et privatives de manière indivisible<sup>448</sup>. L'action relative aux désordres affectant les parties communes est naturellement dévolue au syndic agissant pour le syndicat de copropriété<sup>449</sup>.

Sous réserve de ces conditions liées à la qualité des parties, l'action en justice prise en son sens large interrompt le délai décennal puisque l'article 2241 du Code civil prévoit expressément que cette cause d'interruption est applicable aux délais de forclusion. A cet égard, on peut souligner la disparition de la condition de la signification à la personne qui était exigée pour prétendre à l'interruption du délai, au profit de la simple « demande ». Il reste cependant à déterminer avec précision quels sont les actes entrant dans cette catégorie d'autant plus que la rédaction du nouvel article 2241 du Code civil est plus évasive sur ce point que ce que prévoyait l'ancien article 2244 du même code<sup>450</sup>.

**101. L'action au fond** – Du point de vue de l'action au fond, pour être interruptive de la prescription décennale l'assignation doit répondre à un certain nombre de conditions

---

<sup>446</sup> Cass. Civ. 3, 16 mars 2004, n° 01-17.450 – Cass. Civ. 3, 28 avr. 2011, *Bull. civ.* III, n° 60.

<sup>447</sup> Cass. Civ. 3, 15 nov. 1989, n° 88-11.271, *Bull. civ.* III, n° 212. – Cass. Civ. 3, 16 mars 1994, n° 91-20.128, *Bull. civ.* III, n° 56. – Cass. Civ. 3, 7 nov. 1990, n° 89-12.380, *Bull. civ.* III, n° 222,

<sup>448</sup> Cass. Civ. 3, 20 mars 2002, n° 99-11.745, *RDI* 2002 p. 239.

<sup>449</sup> Sur ce point : J-B Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ 12<sup>e</sup> éd. – C. Atias, L'interruption du délai de la garantie décennale par l'action au fond du syndic de copropriété, *D.* 1995, chr., p. 329.

<sup>450</sup> *Supra* n° 99.

générales. Elle prend en général la forme d'une assignation au fond qui doit être déposée au greffe pour produire son effet. Si en principe les conditions de nature procédurale de l'article 117 du Code de procédure civile<sup>451</sup> devraient s'appliquer à la garantie légale, on observe que la loi du 17 juin 2008 conduit à abandonner certaines solutions retenues sous l'empire de la loi ancienne<sup>452</sup>. Ainsi, la rédaction de l'article 2241 du Code civil prévoit que la demande en justice interrompt les délais de prescription et de forclusion : « *même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure* ». La Cour de cassation, à l'occasion d'un arrêt de principe du 10 novembre 2016, a précisé que l'article 2241 alinéa 2 du Code civil, ne distinguant pas entre le vice de forme et l'irrégularité de fond, l'assignation conserve son effet interruptif même si elle est atteinte d'un vice de fond<sup>453</sup>.

Aussi, l'article 2241 alinéa 2 du Code civil confirme la règle prévue à l'ancien article 2246 du Code civil, selon laquelle une demande en justice est interruptive des délais, quand bien même « *elle est portée devant une juridiction incompétente* »<sup>454</sup>. En revanche, l'interruption est toujours non avenue au regard de l'article 2243 du Code civil, lorsque le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance ou encore si sa demande est définitivement rejetée. Ces hypothèses de perte de l'effet interruptif étaient déjà prévues par l'ancien article 2247 du Code civil d'où il ressort que les orientations jurisprudentielles antérieures à la réforme de la prescription civile devraient en toute vraisemblance perdurer. Ainsi, l'effet interruptif devrait être maintenu malgré un désistement d'instance, lorsqu'il a été annoncé que l'action devrait faire l'objet d'une reprise ultérieurement. À propos du rejet définitif de la demande, il empêche l'interruption du délai peu importe qu'il relève d'un moyen de fond ou d'un moyen de forme<sup>455</sup>, de même qu'il importe peu qu'il émane du juge des référés ou d'une juridiction du fond<sup>456</sup>. Pour ce qui est de la péremption d'instance, la Cour de cassation

---

<sup>451</sup> Art. 117 CPC : « *Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :*

*Le défaut de capacité d'ester en justice ;*

*Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;*

*Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice ».*

<sup>452</sup> Il a par exemple été jugé que, s'agissant des actions de copropriété, l'effet interruptif est subordonné à l'existence d'un pouvoir du syndic pour agir en justice. Cass. Civ. 3, 16 déc. 2014, n° 13-24.230.

<sup>453</sup> Cass. Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 14-25.318, P. Pour la solution antérieure à la réforme de la prescription civile, sur la perte de l'effet interruptif pour un vice de forme : Cass. Civ. 3, 23 oct. 2002, n° 01-00.206, *Bull. civ.* III, n° 207. Sur la perte de l'effet interruptif par la nullité de l'acte de saisine pour vice de fond, solution antérieure à la réforme de la prescription civile : Cass. Civ. 3, 18 févr. 2004, n° 02-12.205, *RDI* 2004, p. 198, Ph. Malinvaud.

<sup>454</sup> Cass. Civ. 3, 26 févr. 1986, n° 84-15.080, *JCP G* 1986, IV, 128. – Ass. plén., 24 nov. 2006, n° 04-18.610, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 11.

<sup>455</sup> Cass. Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-12.430.

<sup>456</sup> Cass. Civ. 3, 7 janv. 1997, n° 94-21.205.



a admis que la disparition de l'effet interruptif résultant de la péremption d'une instance au fond ne s'étend pas à une instance distincte en référé l'ayant précédée, de ce fait la réassignation au fond moins de 10 ans après l'interruption de la prescription décennale par l'assignation en référé est valable<sup>457</sup>.

Par ailleurs, la question de l'incidence de la caducité de l'assignation s'est posée puisque l'article 2243 du Code civil ne l'intègre pas dans la liste des événements conduisant à observer l'interruption comme non avenue. La difficulté s'était déjà présentée sous l'empire de l'article 2247 ancien du Code civil qui ne mentionnait pas la caducité au titre des causes empêchant l'interruption. L'assemblée plénière de la Cour de cassation allant à l'encontre de la lettre du texte décidait qu'une : « assignation dont la caducité a été constatée n'a pu interrompre le cours de la prescription ; dès lors, lorsqu'une seconde assignation est délivrée hors du délai légal, l'action se trouve prescrite ». Il est à penser que cette solution soit maintenue dans la mesure où l'assemblée plénière retenait que la caducité de l'assignation faisait obstacle à l'interruption bien que l'article 2247 d'alors ne le prévoyait pas, tout comme l'actuel article 2243 n'en fait pas davantage état. Des auteurs se sont interrogés sur l'interprétation que l'on peut faire du silence de la loi du 17 juin 2008, dont « on ne sait s'il faut ou non l'interpréter comme un désaveu de la jurisprudence » de la Haute juridiction<sup>458</sup>.

**102. Conclusions formulant une demande reconventionnelle** – À l'assignation sont assimilées les conclusions reconventionnelles qui correspondent par exemple à la situation dans laquelle l'entrepreneur assigne le maître de l'ouvrage en paiement et que celui-ci lui oppose les vices de la construction en formulant une demande. La jurisprudence admet donc naturellement que les demandes reconventionnelles soient interruptives du délai décennal<sup>459</sup>. Il en va de même en ce qui concerne la demande de « donné acte » – par laquelle une partie demande au juge de constater une situation – lorsque cette demande a pour effet de contester l'opportunité d'un appel et vise à confirmer le dispositif d'une ordonnance favorable<sup>460</sup>. Dans le même ordre d'idée, il a été admis qu'en s'opposant à la demande en rétractation de l'ordonnance rendue à sa requête, une partie forme bien une demande en justice contre celui qu'elle veut empêcher de prescrire<sup>461</sup>.

---

<sup>457</sup> Cass. Civ. 3, 6 mai 2003, n° 00-20.819, *Bull. civ.* III, n° 97.

<sup>458</sup> L. Miniato, La loi du 17 juin 2008 rend-elle caduque la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ?, *D.* 2008, Chron. 2952. – Ph. Malinvaud, Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption des délais, *RDI* 2010, p. 105.

<sup>459</sup> Cass. Civ. 3, 20 mars 2002, n° 99-11.745, *Bull. civ.* III, n°69.

<sup>460</sup> Cass. Civ. 3, 16 juin 2016, n° 15-16.469.

<sup>461</sup> Cass. Civ. 3, 14 déc. 2011, n° 10-25.178, *Bull. civ.* III, n° 214, *Constr.- Urb.* 2012, 32, obs. Pagès de Varenne.

**103. Assignation en référé** – La jurisprudence considérait sous l’empire de l’ancien article 2244 du Code civil, que l’action en référé n’interrompait pas le cours des prescriptions peu important que celles-ci relèvent du droit commun ou des garanties légales des constructeurs<sup>462</sup>. La loi Badinter du 5 juillet 1985<sup>463</sup> a mis fin à cette solution en modifiant l’article 2244 du Code civil devenu aujourd’hui l’article 2241 qui prévoit : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion* ». À l’assignation en référé, l’article 2244 ajoute comme cause d’interruption le commandement de payer ou la saisie signifiés à celui que l’on veut empêcher de prescrire.

Le législateur a – une fois n’est pas coutume en matière de délais – très précisément indiqué que l’action en référé est bien une cause d’interruption aux délais de forclusions d’où il suit que le délai de la garantie décennale peut être interrompu par une action en référé. La précision ne s’est toutefois pas étendue à la question de l’assignation en référé visant à obtenir une mesure d’instruction, en particulier une expertise. L’assignation en référé pose une difficulté majeure en ce qu’elle est à la fois interruptive au sens de l’article 2241 du Code civil, mais qu’elle peut aussi être considérée comme suspensive au regard de l’article 2239 du même code<sup>464</sup>. On peut ajouter à cela l’implication de l’article 2220 du Code civil qui pour rappel, prévoit que les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires, concernés par les règles de la prescription extinctive. Certains auteurs se sont interrogés sur la position de la jurisprudence concernant ce qu’ils estimaient n’être qu’un « oubli » du législateur qui par erreur, n’a pas étendu l’application de l’article 2239 aux délais de forclusion<sup>465</sup>. Les juridictions du fond ont cependant perpétué la confusion en faisant une application combinée des articles 2241 et 2239 du Code civil. Elles ont retenu d’une part, que le délai était interrompu par l’assignation en référé-expertise, emportant un nouveau délai de même durée que le premier à compter de l’ordonnance désignant l’expert, mais d’autre part, que le point de départ de ce nouveau délai est reporté, au jour du dépôt du rapport d’expertise, appliquant ainsi la suspension. L’intervention de la Cour de cassation a finalement permis de mettre fin à cette application quelque peu ésotérique des articles précités. Celle-ci a clairement établi dans un arrêt de la troisième chambre civile du 3 juin 2015<sup>466</sup> que l’article 2220 du Code civil faisait

---

<sup>462</sup> Cass. Civ. 3, 24 juin 1987, n° 86-10.221. – Cass. Civ. 3, 27 mars 1991, n° 89-17.015. – Cass. Civ. 3, 7 oct. 1998, n° 96-14.029. – Cass. Civ. 3, 28 févr. 2001, n° 97-20.883.

<sup>463</sup> Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l’amélioration de la situation des victimes d’accidents de la circulation et à l’accélération des procédures d’indemnisation ;

<sup>464</sup> S. Bertolaso, Le contentieux des désordres de construction à l’épreuve de l’article 2239 du Code civil, *Constr.-Urb.* 2012, étude 4, spéc. n° 10.

<sup>465</sup> Ph. Malinvaud, Les difficultés d’application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l’interruption des délais, *RDI* 2010, p. 105.

<sup>466</sup> Cass. Civ. 3, 3 juin 2015, n° 14-15.796, *Bull. civ.* III n° 55, *RDI* 2015, p. 400, obs. S. Becqué-Ickowicz.

obstacle à ce que l'article 2239 du même code soit applicable aux délais de forclusion. La même chambre a décidé un an plus tard que « *la suspension de la prescription n'est pas applicable au délai de forclusion de la garantie décennale* »<sup>467</sup>.

### *B) Les effets de l'interruption causée par le maître de l'ouvrage*

**104. L'étendue des effets** – De longue date, la Cour de cassation retient qu'il ne peut y avoir d'effet interruptif de prescription qu'à l'égard de la personne qui a été effectivement assignée, si bien que la citation en justice « *doit être adressée à celui qu'on veut empêcher de prescrire* ». Cette position était déjà établie sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme de la prescription, et a été maintenue par la troisième chambre civile qui continue à faire application du principe de l'effet relatif de l'interruption civile, suivant lequel l'interruption ne bénéficie qu'à celui dont elle émane dans son rapport avec celui contre qui il agit<sup>468</sup>. En revanche, ce principe connaît une exception qui devrait vraisemblablement persister et qui relève des dispositions de l'article 1792-4 du Code civil, qui consacrent la responsabilité solidaire du fabricant d'EPERS. La Haute juridiction, combinant l'ancien article 1206 du Code civil et l'article 1792-4 du même code, décidait que l'assignation du locateur d'ouvrage interrompait le délai pour agir contre le fabricant dans la mesure où les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompait la prescription à l'égard de tous. Cette solution ne devrait pas changer sous l'empire des dispositions de l'article 1313 du Code civil, issues de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>469</sup>.

Cet effet relatif de prescription trouve un certain nombre d'atténuations parmi lesquelles se trouve le cas particulier de la modification de la mission d'expertise. Il est en effet admis par la Cour de cassation que : « *Toute décision judiciaire apportant une modification quelconque à une mission d'expertise ordonnée par une précédente décision a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard de celles appelées uniquement*

---

<sup>467</sup> Cass. Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 15-24.289, *Constr.-Urb.* 2017, comm. 9, M.-L. Pagès-de-Varenne. – Cass. Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-15.833, *Constr.-Urb.* 2019, comm. 132, M.-L. Pagès-de-Varenne.

<sup>468</sup> Cass. Civ. 3, 29 oct. 2015, n° 14-24.771. – Cass. Civ. 3, 29 oct. 2015, n° 14-24.771. – Cass. Civ. 3, 16 juin 2016, n° 14-22.380. – Cass. Civ. 3, 16 nov. 2017, n° 16-11.052, *Constr.-Urb.* 2018, comm. 8, obs. M.-L. Pagès-de-Varenne. – Cass. Civ. 3, 21 mars 2019, n° 17-28.021, *Constr.-Urb.* 2019, comm. 63, M.-L. Pagès-de-Varenne ; *RCA* 2019, comm. 177, H. Groutel. – Cass. Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-15.833, *Constr.-Urb.* 2019, comm. 132, M.-L. Pagès-de-Varenne. – Cass. Civ. 3, 19 mars 2020, n° 19-13.459, *JCP G* 2020, 420 ; *LEDA* mai 2020, p. 4, S. Bertolaso.

<sup>469</sup> S. Bertolaso, *Construction, garanties légales, régime, J.-Cl.*, fasc. 24, 20 mai 2020, spéc. n° 79.

à la procédure initiale, et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre en litige »<sup>470</sup>. Il convient de coupler cette jurisprudence à une autre position de la Haute cour retenant que : « Les ordonnances de référé rendant communes à d'autres parties les opérations d'expertise ordonnées en référé sont des décisions judiciaires apportant une modification à la mission de l'expert, et ont dès lors un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard de celles appelées uniquement à la procédure initiale »<sup>471</sup>. Ce courant jurisprudentiel doit néanmoins être nuancé puisque la troisième chambre civile a eu l'occasion de préciser ce mécanisme dans un arrêt du 29 octobre 2015<sup>472</sup>. En l'espèce, un maître d'ouvrage agissait en référé-expertise contre l'entrepreneur et son assureur de responsabilité décennale et obtenait la désignation d'un expert. Puis, à l'initiative de l'entrepreneur et de son assureur, les opérations d'expertise ont été étendues à un sous-traitant et son assureur ainsi qu'à l'architecte. Quelques années plus tard, le maître de l'ouvrage assignait l'architecte au fond. La cour d'appel a rejeté la demande parce que plus de dix ans se sont écoulés depuis la réception. Le maître de l'ouvrage soutenait à l'appui de son pourvoi en cassation, que la modification de la mission d'expertise emportait une généralisation de l'interruption du délai à tous les protagonistes. Selon lui donc, l'ordonnance d'extension de l'expertise à l'architecte aurait interrompu le délai de prescription décennale et fait courir un nouveau délai. Cet argument n'a pas obtenu la faveur de la Cour de cassation dans la mesure où ce n'est pas le maître de l'ouvrage qui a mené l'action visant à étendre le champ de l'expertise. Dit autrement, pour que l'effet interruptif puisse jouer à l'égard de toutes les parties, il aurait fallu que le maître de l'ouvrage agisse en référé-expertise contre un premier constructeur ou assimilé, puis, qu'il agisse afin d'étendre l'expertise à un second responsable et ce n'est qu'à cette condition que l'assignation aurait pu être interruptive à l'égard du premier constructeur pour le délai qui courrait à son endroit depuis l'ordonnance de référé le concernant.

Outre l'effet relatif de l'interruption, les assignations au fond ou en référé ainsi que les conclusions valant demande reconventionnelle sont interruptives uniquement pour les désordres qui s'y trouvent très précisément désignés. Ainsi, les juridictions judiciaires ont pu décider que, n'a pas d'effet interruptif une assignation au fond qui soulève l'existence de malfaçons sans préciser leur nature et leur localisation<sup>473</sup>. Néanmoins, comme en matière de

---

<sup>470</sup> Cass. Civ. 1, 27 janv. 2004, n° 01-10.748, Resp. civ. et assur. 2004, comm. 121. – Cass. Civ. 2, 22 oct. 2009, n° 08-19.840, RCA 2010, comm. 30. – Cass. Civ. 2, 10 nov. 2009, n° 08-19.371, RCA 2010, comm. 30 H. Groutel.

<sup>471</sup> Cass. Civ. 2, 3 sept. 2009, n° 08-18.068, RCA 2009, comm. 340, H. Groutel.

<sup>472</sup> Cass. Civ. 3, 29 oct. 2015, n° 14-24.771, RCA n° 1, janv. 2016, comm. 6, H. Groutel. – Solution réaffirmée : Cass. Civ. 3, 21 mars 2019, n° 17-28.021, P.

<sup>473</sup> Cass. Civ. 3, 4 juil. 1993, n° 89-11.092, Bull. civ. III, n° 164. – Encore, Cass. Civ. 3, 16 mars 1994, n° 91-19.139.

reconnaissance de responsabilité, l'interruption joue pour les conséquences futures des désordres dénoncés<sup>474</sup>. Certains auteurs observent une évolution de la jurisprudence quant à l'appréciation de la précision requise des désordres dans l'assignation, ils font remarquer que les juges admettent aujourd'hui plus facilement qu'une désignation assez large des désordres est suffisante<sup>475</sup>.

En un sens voisin, la jurisprudence n'exige pas que le plaideur vise dès l'origine le fondement juridique adéquat. Un arrêt du 22 juillet 1998 retenait à cet égard que le demandeur pouvait invoquer la garantie décennale postérieurement à l'expiration du délai légal alors même que l'assignation visait initialement le dol<sup>476</sup>.

**105. Durée et point de départ de l'interruption** – Classiquement, l'interruption a pour effet d'ouvrir au maître de l'ouvrage un nouveau délai, d'une durée identique à celui qui a été interrompu, soit dix années s'agissant de la garantie décennale. L'article 2231 du Code civil prévoit en effet précisément que : « *L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* ». Quelques précisions sont toutefois à apporter selon que l'on se trouve en présence d'une action au fond ou en référé, notamment du point de vue de l'évènement marquant le départ du nouveau délai.

S'agissant de l'assignation au fond, son effet interruptif se prolonge pendant la durée de l'instance, jusqu'à ce que le litige trouve une solution définitive<sup>477</sup>. Le nouvel article 2242 du Code civil dispose à cet égard que : « *L'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* ». Cela vaut indépendamment de la durée du procès, même si la décision définitive intervient plus de dix ans après l'assignation<sup>478</sup>. A cet égard, la règle prévue par l'article 2232 du Code civil, selon laquelle l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit, ne s'applique pas à l'assignation au fond, pas plus qu'à l'action en référé, conformément au deuxième alinéa de ce même article. Néanmoins, se pose alors la question d'une dissonance d'application de ce texte entre les diverses causes d'interruption du délai décennal. En effet, l'interruption par la reconnaissance de responsabilité

---

<sup>474</sup> Cass. Civ. 3, 18 nov. 1992, n° 91.12.797, *Bull. civ.* III, n° 297.

<sup>475</sup> Ph. Malinvaud et B. Boubli, *RDI* 1990, n° 87. – Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz action, spéc. n° 475.231.

<sup>476</sup> Cass. Civ. 3, 22 juil. 1998, n° 97-10.816. – Cass. Civ. 3, 26 juin 2002, n° 00-21.638, *Bull. civ.* III, n° 149, *RDI* 2002, p. 419, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>477</sup> V. *Infra* n° 143 – Cass. Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055, *Bull. civ.* III, n° 118, *RDI* 1994. 663, obs. Ph. Malinvaud, B. Boubli. ; *JCP* 1994, IV, n° 1991, p. 261. ; *RGAT* 1994, 1186, obs. J-P. Karila. – Cass. Civ. 2, 19 juin 2008, n° 07-15.343, *Bull. civ.* II, n° 143, *Constr.-urb.* 2008, comm. 144, obs. M.-L. Pagès-de Varenne.

<sup>478</sup> Cass. Civ. 3, 10 juil. 1996, n° 94-19.500, *RDI* 1996. 578, obs. Ph. Malinvaud, B. Boubli.

du débiteur semble bien pouvoir être soumise à cette disposition ce qui dénote une certaine incohérence.

S'agissant de l'assignation en référé envisagée dans le cadre d'une mesure d'instruction ou bien dans le cadre d'une allocation provision, il était admis sous l'empire de la loi ancienne que l'instance prenait fin, non pas à la date de remise du rapport d'expertise, mais à la date de l'ordonnance allouant la provision ou prescrivant la mesure d'instruction. Cette solution est expressément maintenue par l'article 2241 nouveau du Code civil concernant le référé-provision. La jurisprudence la maintient également pour le référé-expertise, d'autant plus qu'elle a, pour rappel, écarté l'application de la suspension à ce référé<sup>479</sup>. Ainsi, par un arrêt du 10 mars 2016, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une cour d'appel en soutenant que celle-ci a : « *retenu exactement qu'un nouveau délai de dix ans avait commencé à courir à compter de l'ordonnance désignant l'expert de sorte que l'action introduite au fond dans ce délai était recevable* »<sup>480</sup>. En revanche, de manière générale, lorsque le juge des référés rejette une demande en raison de son caractère sérieusement contestable, cette décision équivaut à un rejet de la demande et l'interruption est non avenue<sup>481</sup>. Ainsi, comme en matière d'assignation au fond, l'action en référé perd son effet interruptif par l'un des motifs cités à l'article 2243 du Code civil, à savoir le désistement de la demande par le demandeur, la péremption d'instance et le rejet de la demande.

**106. Propos conclusifs** – L'action menée par le maître de l'ouvrage destinée à interrompre le délai décennal est encadrée par les règles classiques de procédure civile, auxquelles les juges ont apporté des nuances et précisions justifiées par la spécificité de la matière. L'importance du travail jurisprudentiel en la matière se manifeste très clairement à propos de l'assignation en référé qui est certes, expressément élevée au rang des causes interruptives par le législateur, mais pour laquelle ce dernier n'a pas poussé la précision jusqu'au point de savoir si l'action en référé était de nature à suspendre le délai de la garantie légale. La Cour de cassation a donc une fois encore, endossé son rôle de relayeur dans cette course des délais, et a clairement indiqué que l'assignation en référé n'entraînait pas une suspension, seule l'interruption est encourue. Par ailleurs, l'intérêt et la qualité à agir sont indispensables pour que l'action en garantie décennale soit valablement introduite de même que

---

<sup>479</sup> *Supra* n° 103.

<sup>480</sup> Cass. Civ. 3, 10 mars 2016, n° 14-20.736. – Cass. Civ. 3, 11 mai 1994, n° 92-19.747, *Bull. civ.* III, n° 90. – Cass. Civ. 3, 5 nov. 1997, n° 95-21.653. – Cass. Civ. 3, 18 juin 2003, n° 96-22.340, *RDI* 2003, p. 467, note Ph. Malinvaud.

<sup>481</sup> Cass. Civ. 1, 27 févr 1996, n° 93-21.436, *Bull. civ.* I, n° 111.

l'assignation, qu'elle soit au fond ou en référé, doit désigner très précisément le locateur d'ouvrage contre lequel est intentée l'action. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de cassation de retenir l'existence d'un intérêt à agir de l'assureur dommages-ouvrage avant subrogation. Dans le même ordre d'idées, la généralisation de l'effet interruptif dans le cadre d'une modification de la mission d'expertise a été admis par la Cour de cassation, tout en étant précisément encadrée. La condition de la précision des désordres dans l'assignation semble quant à elle, être appréciée de façon de plus en plus libérale par les juges. Les conditions procédurales semblent ainsi relatives, d'autant plus que la Cour de cassation, a précisé que l'article 2241 alinéa 2 du Code civil ne distinguant pas entre le vice de forme et l'irrégularité de fond, l'assignation conserve son effet interruptif même si elle est atteinte d'un vice de fond.

Aussi, l'interruption a pour effet d'ouvrir au maître de l'ouvrage un nouveau délai, d'une durée identique à celui qui a été interrompu. L'effet interruptif se prolonge pendant la durée de l'instance, jusqu'à ce que le litige trouve une solution définitive. Du point de vue de l'action en référé, l'instance prend fin à compter de l'ordonnance allouant la provision ou instituant une mesure d'instruction.





## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

**107.** L'absence de définition textuelle du mécanisme de la forclusion permettant de le distinguer de celui de la prescription agit nécessairement sur la détermination de la nature du délai décennal. Un passage en revue de la jurisprudence et de la doctrine permet de conclure à une dimension hybride de ce délai, compris à la fois comme un délai de forclusion par son caractère punitif, presque comminatoire, et un délai de prescription par son caractère probatoire. Le délai décennal est ainsi entendu comme un délai d'épreuve de l'ouvrage, une période durant laquelle sont vérifiées la solidité et la conformité à la destination de l'ouvrage. Il est également compris comme un délai d'action correspondant à la période durant laquelle le maître de l'ouvrage est tenu de faire valoir son droit. Il ressort de l'analyse faite du délai décennal, que forclusion et prescription ne s'excluent pas nécessairement l'une l'autre malgré le degré de sévérité respectif qui diffère. Toutefois, afin d'éviter toute incohérence de traitement du délai légal, et d'assurer la sécurité juridique de chacune des parties, il apparaît indispensable que le législateur matérialise le régime partiellement prétorien du délai décennal par une disposition complémentaire dont nous avons proposé un exemple. Le jeu de la règle générale supportant des exceptions permet dans ce cas précis une transcription des solutions jurisprudentielles, lesquelles démontraient jusqu'à présent un certain équilibre dont la pérennité n'est pas assurée comme en témoigne un très récent arrêt.

Par ailleurs, bien que le délai de la responsabilité décennale soit de forclusion, il fait l'objet de deux causes d'interruption distinctes, l'une prévue par les textes, l'assignation en justice ; l'autre jusqu'à présent appliquée par la jurisprudence, la reconnaissance de responsabilité par le débiteur de la garantie. S'agissant de cette dernière, elle émane du constructeur et constitue en quelque sorte un aveu de sa responsabilité. Cet aveu engage son auteur, c'est pourquoi la jurisprudence veille à ce qu'il soit dépourvu de tout équivoque. Les solutions en la matière sont variables et relèvent de l'appréciation souveraine des juges. Du point de vue du maître de l'ouvrage, il peut naturellement lui aussi déclencher l'interruption du délai de la garantie légale à travers une assignation au fond ou bien en référé. L'une et l'autre de ces actions fait l'objet d'une application « sur mesure » des principes procéduraux que la jurisprudence adapte à la particularité du délai décennal.



## **CHAPITRE II : LE TRAITEMENT DE L'APPARITION EFFECTIVE DU DESORDRE**

**108.** Nous avons observé que le mécanisme du préjudice futur tel qu'il existe en droit commun a été appliqué au dommage futur de construction. A cet égard, la condition de la certitude de l'intervention du désordre permet en principe de le réparer avant qu'il ne se matérialise. Toutefois, la spécificité du délai décennal de nature préfix conduit à s'interroger sur la prise en compte du moment de la réalisation effective du désordre. En effet, si la condition de la certitude de l'aggravation du dommage doit impérativement être remplie, se pose la question de savoir si le dommage aggravé doit apparaître dans le strict délai décennal, ou s'il est envisageable de réparer un désordre qui n'interviendrait dans toute sa force que postérieurement au délai décennal. Sur ce point, la jurisprudence a longtemps hésité avant d'affirmer avec clarté que seul le dommage dont on sait avec certitude qu'il se produira à l'intérieur du délai d'épreuve peut être réparé (**Section 1**). Si tel n'est pas le cas, la réparation sur le fondement de la garantie décennale est exclue mais tout espoir d'indemnisation n'est pas perdu pour le maître de l'ouvrage (**Section 2**).

### ***Section 1 : Les circonvolutions jurisprudentielles quant à la détermination du moment de réalisation du désordre***

**109.** Comme nous l'avons précédemment souligné, l'expert joue un rôle central dans la détermination de la certitude du dommage futur mais il lui revient aussi de définir le moment où le désordre interviendra. À cet égard, la jurisprudence est passée d'une position assez libérale admettant la réparation d'un désordre qui apparaîtra avec certitude dans un « futur proche » (§1), à une solution plus rigoureuse puisque désormais, seul le désordre dont on sait qu'il interviendra avec certitude à l'intérieur du délai décennal est susceptible d'être réparé (§2). Se pose alors légitimement la question de la réalité pratique de la théorie du dommage futur, du moins pour ce qui est du désordre de construction dans la mesure où il est peu fréquent que l'expert puisse déterminer avec certitude le moment précis où interviendra le dommage.

## §1 L'ancienne solution libérale quant à la détermination du moment de réalisation du désordre

**110. Notion** – Rappelons que la situation du dommage futur correspond à celle dans laquelle, l'ouvrage présente des anomalies qui, à défaut de répondre à la gravité de l'article 1792 du Code civil, font présumer qu'elles s'aggraveront de façon certaine dans un délai prévisible, jusqu'à atteindre la gravité requise par la garantie décennale. Le dommage futur est donc celui qui s'aggrave en intensité. Il ne s'agit que de l'application au dommage de construction, d'un principe antérieurement dégagé par la jurisprudence puisque la Chambre des requêtes décidait déjà que « *s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme susceptible d'estimation immédiate* »<sup>482</sup>. Depuis longtemps la troisième chambre civile juge que « *la garantie décennale couvre les conséquences futures des désordres résultant de vices, dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie* »<sup>483</sup>. Ainsi en a-t-il été décidé à propos de fissures dans les façades risquant de devenir génératrices d'humidité à l'intérieur d'une clinique<sup>484</sup>. Il n'est donc pas indispensable d'apporter la preuve d'une matérialité actuelle d'un désordre grave, pourvu qu'il soit établi que cette matérialité interviendra dans les années à venir. Des auteurs soulignent même avec pertinence que les anomalies primitives ne méritent pas la qualification de désordres puisque la gravité n'est pas encore accomplie, elles ne correspondraient qu'à des « *risques certains de désordre* »<sup>485</sup>. Il reste à savoir si la réalisation effective du dommage est circonscrite à l'intérieur du délai d'épreuve ou si au contraire, l'apparition du dommage transgressant le délai initial est envisageable.

**111. Libéralisme apparent** – Dans un premier temps, la jurisprudence a semblé faire preuve de souplesse en admettant que le dommage futur puisse être réparé, pourvu qu'il soit démontré qu'il interviendrait avec certitude dans un avenir prévisible. Ainsi, plusieurs arrêts retenaient la garantie légale pour des dommages qui rendaient l'ouvrage impropre à sa destination après le délai de dix ans. En ce sens, à propos de la détérioration de tuiles, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont relevé que la totalité des tuiles s'écaillerait à

---

<sup>482</sup> *Supra* n° 53.

<sup>483</sup> Cass. Civ. 3, 3 déc. 1985, n° 84-13.375, *Bull. civ.* III, n° 159.

<sup>484</sup> Cass. Civ. 3, 27 janv. 1981, n° 79-15.320, *Bull. civ.* III, n° 20.

<sup>485</sup> *Supra* n° 55.

plus ou moins brève échéance et qu'il faudrait procéder à leur remplacement. L'anomalie du matériau rendait l'immeuble impropre à sa destination et entraînait pour le maître de l'ouvrage un dommage certain et déterminable, dont les juges du fond ont, selon la Cour de cassation, souverainement apprécié les modalités de réparation en condamnant l'entrepreneur à remplacer la totalité de la couverture<sup>486</sup>. La même solution a été retenue pour des fissurations sur la toiture qui allaient produire, de façon certaine, des infiltrations, ou encore à propos de la désagrégation de panneaux supportant les bardeaux qui affectaient les panneaux dans leur solidité, nécessitant leur remplacement<sup>487</sup>.

Mais c'est un arrêt du 16 mai 2001 qui a suscité un grand nombre de commentaires de la doctrine<sup>488</sup>. En l'espèce, dans un grand ensemble pavillonnaire, deux sortes de désordres ont été relevés : d'une part, les couvertures des pavillons étaient touchées par la défaillance des liteaux, des noues et le dysfonctionnement des raccordements de souches ; d'autre part, les regards d'évacuation d'eau étaient soit absents soit inaccessibles. La Cour d'appel avait, par deux arrêts du 25 janvier 1999, rejeté la demande de chacun des deux syndicats de copropriétaires parties à l'instance, en considérant que le délai d'épreuve de dix ans était expiré à la date d'apparition des désordres. La troisième chambre civile de la Cour de cassation prononçait la cassation de ces deux arrêts en soulevant pour la première catégorie de désordres que « *les vices, dénoncés dans le délai décennal, avaient, au cours de ce délai, entraîné des infiltrations dans un certain nombre de pavillons* ». S'agissant de l'absence ou de l'inaccessibilité des regards des réseaux d'évacuation des eaux usées, la Haute juridiction retenait que la cour d'appel n'avait pas constaté que « *le préjudice futur résultant de l'impossibilité d'entretenir le réseau n'était qu'éventuel, alors que la garantie décennale couvre les conséquences futures des désordres dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie* ». De façon encore plus révélatrice, il a été décidé dans une autre espèce que la responsabilité décennale devait s'appliquer pour la réparation de désordres affectant des pierres de façade 20 ans après leur réception<sup>489</sup>.

Ce faisant, de nombreuses décisions retenaient la mise en œuvre de la garantie décennale pour des désordres qui apparaissaient postérieurement à l'expiration du délai décennal. On peut aisément penser que les juges étaient animés par la volonté d'assurer l'indemnisation des

---

<sup>486</sup> Cass. Civ. 3, 7 janv. 1981, *Gaz.Pal.* 1981, pan. jurispr. p. 147 ; *JCP G* n° 20, 14 Mai 2003, II 10077, comm. O. Guérin.

<sup>487</sup> Cass. Civ. 3, 17 avr. 1991, n° 89-16.478, *Gaz.Pal.*, 6 nov 1991, p. 174. – Cass. Civ. 3, 26 janvier 1993, n° 91- 12.231.

<sup>488</sup> Cass. Civ. 3, 16 mai 2001, n° 99-15.062, *Bull. civ.* III, n° 62, *RDI* 2001, p. 387 ; *D.* 2002, Jur. p. 833, note J.- P. Karila.

<sup>489</sup> Cass. Civ. 3, 11 mai 2000, n° 98-17.179, *Bull. civ.* III n° 103, *D.* 2000, p. 174.

maîtres d'ouvrage non seulement au titre des préjudices subis mais aussi au titre de ceux devant être subis par ceux-ci. Cette solution était donc très favorable à la victime qui bénéficiait alors d'un assouplissement du caractère préfix du délai décennal. Il est au demeurant probable que les écueils que nous avons soulevés concernant la caractérisation du délai de forclusion ne soient pas étrangers à cette transgression du délai initial. Certains auteurs dénonçaient à cet égard une application démesurée de la théorie du préjudice futur puisqu'en pratique, la réparation pourrait intervenir non seulement plus de dix ans après le délai d'épreuve de dix ans suivant la réception, et même plusieurs années après la prolongation dudit délai par suite des conséquences de l'interruption<sup>490</sup>.

**112. Une jurisprudence contradictoire** – Pour autant, il faut dire qu'à cette même époque, la souplesse de la jurisprudence sur ce point n'était qu'apparente dans la mesure où, d'autres décisions tout aussi nombreuses, démontraient une certaine sévérité. La contradiction des solutions était édifiante quant aux difficultés de la jurisprudence à appliquer la garantie décennale à des désordres qui évoluent dans le temps<sup>491</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 19 juin 1996, la Cour de cassation censurait la décision d'une Cour d'appel qui avait, bien postérieurement à l'expiration du délai de la garantie décennale, néanmoins accordé l'indemnisation de dommages qui n'étaient ni nés, ni actuels, sur le fondement de la garantie décennale, au motif que l'évolution des désordres « *conduira à court terme, sauf remise en état, à des dégradations importantes des éléments constructifs et qu'il s'agit de désordres certains et inéluctables à brève échéance, qui ouvrent droit à garantie* ». La Cour de cassation s'était prononcée 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 le texte susvisé (1792 du Code civil)* »<sup>492</sup>. Dans une autre espèce, qui concernait des « *malfaçons affectant directement l'isolation thermique et indirectement le gros œuvre du bâtiment, non susceptibles de mettre le bâtiment en péril mais de le rendre à long terme impropre à sa destination* », la Haute juridiction a de la même manière cassé l'arrêt d'appel, au visa de l'article 1792, suivant le motif que les juges auraient dû « *rechercher si l'impropriété à destination s'était manifestée dans le délai décennal* »<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> J.-P. Karila, Garantie décennale et désordres futurs. Nature de la responsabilité engagée en cas de désordres affectant des peintures à fonction esthétique, *D.* 2002 p.833.

<sup>491</sup> G. Liet-Veaux, *JCP G* n°7, 11 févr. 2004, doct. 110.

<sup>492</sup> Arrêt « *Plottier* », Cass. Civ. 3, 19 juin 1996, n° 94-17.497, *Bull. civ.* III, n° 149, p. 96, *RDI* 1996 p.592, obs. G. Leguay.

<sup>493</sup> Cass. Civ. 3, 7 juin 2001, n° 97-17.407, *RDI* 2001, p. 387. – Cass. Civ. 3, 23 oct. 2002, n°00-19.538, *Gaz.Pal.*, 22 nov. 2003, n° 326.

**113. Quelques zones neutres** – D’autres arrêts en revanche, ne tranchaient ni dans un sens ni dans l’autre mais, par des formulations pour le moins obscures, venaient troubler les commentateurs de la matière. Tel est le cas d’un arrêt du 25 septembre 2002 dont la problématique relevait d’une poutre fissurée pour laquelle l’expert avait déterminé qu’en cas de progression de l’anomalie, il pourrait y avoir une flexion de la poutre et en conséquence, du plancher lui-même<sup>494</sup>. Le demandeur a été débouté par la cour d’appel dans la mesure où cette progression n’était pas précisément démontrée. Le pourvoi a été rejeté en ces termes : « *la cour d’appel, qui a souverainement retenu que le désordre ne compromettrait pas la solidité de l’ouvrage dans l’immédiat ni, de façon certaine, pour le futur et ne rendait pas l’ensemble de l’ouvrage impropre à sa destination, en a exactement déduit qu’il ne relevait pas de la garantie décennale* ». Monsieur MALINVAUD s’interrogeait sur la réelle portée de cette décision et se demandait s’il fallait comprendre que, pour relever de la garantie décennale, il suffit que le désordre compromette la solidité de l’ouvrage « *dans l’immédiat ou, de façon certaine pour le futur* », même si ce futur nous reporte au-delà de dix ans<sup>495</sup>.

**114. Propos conclusifs** – L’ensemble des décisions que l’on a observées témoigne des contradictions de la jurisprudence qui, tantôt retenait la réparation du désordre intervenant après l’expiration du délai initial, tantôt la rejetait. La fluctuation des décisions est telle, qu’il n’est pas envisageable de dégager une tendance jurisprudentielle plutôt qu’une autre. Cette confusion généralisée devait s’arrêter afin d’assurer la sécurité juridique de l’ensemble des parties. Une position claire de la Cour suprême était donc attendue, il reste à savoir si cette dernière sera disposée à franchir le Rubicon dans un sens ou dans l’autre. En effet, il ne peut y avoir de situation intermédiaire, soit la prise en compte du désordre futur au titre de la garantie décennale est possible même après l’expiration du délai initial de dix ans, soit elle ne l’est pas.

## §2 La solution actuellement restrictive de la détermination du moment de réalisation du désordre

**115. L’éclaircie** – La Cour de cassation a posé avec force le principe selon lequel les dommages ne présentant pas encore la gravité requise par l’article 1792 du Code civil, ne pourront pas être réparés au titre de la garantie décennale, s’il n’est pas certain qu’ils revêtiront

---

<sup>494</sup> Cass. Civ. 3, 25 sept. 2002, n° 00-21.614, *Gaz.Pal*, 10 déc. 2002, n° 344.

<sup>495</sup> Ph. Malinvaud, *Dommmages futurs, ou en est-on ?*, *RDI* 2003, p. 87.

cette gravité à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception<sup>496</sup>. Une série de quatre décisions a ainsi attiré l'attention des commentateurs qui y voient à très juste titre la clarification de la position de la Haute juridiction, sans pour autant que cette solution désormais constante, ne soit exempte de critiques<sup>497</sup>. Tout d'abord, dans un arrêt du 3 décembre 2002 et dans l'un des trois arrêts notoires en la matière du 29 janvier 2003, la Cour de cassation exclut la prise en compte de dommages futurs dans la mesure où, les désordres ne revêtaient pas dans le délai décennal la gravité requise par l'article 1792 du Code civil<sup>498</sup>.

Dans la première espèce, la Cour de cassation censurait l'arrêt de la cour d'appel dans lequel il était question de coulures de mastic, caractérisées comme des désordres de nature décennale par cette dernière, suivant le motif que « *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* ». Dans la seconde espèce, la position de la Cour de cassation était exprimée de façon moins directe dans ce qui est un arrêt de rejet. Il s'agissait de désordres affectant le ravalement d'un immeuble qui consistaient dans une rétention d'eau en façade qui « *n'équivalait pas à pénétration ou infiltration d'eau dans les pièces* » et pour lesquels l'arrêt d'appel avait écarté l'application de la garantie décennale au motif que les désordres ne revêtaient pas la gravité requise et que « *l'impropriété à plus ou moins long terme de l'immeuble à sa destination n'était pas démontrée* ».

Par ailleurs, dans deux autres arrêts rendus eux aussi le 29 janvier 2003, la Cour de cassation approuve clairement les juges du fond ayant retenu l'application de la garantie décennale au motif que les désordres revêtaient avec certitude la gravité de l'article 1792 du Code civil avant le terme du délai de dix ans<sup>499</sup>. Il ressort des décisions rendues par la Cour de cassation, que celle-ci a finalement tranché en faveur d'une solution restreignant l'accès à la garantie décennale pour des désordres qui ne se manifesteront dans toute leur ampleur qu'au-

---

<sup>496</sup> J.-F. Péricaud, L'aggravation des désordres affectant le bâtiment construit ou rénové, *Gaz.Pal.*, 25 oct. 2007, n° 298, p.3.

<sup>497</sup> Au-delà de ces quatre arrêts, de nombreuses autres décisions rendues la même année convergent toutes dans le même sens : Cass. Civ. 3, 21 mai 2003, n° 01-17.484, *Bull. civ.* III, n° 106, *RDI* 2003, p. 353. - Cass. Civ. 3, 8 oct. 2003, n° 01-17.868, *Bull. civ.* III, n° 168. - Cass. Civ. 3, 28 oct 2003, n° 02-15.124. - Cass. Civ. 3, 16 déc. 2003, 00-21.282.

<sup>498</sup> Respectivement : Cass. Civ. 3, 3 déc. 2002, n° 01-13.855 – Cass. Civ. 3, 29 janv. 2003, n° 00-21.091, *Gaz.Pal.*, 22 nov. 2003, n° 326.

<sup>499</sup> Cass. Civ. 3, 29 janv. 2003, n° 01-13.034 et n° 01-14.698, *RDI* 2003 p.185, obs. Ph. Malinvaud.



delà du délai décennal initial<sup>500</sup>. Cette position a le mérite de mettre à l'abri le constructeur d'une responsabilité à rallonge puisqu'en pratique, la solution inverse, plus libérale, permettait par l'effet de l'interruption, de prendre un compte un désordre qui n'interviendrait qu'une vingtaine d'années plus tard. Néanmoins, des auteurs se sont interrogés sur les conséquences d'un parti pris aussi restrictif que celui-ci et se demandaient plus précisément si la Cour suprême n'avait pas tout simplement sonné le glas du dommage futur<sup>501</sup>. En effet, s'il est déjà très audacieux de tenter de caractériser la certitude d'une aggravation du dommage notamment grâce à l'expertise, il est presque chimérique de penser que l'on puisse prédire avec exactitude le moment où interviendra effectivement le « dommage légal »<sup>502</sup>. Nonobstant ces réserves, la solution dégagée par la jurisprudence au début des années 2000 est maintenue.

**116. Solution constante** – De façon désormais régulière, sont censurés les juges du fond qui accordent le bénéfice de la garantie décennale pour des désordres qui à terme, seront décennaux, sans faire la démonstration que ce terme arrivera avant la fin du délai de dix ans suivant la réception<sup>503</sup>. Les exemples en ce sens sont nombreux et les formulations de la Haute juridiction ne contiennent plus aucune équivoque. Ainsi, dans une espèce relative à des fissurations en façade et à l'affaissement du dallage constatés par l'expert, les juges du fond avaient statué après l'expiration du délai décennal en soutenant que « *si ces désordres ne portaient pas atteinte à la solidité de l'ouvrage, ils le rendaient impropre à sa destination puisqu'ils entraînaient « un risque d'infiltration par les fissurations, un risque d'affaissement important du dallage, susceptible d'entraîner celui des sols, cloisons et plafonds, ainsi qu'une rupture des canalisations sous le dallage et une difficulté de fermeture des baies extérieures, et ce quand bien même Monsieur (...) ne fait pas aujourd'hui état d'une aggravation des désordres constatés* ». La Cour de cassation censurait sans détour cette décision en ces termes : « *Qu'en statuant ainsi, sans constater que ces désordres étaient de nature à porter atteinte, avant l'expiration du délai de garantie décennale, à la destination de l'ouvrage, la cour d'appel n'a*

---

<sup>500</sup> Le Conseil d'État n'adhère pas à la solution restrictive retenue par la Cour de cassation. La Haute juridiction administrative fait en effet preuve d'une plus grande souplesse en admettant la mise en œuvre de la garantie décennale pour les dommages qui atteindront la gravité requise dans un « délai prévisible ». Un arrêt du 31 mai 2010 est significatif de cette divergence entre les deux juridictions suprêmes puisque le Conseil d'État retenait que « Les dommages apparus dans le délai d'épreuve de 10 ans de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent la responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie décennale, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans », CE, 31 mai 2010, n° 317006, *C<sup>ne</sup> de Parnes*, *AJDA* 2010.1118. ; *RDI* 2010 p. 454, obs. B. Delaunay ; *CMP* 2010, n° 8-9, p.23, note J.-P. Pietrila.

<sup>501</sup> Monsieur Malinvaud s'exprimait sur ce point en ces termes : « *la Cour de cassation, ne vient-elle pas de prononcer le requiem pour dommages futurs ?* », *RDI* 2003, p. 185, « Dommages futurs : l'éclaircie ? ».

<sup>502</sup> G. Liet-Veaux, Responsabilité décennale des constructeurs, *JCP G* n°7, 11 févr. 2004, doct. 110.

<sup>503</sup> Cass. Civ. 3, 4 mars 2021, n°19-20.280, *BJDA* n° 74, mars 2021, comm. 10, J. Miel.

*pas donné de base légale à sa décision de ce chef*»<sup>504</sup>. Par ailleurs, les décisions rendues par la Cour de cassation impliquent le même degré d'exigence qu'il s'agisse d'une atteinte à la solidité de l'ouvrage ou bien d'une atteinte à sa destination.

Certaines décisions ponctuelles ont toutefois été source d'interrogation sans pour autant qu'on puisse en déduire un abandon de la position de la jurisprudence établie par les arrêts de 2003. Ainsi en est-il d'un arrêt du 18 juin 2008, au cours duquel la Haute juridiction a semblé faire prévaloir un critère dont la présence dans les arrêts est longtemps passée inaperçue, celui du « *processus de dégradation irréversible du dommage* »<sup>505</sup>. Dans cette espèce, il était question de désordres affectant un complexe d'isolation et d'étanchéité. D'un point de vue technique, il s'agissait d'un complexe composé de plaques de polystyrène sur lesquelles étaient appliqués un enduit et une couche de peinture, complexe dont l'enduit s'était dégradé, au point que l'eau passait entre le polystyrène et le mur support. Un désordre esthétique était certes avéré, mais un risque important de décollement des plaques et de la pénétration de l'humidité à l'intérieur des murs était tout aussi envisagé. La Cour de cassation a considéré que, les désordres allégués, bien que constituant un préjudice esthétique, présentaient un « *processus de dégradation largement entamé* » justifiant la mise en œuvre des articles 1792 et suivants du Code civil. Une décision similaire a été rendue à propos de désordres affectant les terrasses extérieures d'une maison que l'expert avait attribués au sous-dosage en béton<sup>506</sup>. Il concluait à une menace globale sur la pérennité de l'ensemble de l'ouvrage compte-tenu de la mauvaise qualité du béton utilisé pour tout l'ouvrage, mais il n'y avait pas encore à ce stade de désordre portant effectivement atteinte à la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination. Sur le fondement des articles 1792 et 2270 du Code civil, l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé l'application de la garantie décennale est cassé au motif : « *qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la cause certaine de la pérennité de l'ensemble de la structure de l'immeuble relevée par l'expert judiciaire en raison du sous-dosage généralisé en ciment du béton ne constituait pas en elle-même un dommage certain portant atteinte à la solidité de l'ouvrage et le rendait impropre à sa destination, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Malgré l'absence de référence directe à un « processus de dégradation », les deux arrêts sont similaires en ce qu'ils s'éloignent d'une considération ciblée sur la manifestation physique

---

<sup>504</sup> Cass. Civ. 3, 31 janv. 2007, n° 05-19.340, *RDI* 2007, p. 162, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>505</sup> Cass. Civ. 3, 18 juin 2008, n° 07-12.977, *Bull. civ* III, n° 106, *Constr.-Urb.* N° 9, sept. 2008, comm. 143., M.-L. Pagès de Varenne.

<sup>506</sup> Cass. Civ. 3, 19 nov. 2008, n° 07-17.549, *Constr. – Urb.* n° 1, Janvier 2009, comm. 13., M.-L. Pagès de Varenne.

du dommage, pour s'attarder sur les défaillances dans la qualité du travail effectué ou du matériau utilisé, dont il résulte nécessairement une aggravation du désordre. Madame PAGÈS DE VARENNE analysant les conséquences de ces arrêts, se demandait s'il fallait y percevoir un assouplissement des conditions posées par les arrêts de 2003<sup>507</sup>. Il semble difficile de donner une telle portée à ces décisions ponctuelles, imprécises et peu réitérées, mais elles laissent en effet une porte entrouverte à la réparation d'une certaine catégorie de désordres, ceux qui résultent d'un processus de dégradation irréversible<sup>508</sup>. D'ailleurs, ce caractère irréversible est quelque part l'un des éléments qui justifiait déjà une souplesse propre à certaines situations comme le non-respect des règles parasismiques ou encore le risque d'atteinte à la sécurité<sup>509</sup>.

**117. Les circonstances neutralisant la rigueur de la solution** – La jurisprudence tend à admettre que certains risques constituent en eux-mêmes des dommages réparables. Cela est conforme à l'esprit de la loi de 1978 qui est venue développer un arsenal destiné à prémunir le maître de l'ouvrage contre un immeuble de mauvaise qualité n'impliquant pas nécessairement l'effondrement ou le risque d'effondrement de l'ouvrage<sup>510</sup>. De manière classique, une distinction est opérée entre les risques certains autrement appelés les « risques préjudiciables », qui ouvrent droit à la garantie décennale, et les risques simplement hypothétiques qui ne le permettent pas. Ainsi, la condition de la réalisation du dommage à l'intérieur du délai décennal est absorbée par la violation d'une norme de sécurité. Madame DURAND-PASQUIER expliquait de façon éminemment pertinente que si une norme a été imposée, c'est précisément pour éviter un danger. « *Par suite, le fait de ne pas se conformer à ladite norme présume l'existence d'un danger. Le risque est donc avéré. Et dans la mesure où c'est ce risque qui constitue un dommage, ce qui compte pour engager la décennale est que ce risque, et non un effondrement, soit avéré dans les dix ans suivant la réception* »<sup>511</sup>.

S'il fallait citer un arrêt illustrant cette absorption, celui du 11 mai 2011 serait particulièrement évocateur. L'espèce était relative à la découverte après réception de la non-conformité d'une maison aux règles parasismiques pourtant obligatoires dans la région concernée. Or, censurant la décision des juges du fond, la Haute Juridiction retenait que « *le dommage consistant dans la non-conformité d'un ouvrage aux règles parasismiques*

---

<sup>507</sup> M.-L. Pagès de Varenne, Désordres affectant un complexe d'isolation et d'étanchéité : ouvrage et processus de dégradation évolutif, *Constr.-Urb.* N° 9, sept. 2008, comm. 143.

<sup>508</sup> On peut signaler un récent arrêt similaire bien qu'il ne reprenne pas expressément la formulation de « *processus de dégradation irréversible* » : Civ. 3<sup>e</sup>, 17 Septembre 2020, n° 19-16.142.

<sup>509</sup> *Supra* n°42 s.

<sup>510</sup> *Supra* n° 36.

<sup>511</sup> G. Durand-Pasquier, Réflexions sur le régime de responsabilité des constructeurs en cas de violation d'une norme, *RDI* 2012, p. 192.

*obligatoires [...], facteur certain de risque de perte par séisme, compromet sa solidité et la rend impropre à sa destination* »<sup>512</sup>. Cet arrêt s'inscrivait alors dans un courant prétorien axé sur le non-respect des normes de sécurité puisqu'un arrêt de la Cour de cassation avait déjà tranché dans le même sens pour ce qui est de la violation d'une norme incendie<sup>513</sup>. Les juges du fond ne dérogeaient pas à ce courant comme en témoigne la décision de la cour d'appel de Paris ayant jugé que l'absence d'un sas, pourtant imposé par les normes de sécurité, constituait un « *dommage portant atteinte à la destination de l'ouvrage par les risques qu'il fait courir à la sécurité des occupants* »<sup>514</sup>. Bien qu'il semble que la Cour de cassation pose une « dérogation » aux règles du dommage futur qu'elle a elle-même dégagées, on ne saurait y voir pour autant que toute non-conformité à une norme de sécurité emporte *de jure* la responsabilité décennale des constructeurs. Certains arrêts ont en effet pu exiger qu'une violation grave des normes de sécurité est requise pour engager la responsabilité décennale des constructeurs. Les juges portent parfois une attention particulière à l'ampleur des non-conformités, à la gravité de la transgression aux normes. Ainsi, dans un arrêt du 7 octobre 2009, la Cour de cassation avait, certes, mis en œuvre la garantie décennale du fait de la violation d'une norme parasismique, mais seulement après avoir relevé l'importance de cette violation et les désordres en résultant. La garantie légale avait été retenue « *dès lors que ces défauts étaient multiples* » et « *portaient sur des éléments essentiels de la construction* », lesquels « *pouvaient avoir pour conséquence la perte de l'ouvrage* » et faisaient « *courir un danger important aux personnes* »<sup>515</sup>.

On pourrait penser dès lors, que la non-conformité aux règles de l'art entraînant un risque d'atteinte à la sécurité des personnes, obéirait à la même souplesse. Le cas s'est posé en jurisprudence au sujet du risque d'effondrement d'un mur dont l'élévation n'était pas conforme aux règles de l'art. La seule violation aux règles de l'art dont il résulte un risque d'effondrement suffit-elle, à l'instar de la violation aux règles parasismiques, à engager la garantie décennale ? La Cour de cassation répondait par la négative en exigeant qu'il soit caractérisé que la perte de

---

<sup>512</sup> Cass. Civ. 3., 11 mai 2011, n° 10-11.713, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 2011, p. 405, obs. Ph. Malinvaud. – Solution récemment réaffirmée : Cass. Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-16.986, *RDI* 2019 p. 627, obs. M. Poumarède.

<sup>513</sup> Cass. Civ. 3, 3 juin 1998, *Constr.-Urb.* nov. 1998. n°11. Cass. Civ. 3, 23 mai 2006, *RDI* 2006. 378, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>514</sup> Paris, 20 avr. 2000, *AJDI* 2000. 641.— *RDI* 2000., p.575, obs. P. Malinvaud.

<sup>515</sup> Cass. Civ. 3, 7 oct. 2009, n° 08-17.620, *Bull. civ.* III n°212, *RDI* 2012 p.192.- Le même raisonnement est applicable en matière de défauts d'implantation des ouvrages. Là également la Cour de cassation distingue selon le type de risque en présence. En effet, comme l'a rappelé un arrêt du 6 mai 2009, la mauvaise implantation ne suffit pas à elle seule à engager la responsabilité décennale. Le risque de démolition ou d'inondation n'est alors qu'hypothétique et ne peut être assimilé à un dommage. Toutefois, si l'erreur d'implantation vient à placer la maison en zone inondable, alors il y a un risque avéré d'inondation qui justifie la mobilisation de la garantie décennale. Cass. Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-14.505, *Bull. civ.* III, n° 99, *D.* 2009. 1418 ; *RDI* 2009. 426, obs. P. Malinvaud

l'ouvrage interviendrait dans le délai décennal<sup>516</sup>. On aurait pu croire que la dangerosité de la situation conduise la Haute cour à se positionner comme elle a pu le faire pour la non-conformité aux règles parasismiques, mais la solution est compréhensible du double point de vue de l'intensité du risque et de l'importance de la norme enfreinte. Comme nous l'avons soulevé, s'agissant de la violation des normes de sécurité, la certitude du risque prévaut sur la certitude de l'intervention du désordre dans le délai décennal. Cette certitude du risque sera fonction de la nature et de l'objectif poursuivi par la norme qui n'a pas été respectée. Or, en l'espèce, la nature de la règle de l'art violée conduisait l'expert à ne soulever qu'un risque hypothétique et non pas un risque certain.

**118. Propos conclusifs** – Après une longue période d'incertitude, la jurisprudence judiciaire a finalement tranché en faveur d'une solution fermant l'accès à la garantie décennale aux désordres dont on ne sait avec certitude, qu'ils atteindront la gravité légale à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception. Le désordre doit donc désormais impérativement s'aggraver à l'intérieur du délai légal pour qu'une anticipation de la réparation puisse intervenir. Cela devrait satisfaire les critiques hostiles à la prise en compte du dommage futur au titre de la garantie légale, procédant de ce qu'il était « *anormal que la garantie décennale avec sa présomption de responsabilité puisse être mise en œuvre alors que les conditions n'en sont pas encore réalisées* »<sup>517</sup>. À l'inverse, on peut légitimement s'interroger sur la survie du dommage futur de construction dont la mise en œuvre est réduite à peau de chagrin, tant la probabilité que l'expert accepte d'endosser le rôle de médium est faible. Si la solution a le mérite de préserver le constructeur d'une responsabilité décennale à rallonge et par la même, de recouvrer le sens originaire de la responsabilité de dix ans, elle est moins protectrice pour le maître de l'ouvrage qui subit le caractère aléatoire de la progression du désordre. En effet, comme le soulignait Monsieur GUÉRIN, exclure la garantie des désordres futurs « *conduirait à faire dépendre la réparation d'éléments aléatoires : l'exposition aux intempéries qui peut provoquer plus ou moins rapidement des infiltrations dans une toiture, ou, (...) la rapidité de progression des termites, alors que, dans de tels cas, le dommage lui-même, mais non toute sa gravité, s'est révélé dans le délai de dix ans* »<sup>518</sup>. Nous pensons à cet égard que les décisions ponctuelles de la Cour de cassation déployant la notion de « *processus de dégradation irréversible du dommage* » permettent de façon ciblée, de contourner la rigueur de la solution générale sans

---

<sup>516</sup> Cass. Civ. 3, 23 oct. 2013, n° 12-24.201, *Bull. civ.* III, n° 133, *RDI* 2014, p. 49. obs. Ph. Malinvaud. – Cass. Civ. 3, 20 avr. 2017, n° 16-11.724, *RDI* 2017 p.300, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>517</sup> Ph. Malinvaud et B. Boubli, *Fissurations intérieures et extérieures graves*, *RDI* 1983, p. 455.

<sup>518</sup> O. Guérin, *Les désordres futurs en matière de garantie décennale*, *JCP G* n° 20, 14 Mai 2003, II 10077.

pour autant la combattre. Par ailleurs, il reste que dans certaines hypothèses, la jurisprudence fait preuve d'une souplesse justifiée par la nécessité de protéger avec vigueur le maître de l'ouvrage compte tenu de la dangerosité de la situation. Tel est le cas d'un risque d'atteinte à la sécurité des personnes ou encore en matière de règles parasismiques.

## ***Section 2 : Les conséquences de l'absence de réalisation du désordre durant le délai décennal***

**119.** La question qui se pose est de savoir si le maître de l'ouvrage perd tout espoir de réparation des désordres apparus postérieurement à la réception, qui n'entrent pas dans le champ de la garantie décennale à défaut de revêtir la gravité requise, pas plus qu'ils n'entrent dans la catégorie des désordres « biennaux », à défaut d'affecter les éléments d'équipement dissociables. Au secours du maître de l'ouvrage, se trouvent les dommages intermédiaires qui sont une création jurisprudentielle permettant de soumettre à la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée, des désordres affectant une construction, bien qu'ils ne remplissent pas les conditions indispensables à la mise en jeu de la garantie décennale ou de la garantie de bon fonctionnement (§1). Toujours à la faveur du droit commun, une faute dolosive du constructeur pourrait permettre à la victime, sous certaines conditions, de s'affranchir de la forclusion décennale afin d'obtenir une indemnisation (§2).

### **§1 La théorie des dommages intermédiaires palliant l'absence de gravité décennale dans le délai**

**120. Aux origines de la théorie des dommages intermédiaires** – Il paraît contradictoire d'attribuer à la réception le rôle de couperet par lequel il est mis fin au contrat d'entreprise et dans le même temps, admettre que la responsabilité contractuelle du constructeur puisse jouer postérieurement à la réception. C'est d'ailleurs principalement autour de cet argument que la doctrine réfutait au XIX<sup>e</sup> siècle l'existence d'une responsabilité contractuelle post-réception. À l'époque, l'article 1792 du Code civil prévoyait que les architectes et entrepreneurs étaient responsables de la perte, même partielle ou résultant d'un vice du sol, des édifices qu'ils avaient faits durant dix ans. La doctrine d'antan, soutenait donc qu'en dehors de l'hypothèse de la perte de l'édifice, la réception des travaux mettait un terme à la responsabilité

contractuelle des constructeurs, celle des articles 1146 et suivants anciens du Code civil. Seule la garantie décennale, déclenchée par l'acte volontaire de réception déployait sa protection postérieurement à ce dernier. Plus tard, un arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1946 avait clairement affirmé cela s'agissant de vices affectant des menus travaux, lesquels n'étaient pas soumis à la garantie décennale de l'article 1792 : « *La responsabilité de droit commun qui pesait en ce cas sur l'entrepreneur était éteinte par la réception* »<sup>519</sup>. Cependant, l'idée que la réception n'impliquait pas une acceptation inconditionnelle de l'ouvrage mais qu'au contraire, elle n'emportait pas dans son sillage les désordres cachés à la réception, s'est progressivement développée. Il en résulte donc que pour ces vices cachés, la responsabilité contractuelle du constructeur doit pouvoir être engagée. La jurisprudence a elle-même adhéré à cette vision en acceptant de réparer les dommages exclus du bénéfice des garanties légales, au titre d'une nouvelle catégorie de désordres, dits « intermédiaires ». La Cour de cassation avait ainsi instauré le principe de l'existence des dommages intermédiaires dans un arrêt rendu sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 4 janvier 1978 en ces termes : « (...) *la cour d'appel, qui a relevé que les malfaçons litigieuses, relatives aux gros ouvrages, n'affectaient pas la solidité de la maison et ne la rendaient pas impropre à sa destination, a exactement énoncé que le constructeur ne pouvait donc en être présumé responsable sur le fondement de la garantie décennale de l'article 1792 du Code civil, et que le maître de l'ouvrage disposait dès lors d'une action en responsabilité contractuelle contre cet architecte à condition de démontrer sa faute* ».<sup>520</sup> Cette solution a été maintenue après l'intervention de la loi du 4 janvier 1978 dans l'arrêt « *Enec* » du 22 mars 1995. Il avait alors été jugé que, nonobstant la garantie de parfait achèvement, des désordres non apparents à la réception, ne concernant pas des éléments d'équipement relevant de la garantie de bon fonctionnement et ne portant pas atteinte à la solidité ou à la destination de l'ouvrage, relevaient bien de la responsabilité de droit commun pour faute prouvée<sup>521</sup>.

L'enjeu majeur à cette époque résidait dans la différence entre la prescription décennale et la prescription trentenaire de droit commun. En effet, si le dommage était de nature décennale, le maître de l'ouvrage voyait son action forclosée à l'expiration des dix ans suivant

---

<sup>519</sup> M. Faure-Abbad, Responsabilité des constructeurs et des vendeurs pour les désordres intermédiaires : unité ou diversité ?, *RDI* 2013 p.456.

<sup>520</sup> Cass. Civ. 3, 10 juill. 1978, n° 77-12.595, *Bull. civ.* III, n° 285.

<sup>521</sup> Cass. Civ. 3, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ.* III, n° 80, *JCP G* 1995, II, 22416, J. Fossereau ; *JCP G* 1995, I, 3893, n° 31, G. Viney ; *JCP N* 1995, 1089, J. Fossereau ; *RDI* 1995, p. 333, note Ph. Malinvaud ; *Gaz. Pal.* 1996, I, 13, note B. Boubli. – Dans le même sens : Cass. Civ. 3, 4 juin 2009, n° 08-13.239, *Bull. civ.* III, n° 130 ; Defrénois 2010, p. 229, note H. Périnet-Marquet ; *RDI* 2009, p. 474, note O. Tournafond. – Cass. Civ. 3, 11 mai 2004, n° 02-16.569, *RDI* 2004, p. 383, note Ph. Malinvaud. – Cass. Civ. 3, 16 avr. 2013, n° 12-18.230, *Constr.-Urb.* 2013, comm. 88, M.-L. Pagès-de-Varenne.

la réception, mais s'il était qualifié d'intermédiaire, l'action en droit commun lui était ouverte durant trente ans. L'expiration du délai de la garantie légale n'empêchait donc pas le demandeur d'opter pour une autre stratégie judiciaire portant sur la responsabilité contractuelle de droit commun. De nos jours, et depuis la réforme du 17 juin 2008, cette objection n'est plus de rigueur puisque celle-ci a institué l'article 1792-4-3 du Code civil par lequel le législateur, suivant l'œuvre jurisprudentielle, harmonisait la durée de la responsabilité des constructeurs post-réception sur le temps de la garantie décennale<sup>522</sup>. En revanche, à l'heure actuelle, un certain intérêt demeure pour le maître de l'ouvrage puisque l'action en responsabilité contractuelle de droit commun ne porte pas de considération à la gravité du dommage mais nécessite simplement que soit démontrée une violation au contrat. La responsabilité contractuelle de droit commun post-réception est donc soumise par la jurisprudence à un régime de faute prouvée. Ainsi, le domaine de la responsabilité contractuelle de droit commun embrasse un champ plus large que celui de la garantie décennale puisqu'elle peut être engagée sans qu'un dommage de nature spécifique ne soit exigé. On peut citer quelques exemples non exhaustifs de cas ayant relevé de la catégorie des dommages intermédiaires tels que des fissures inesthétiques affectant un carrelage<sup>523</sup>, des coulures d'un revêtement d'étanchéité<sup>524</sup>, des infiltrations à l'origine d'inondations occasionnelles d'un parking<sup>525</sup>, ou encore des cloquages des sous-faces des plafonds de terrasses<sup>526</sup>. Plus largement, le maître de l'ouvrage poursuivant la réparation de son dommage sur le terrain de la responsabilité décennale, a tout intérêt à viser la responsabilité contractuelle de droit commun à titre subsidiaire.

**121. Régime de la responsabilité pour des désordres intermédiaires** – Dès l'arrêt du 10 juillet 1978<sup>527</sup> qui constitue la première pierre à l'édifice des désordres intermédiaires, la Cour de cassation a expressément conditionné la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs à l'existence d'une faute prouvée. Cette condition a fait réagir la doctrine qui s'interrogeait sur les raisons justifiant une divergence de traitement entre les désordres découverts en cours de chantier et ceux qui se sont révélés postérieurement à la réception sans qu'ils ne puissent relever des garanties légales. En effet, alors que les premiers ne commandaient pas que le maître de l'ouvrage établisse la faute de l'entrepreneur, les seconds

---

<sup>522</sup> Sur ce point : C. Ponce, Le délai décennal en droit de la construction à l'heure du bilan, *Constr.-Urb.* n° 6, juin 2008, étude 7.

<sup>523</sup> Cass. Civ. 3, 9 déc. 1998, n° 97-13.416, *RDI* 1999, p. 106, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>524</sup> Cass. Civ. 3, 9 févr. 2000, n° 98-13.931, *RCA* 2000, comm. 157.

<sup>525</sup> Cass. Civ. 3, 16 avr. 2013, n° 12-18.230, *Constr.-Urb.* 2013, comm. 88, M.-L. Pagès de Varenne.

<sup>526</sup> Cass. Civ. 3, 11 juin 2014, n° 13-16.334.

<sup>527</sup> M. Faure-Abbad, Responsabilité des constructeurs et des vendeurs pour les désordres intermédiaires : unité ou diversité ?, préc.



eux, exigeaient de ce dernier qu'il démontre l'existence d'une inexécution ou d'une exécution défectueuse du contrat. Cela s'expliquerait par la nature de l'obligation qui, lorsqu'elle est placée durant la période de chantier, est de résultat, mais qui se mue en obligation de moyens après la réception. Or, dans les deux cas, il s'agit bien de rechercher la responsabilité contractuelle du débiteur. On comprend mal que l'intensité de l'obligation soit modifiée par la survenance de la réception, dans la mesure où avant comme après cette dernière, une mauvaise exécution du contrat est dénoncée. Certains auteurs faisaient valoir que « *la nécessité de démontrer la faute en matière de dommages intermédiaires, si elle procède d'une certaine protection du constructeur, ne relève pas d'un raisonnement logique* »<sup>528</sup>.

Madame FAURE-ABBAD rappelle à cet égard que, bien que la Cour de cassation n'ait pas explicitement employé la notion d'obligation de moyen, la référence qu'elle fait à la nécessité d'une « *faute prouvée* », y fait clairement référence et permet de surcroît, de distinguer les dommages intermédiaires de ceux qui relèvent des garanties légales. Elle ajoute par ailleurs qu'en tout état de cause, même si la nature de la démonstration du manquement diffère dans son degré, l'obligation de moyen comme celle de résultat, impose toujours que soit rapportée la preuve de l'inexécution d'une obligation lorsqu'on agit sur le terrain des articles 1147 et suivants du Code civil. Simplement, cette preuve est facilitée sur le terrain de l'obligation de résultat dans laquelle une fois prouvées l'existence et l'étendue de l'obligation de fournir un résultat donné, l'absence de ce résultat prouve à elle seule l'inexécution<sup>529</sup>. Néanmoins, cela ne suffit pas à justifier la transformation, provoquée par la réception, d'une obligation de résultat en une obligation de moyens. Il conviendrait alors de revenir précisément à la notion de réception afin de comprendre cette différence de traitement. Souvenons-nous que si cette dernière met un terme au contrat de louage d'ouvrage, elle ne purge que les désordres apparents mais non ceux qui sont cachés lorsqu'elle intervient. La réception vaudrait donc acceptation de l'ouvrage par l'acquéreur et ferait présumer que les obligations ont été correctement exécutées. Il s'en suivrait que « *si un désordre apparaît postérieurement à la réception et se trouve hors du champ des garanties, il est donc normal que le constructeur n'en réponde que si le demandeur fait la preuve que ce désordre se rattache bien à l'inexécution d'une obligation contractuelle* »<sup>530</sup>. Cette justification à l'exigence d'une faute prouvée des désordres intermédiaires n'est selon nous que partiellement convaincante et n'explique pas le processus

---

<sup>528</sup> J.-M. Berly, Le recours du maître de l'ouvrage condamné en qualité de vendeur sur le fondement de la théorie des dommages intermédiaires, *Constr.-Urb.* 2001, étude 16.

<sup>529</sup> M. Faure-Abbad, préc.

<sup>530</sup> *Ibid.*

de mutation d'une obligation de résultat à celle de moyen. En tout état de cause, la jurisprudence maintient cet aspect du régime des désordres intermédiaires. S'agissant de la prescription de ce type d'action, la position de la Cour de cassation avant la réforme de la prescription, était naturellement transposable à la responsabilité de droit commun pour dommages intermédiaires, celle-ci décidait : « *l'action en responsabilité contractuelle contre les constructeurs se prescrit par dix ans à compter de la réception de l'ouvrage avec ou sans réserves* »<sup>531</sup>. La loi du 17 juin 2008 a consacré cette solution par l'insertion de l'article 1792-4-3 au sein du Code civil.

Du point de vue des débiteurs de la responsabilité contractuelle au titre des dommages intermédiaires, il apparaît qu'une différence de traitement existe entre l'entrepreneur et l'architecte d'une part, et le vendeur d'immeuble à construire d'autre part. En effet, le régime de responsabilité se révèle moins sévère pour le second qui est soumis à un régime de responsabilité du fait personnel lorsque le premier répond de l'inexécution de ses obligations dont la seule cause étrangère peut l'extirper. Ainsi, alors que les entrepreneurs et architectes répondent des fautes d'exécution, comprenant éventuellement celles de leurs sous-traitants<sup>532</sup>, les vendeurs constructeurs en sont pour leur part déchargés dès lors que ces fautes ne leur sont pas imputables<sup>533</sup>. Il convient en outre de préciser que le vendeur après achèvement d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire, en ce qu'il est lui aussi débiteur de la garantie décennale et de la garantie de bon fonctionnement par application des dispositions de l'article 1792-1 2° du Code civil, peut à son tour voir sa responsabilité contractuelle de droit commun engagée au titre de dommages intermédiaires. Le régime de la charge de la preuve est identique à celui mis en œuvre en cas d'action exercée contre un vendeur d'immeuble à construire, autrement dit, l'acquéreur de l'ouvrage doit démontrer l'existence d'une faute personnelle du vendeur après achèvement<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> Cass. Civ. 3, 16 octobre 2002, 01-10.330, *Bull. civ.* III n° 205.

<sup>532</sup> La Cour de cassation a très clairement affirmé que « *l'entrepreneur principal est responsable, à l'égard du maître de l'ouvrage ou des propriétaires successifs de l'ouvrage, des fautes de ses sous-traitants à l'origine des désordres* », Cass. Civ. 3, 12 juin 2013, n° 11-12.283, *RDI* 2013, p. 438, note Ph. Malinvaud. – Dans le même sens, Cass. Civ. 3, 11 mai 2006, n° 04-20.426, *Bull. civ.* III, n° 119 ; *RDI* 2006, p. 312, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>533</sup> Cass. Civ. 3, 15 févr. 1989, n° 87-17.603, *Bull. civ.* III, n° 38. – Cass. Civ. 3, 4 juin 2009, n° 08-13.239, *Bull. civ.* III, n° 130, Defrénois 2010, p. 229, note H. Périnet-Marquet ; *RDI* 2009, p. 474, note O. Tournafond. – Cass. Civ. 3, 8 sept. 2010, n° 08-22.062, *Bull. civ.* III, n° 148, *Constr.-Urb.* 2010, comm. 142, M.-L. Pagès-de-Varenne ; *RDI* 2010, p. 559, note O. Tournafond – Cass. Civ. 3, 6 oct. 2010, n° 09-66.521, *RCA* 2011, comm. 22. – Cass. Civ. 3, 25 janv. 2011, n° 09-71.821, *RCA* 2011, comm. 148. – Cass. Civ. 3, 13 févr. 2013, n° 11-28.376, *Constr.-Urb.* 2013, comm. 59, M.-L. Pagès-de-Varenne ; *RDI* 2013, p. 329, note O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire. – Cass. Civ. 3, 27 juin 2019, n° 18-14.786, *Constr.-Urb.* 2019, comm. 124, obs. M.-L. Pagès-de-Varenne.

<sup>534</sup> Cass. Civ. 3, 4 nov. 2010, n° 09-12.988, *Constr.-Urb.* 2011, comm. 12, M.-L. Pagès-de-Varenne ; *RDI* 2011, p. 116, note J.-Ph. Tricoire.

**122. Propos conclusifs** – L'exclusion de la garantie décennale et plus largement celle des garanties légales, n'est pas de nature à priver le maître de l'ouvrage de toute possibilité de réparation pour les désordres qu'il constate. Cela est d'autant plus justifié lorsque l'on est en présence d'une faute du locateur d'ouvrage que l'on ne saurait laisser lettre morte. Ainsi, la jurisprudence a donné naissance à une catégorie particulière de dommages dits « intermédiaires » qui ne peuvent pas relever des garanties légales faute d'en présenter les éléments constitutifs, mais pour lesquels la responsabilité contractuelle de droit commun du débiteur visé est envisageable. Pour ces derniers, la Cour de cassation a expressément conditionné la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs à l'existence d'une faute prouvée. Cette exigence d'une faute, que l'on rattache traditionnellement à une obligation de moyen, a interpellé certains auteurs dans la mesure où, en cours de chantier, c'est bien l'existence d'une obligation de résultat qui est encourue et qui ne nécessite donc pas du maître de l'ouvrage qu'il rapporte la preuve d'une faute pour des désordres intervenant dans cette période. Il semblerait que l'intervention de la réception en ce qu'elle purge les désordres apparents soit un élément explicatif, bien qu'il ne suffise pas à lui seul à justifier cette mutation d'une obligation de résultat en une obligation de moyen et corrélativement, cette exigence d'une faute pour un désordre intermédiaire post-réception. Concernant les débiteurs de la responsabilité pour les désordres intermédiaires, les entrepreneurs et architectes répondent des fautes d'exécution, y compris éventuellement celles de leurs sous-traitants, alors que les vendeurs constructeurs et les vendeurs après achèvement eux, en sont pour leur part déchargés dès lors que ces fautes ne leur sont pas imputables.

## §2 Le dol palliant l'absence de gravité dans le délai décennal

**123. Définition spécifique du dol** – La question se pose naturellement de savoir si, en l'absence d'une gravité du dommage à l'intérieur du délai décennal, le demandeur peut tenter de se placer sur le fondement de la responsabilité de droit commun, dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'une faute dolosive ou extérieure au contrat du constructeur. D'emblée, on peut souligner que la faute extérieure au contrat est difficilement envisageable puisqu'elle suppose que le manquement invoqué ne consiste pas dans la violation d'une obligation née d'un contrat, ce qui restreint inévitablement les chances qu'elle soit appliquée au constructeur. Dès lors, seule la faute dolosive semble pouvoir constituer une possibilité d'obtenir réparation en cas d'aggravation du désordre constatée plus de dix ans après réception

de l'ouvrage. La Cour de cassation a très tôt admis cette possibilité en ces termes : « *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* »<sup>535</sup>.

Il reste à savoir si la définition jurisprudentielle générale de la faute dolosive est transposable au droit spécifique de la responsabilité des constructeurs. En cette matière, la notion de dol a subi un durcissement progressif qu'un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 2001 a permis de faire cesser<sup>536</sup>. Dans un premier temps, les décisions retenaient le dol en présence d'une faute volontaire, autrement dit commise délibérément, en pleine connaissance que ces agissements entraîneraient inévitablement des désordres à plus ou moins long terme<sup>537</sup>. Mais peu à peu la jurisprudence s'est adonnée à plus de sévérité en soulevant que « *l'existence d'une faute dolosive suppose non seulement la conscience de la faute, mais encore la volonté de réaliser le dommage* »<sup>538</sup>, ou même l'intention de nuire<sup>539</sup>. De la même manière, avant l'arrêt du 27 juin 2001 précité, la responsabilité du débiteur de la garantie en cas de dol était étonnamment de nature délictuelle. Les arrêts étaient alors rendus au visa de l'article 1382 ancien du Code civil ce qui donnait l'impression que le débiteur avait agi en dehors de tout contrat.

L'arrêt de 2001 va mettre un terme à ce fondement inopportun de même qu'il permettra de revoir la définition de la faute dolosive de nature à engager la responsabilité du constructeur. Les juges du quai de l'horloge décidaient en l'espèce : « *le constructeur, nonobstant la forclusion décennale, est sauf faute extérieure au contrat, contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de sa faute dolosive lorsque, de propos délibéré, même sans intention de nuire, il viole par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles* ». Ainsi, la Cour de cassation place clairement le curseur de la faute dolosive sur le terrain contractuel. Par ailleurs, elle abandonne l'exigence d'une intention de nuire au profit d'une expression du dol plus adaptée au droit de la construction, à savoir la dissimulation d'une violation – parfois délibérée ou en tout état de cause consciente – des obligations contractuelles. Monsieur

---

<sup>535</sup> Cass. Civ. 3, 12 oct. 1994, n° 92-17.428, *Bull. civ.* III, n° 171. La cour de cassation avait auparavant employé une formulation différente en visant les articles 1382 et 1383 du Code civil ou encore la responsabilité quasi-délictuelle Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 1967, n° 64-13.227, *Bull. civ.* I, n° 348. – Cass. Civ. 3, 9 mai 1979, n° 77-15.402.

<sup>536</sup> Cass. Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *Bull. civ.* III, n° 83, *D.* 2001. jur. 2995, concl. J. F. Weber, note J. P. Karila ; *JCP* 2001. II.10626, note P. Malinvaud ; *RDI* 2001 p. 525, obs. P. Malinvaud.

<sup>537</sup> Cass. Civ. 3, 18 déc. 1972, *D.* 1973. 272, note J. Mazeaud – Cass. Civ. 3, 9 mai 1979, *D.* 1979. IR 468.

<sup>538</sup> Cass. Civ. 3, 26 mai 1988, *JCP* 1988. IV. 267 – Cass. Civ. 3, 27 avr. 1994, n° 92-17.658, *RGAT* 1994. 831, obs. H. Périnet-Marquet – Cass. Civ. 3, 7 févr. 2001, n° 99-17.535, *Bull. civ.* III, n° 14, *RDI* 2001, p. 176 obs. P. Malinvaud ; *JCP* 2001. IV. 1571.

<sup>539</sup> Cass. Civ. 1, 18 déc. 1996, n° 95-10.658, *Bull. civ.* I, n° 239, *D.* 1997. Somm. 289, obs. P. Delebecque ; *RDI* 1997 p.243 ; Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd. 2019 Dalloz action, spéc. n°475.262.

MALINVAUD souligne à cet égard deux traits caractéristiques du dol que sont la malfaçon volontaire d'une part et la malfaçon dissimulée d'autre part. S'agissant de la première, l'auteur souligne que la Haute juridiction n'apporte pas de détails quant à ses éléments caractéristiques. Le manquement aux obligations du constructeur doit être volontaire, autrement dit suivant l'énonciation de la Cour de cassation, réalisé de « propos délibéré ». Tel est le cas du dol commis par le constructeur qui savait que ses agissements allaient à l'encontre des règles de l'art d'où il s'en suivait un risque de désordres<sup>540</sup>. La seconde caractéristique attribuée au dol par l'auteur, recouvre la situation dans laquelle le constructeur dissimule l'existence d'une malfaçon dont il est à l'origine afin de tromper le maître de l'ouvrage lors de la réception et durant la période de la garantie légale. La Cour de cassation a décidé dans ce cadre que « *la faute dolosive (...) implique non seulement une faute volontaire pour avoir délibérément failli à leurs obligations contractuelles, mais encore leur volonté de tromper le maître de l'ouvrage en cachant leurs fautes de construction* »<sup>541</sup>. La malfaçon consciente et par la suite dissimulée mérite donc la qualification de dol et permettra au maître de l'ouvrage d'obtenir une réparation malgré l'écoulement du délai décennal. Ces traits spécifiques du dol sont-ils pour autant de nature à exclure la prise en compte de la faute lourde, comme élément caractérisant à son tour le dol du constructeur ? Un arrêt du 8 septembre 2009 semblait indiquer que la gravité des manquements du constructeur était un élément permettant d'engager sa responsabilité pour dol. En l'espèce, la Cour de cassation avait validé la décision de la cour d'appel ayant « *relevé que l'installation de la cheminée dans une maison à ossature bois, réalisée par des personnes ignorant visiblement les règles de l'art en ce qui concerne la notion d'écart au feu, était calamiteuse et manifestement incorrecte (...) et retenu que la société (X) ne pouvait pas ignorer qu'elle prenait un risque de nature à entraîner presque inéluctablement un désordre, tel que celui qui est survenu, la cour d'appel a pu en déduire que la société (X) n'ayant pas pris les précautions élémentaires dans toute construction de cheminée de ce type, avait commis de manière délibérée, une faute dolosive* »<sup>542</sup>. La Cour de cassation retient ici le critère de la gravité de la faute du constructeur et sa connaissance des conséquences qui en résultent. Néanmoins, la portée de cet arrêt n'est pas en mesure de combattre l'exigence alternative selon laquelle le dol est caractérisé lorsque la fraude ou la dissimulation ont dirigé la violation délibérée des obligations contractuelles du constructeurs. De nombreux arrêts postérieurs ont d'ailleurs

---

<sup>540</sup> Cass. Civ. 3, 6 déc. 2005, n° 04-18.643 ; *RDI* 2006 p. 137, obs. P. Malinvaud.

<sup>541</sup> Cass. Civ. 1, 22 oct 1996, n° 94-17.465, *RDI* 1997, p. 87. – Dans le même sens : Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2005, n° 04-14.587, *Bull. civ.* III, n° 137, obs. Ph. Malinvaud. – Cass. Civ. 3, 6 déc. 2005, n° 04-18.643, *RDI* 2006, p. 137, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>542</sup> Cass. Civ. 3, 8 sept. 2009, n° 08-17.336, *Bull. civ.* III, n° 179, *RDI* 2009, p. 599, obs. Ph. Malinvaud.

rappelé cette exigence bien que la réitération de la position de la Cour n'emporte pas l'approbation de toute la doctrine. Ainsi en est-il à propos d'un récent arrêt publié de la troisième chambre civile du 5 janvier 2017<sup>543</sup>, dont le commentaire par Monsieur PÉRINET-MARQUET était titré en ces termes : « *Le dol ou le syndrome assumé de la porte étroite* »<sup>544</sup>. Monsieur KARILA pour sa part s'interrogeait sur l'opportunité pour la Cour de rappeler l'exigence du triptyque composé par la dissimulation, la fraude et la violation consciente de l'obligation contractuelle<sup>545</sup>. Il avance l'hypothèse suivant laquelle le constructeur commettant une faute grave dont il a conscience des conséquences dommageables, violerait délibérément et donc nécessairement par dissimulation, ses obligations contractuelles. Ainsi, une première justification se trouve dans la jurisprudence qui donne des exemples dans lesquels la condition de la dissimulation est induite de la gravité de la faute commise. La seconde justification résiderait dans l'application plus conventionnelle du dol auquel est traditionnellement assimilé la faute grave conformément à l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. Néanmoins, l'auteur nuance dans le même temps son propos en soulignant à juste raison que la nature même du délai de la garantie légale se voulant être un délai de forclusion supporterait mal un accès facilité à la caractérisation de la faute dolosive. En effet, il convient de limiter le risque d'une multiplication des demandes devant les juges du fond, fondées sur l'existence d'une faute dolosive démontrée par sa seule gravité.

**124. L'opportunité pour le maître de l'ouvrage d'emprunter la voie du dol** – À l'époque des faits de l'arrêt précité du 27 juin 2001<sup>546</sup>, la prescription en présence d'une faute dolosive était de trente ans. Ainsi, concernant les désordres imputables au dol du constructeur, le maître de l'ouvrage pouvait en demander la réparation sans se voir opposer l'extinction du délai de l'ancien article 2270 du Code civil. La loi du 17 juin 2008 ayant ramené le délai de droit commun à cinq ans, la question s'est posée de savoir si la prescription des actions pour le dol du constructeur devrait être soumise à ce nouveau délai quinquennal courant à partir du moment où le maître de l'ouvrage a eu ou aurait dû avoir connaissance du désordre. L'interrogation a du sens puisque le point de départ du délai de cinq ans étant glissant, cela pourrait permettre au maître de l'ouvrage d'agir contre le constructeur au comportement dolosif au-delà du délai décennal. Mais il faut parallèlement à cela, soulever que la loi du 17 juin 2008

---

<sup>543</sup> Cass. Civ. 3, 5 janv. 2017, n° 15-22.772, *RDI* 2017, p. 155, obs. Ph. Malinvaud.

<sup>544</sup> H. Périnet-Marquet, *Le dol ou le syndrome assumé de la porte étroite*, *Constr.-Urb.* 2017, n°2, repère 2.

<sup>545</sup> J.-P. Karila, *Faute dolosive du constructeur permettant à la victime de s'affranchir de la forclusion décennale : violation délibérée du constructeur, même sans intention de nuire, par dissimulation ou fraude, de ses obligations contractuelles*, *JCP G*, n° 16, avril 2017, 434.

<sup>546</sup> Cass. Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-21.017, préc.

a dans le même temps enfermée dans le délai de dix ans à compter de la réception – à travers l'article 1792-4-3 du Code civil – toutes les actions en responsabilité contre les constructeurs autres que celles fondées sur la garantie bienno-décennale. Si cette disposition était prise par la jurisprudence en son sens littéral, cela réduirait l'intérêt pour le maître de l'ouvrage de soulever l'existence d'un dol puisque le délai d'action sur le fondement de ce dernier serait circonscrit dans le délai de dix ans. Malgré le manque de clarté des décisions sur ce point, il semblerait que la Haute juridiction ait décidé que le dol engage l'application de la prescription de droit commun et non la forclusion décennale, ce qui est cohérent avec l'impulsion donnée par l'arrêt du 27 juin 2001<sup>547</sup>.

**125. Propos conclusifs** – L'application du concept juridique de dol obéit à des règles spécifiques, adaptées au droit de la construction. La Cour de cassation est désormais claire sur la coloration contractuelle du dol du constructeur, de même qu'elle a avec la même clarté, écarté l'exigence d'une intention de nuire du constructeur. Le dol commis par ce dernier s'apparente alors d'avantage à la fraude ou la dissimulation d'une violation consciente des obligations contractuelles. La Haute juridiction applique ces critères avec une certaine rigueur en refusant par exemple qu'ils soient simplement induits de la gravité de la faute commise. Cette rigidité est souhaitable et conforme à la nature de forclusion du délai décennal, qu'il convient de préserver d'une transgression systématique, fondée sur la seule gravité du comportement dolosif. En effet, malgré l'article 1792-4-3 du Code civil qui enferme dans le délai de dix ans à compter de la réception toutes les actions dirigées contre le constructeur en dehors des actions en garantie bienno-décennale, la Cour de cassation continue d'admettre que le dol entraîne l'application de la prescription de droit commun et non du régime de la forclusion décennale. Autrement dit, l'intérêt pour le maître de l'ouvrage réside dans la possibilité d'obtenir réparation malgré l'extinction du délai de dix ans suivant la réception puisque, le délai de droit commun pour l'action en comportement dolosif est de cinq ans et que ce délai court à partir du moment où le maître de l'ouvrage a eu ou aurait dû avoir connaissance du désordre.

---

<sup>547</sup> Cass. Civ. 3, 27 mars 2013, n°12-13.840, *Bull. civ.* III, n° 39, *D. actu.* 12 avr. 2013, obs. F. Garcia ; *D.* 2013, p. 910 ; *RDI* 2013 p. 373, obs. J.-P. Tricoire.





## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

126. Nous avons observé que la garantie spéciale ne s'applique au dommage futur de construction qu'à la condition que celui-ci soit empreint de la gravité décennale consistant en une atteinte à la solidité de l'ouvrage ou bien à sa destination. Pendant longtemps, la jurisprudence a avancé par tâtonnement sur le point de savoir si cette gravité doit intervenir à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception, ou si l'unique certitude d'une aggravation du désordre dans un avenir indéterminé suffit. L'enjeu est de taille pour le constructeur comme pour le maître de l'ouvrage. Alors que l'un craint que sa responsabilité puisse être engagée malgré l'absence de survenance du dommage à l'expiration du délai initial, l'autre, aspire à ce que le dommage qu'il risque de subir soit réparé qu'importe le moment où il interviendra.

Après une longue période d'incertitude, la jurisprudence judiciaire a finalement tranché en faveur d'une solution fermant l'accès à la garantie décennale aux désordres dont on ne sait avec certitude, s'ils atteindront la gravité légale à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception. Cela réduit nécessairement à peau de chagrin les chances du maître de l'ouvrage d'obtenir une réparation anticipée du dommage futur au titre de la garantie décennale, sans pour autant le priver de toute possibilité d'agir contre le constructeur.



## **CONCLUSION DE TITRE**

127. La décennialisation du désordre suit un processus sévèrement encadré par la jurisprudence. Ainsi, l'application de la garantie à titre préventif n'est envisageable qu'à la condition que le maître de l'ouvrage démontre la certitude de l'aggravation du désordre et que cette aggravation interviendra assurément dans le délai de dix ans suivant la réception.

La période d'incubation du désordre futur doit conduire le maître de l'ouvrage à réagir dès les premiers signaux de détérioration s'il souhaite obtenir une réparation anticipée. En effet, bien que les prémices du désordre soient dépourvues de gravité au moment où le maître de l'ouvrage les soulève, elles ne sont pas pour autant dépourvues d'importance puisque leur dénonciation pourra permettre une mise en œuvre préventive de la garantie décennale.

Si le dommage se déclare à l'intérieur du délai décennal sans que le maître de l'ouvrage n'ait auparavant dénoncé d'anomalie initiale, cela ne pose pas de difficulté puisque ce désordre sera réparé par la garantie légale au titre d'un dommage actuel. En revanche, si le maître de l'ouvrage néglige de dénoncer les premiers signaux du désordre, il prend le risque de laisser s'échapper toute chance de réparation en cas d'aggravation de ces signaux. En effet, même s'il est vrai que la jurisprudence se montre sévère en exigeant que soit démontrée la survenance d'une aggravation à l'intérieur du délai décennal initial, cette sévérité n'est pas synonyme d'une impossibilité absolue d'une telle démonstration. Il s'ensuit que le maître de l'ouvrage a tout intérêt à faire fond sur la possibilité d'une caractérisation de la certitude d'une aggravation dans le délai décennal, d'où il suivrait une interruption du délai initial et la réouverture d'un nouveau délai de même nature pour le désordre concerné, plutôt que d'attendre sa réalisation effective qui pourrait n'intervenir qu'à l'expiration du délai.



## **CONCLUSION PREMIERE PARTIE**

**128.** L'étude du dommage futur de construction est la parfaite démonstration de ce que la jurisprudence ne se contente pas d'interpréter la loi ou de palier son absence de clarté, mais se comporte comme une véritable source conceptrice du droit. Cela peut aisément s'expliquer lorsque l'on observe l'inertie du législateur s'agissant du dommage futur de construction et plus largement de la garantie décennale. En effet, si par moments, le silence peut s'avérer éloquent, celui gardé par le législateur en matière de désordre futur ne conduit qu'à accroître le risque d'insécurité juridique pour l'ensemble des parties. Le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence s'exprime alors avec force en ce domaine. Cette dernière a ainsi développé un régime qui se trouve au confluent de deux corps de règles, le premier issu du droit commun de la responsabilité, le second, propre à la garantie décennale. L'illustration la plus évocatrice de cette hybridation de régime réside dans la transposition même du préjudice futur tel qu'il existe en droit commun, au domaine de la construction. En effet, si le préjudice futur peut être réparé dès lors qu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel, la jurisprudence a, en matière de dommage de construction, déplacé le curseur de la certitude afin de tenir compte de la spécificité de la garantie décennale. La condition de la gravité du désordre de même que le délai de dix ans de la garantie légale, sont ainsi les fondations sur lesquelles est édifié le dommage futur. Le caractère certain de ce dernier porte alors sur l'aggravation d'un mal présent, à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception. Cette exigence d'une certitude renforcée remet en cause la réalité pratique du dommage futur dans la mesure où, malgré l'office de l'expert, il est malaisé de déterminer une fenêtre temporelle précise dans laquelle interviendra l'aggravation effective du désordre.

Pour autant, l'objection n'est pas décisive et dès lors que le caractère certain du dommage futur est constitué aux côtés de l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la garantie décennale, l'anticipation de la réparation est ouverte et le délai initial est interrompu.

À cet égard, l'étude du délai décennal est consubstantielle à celle du dommage futur et là encore, c'est chemin faisant que la jurisprudence s'est efforcée de combler les lacunes du législateur. Nonobstant les efforts de la jurisprudence, la garantie décennale n'échappe pas au capharnaüm qui règne de façon générale sur les délais.

Du point de vue de la nature du décennal tout d'abord, si le constat de son caractère mixte ne satisfait pas l'obsession du juriste à répertorier chaque délai dans l'une ou l'autre des deux grandes catégories que sont la forclusion ou la prescription, il permet néanmoins de trouver le point d'équilibre satisfaisant les intérêts antagonistes du constructeur et du maître de l'ouvrage. Alors que la forclusion permet au premier de se prémunir contre une responsabilité « à rallonge » qui interviendrait malgré une mise à l'épreuve suffisante de l'ouvrage, la prescription permet au second d'espérer la réparation d'un dommage susceptible d'évoluer dans le temps. Néanmoins, du point de vue à présent du régime applicable à cette nature duale, les contradictions sont multiples et résultent tout aussi bien de l'inconstance des solutions jurisprudentielles, que des approximations ou des oublis du législateur. La tentative échouée de ce dernier quant à une clarification des délais de prescription, pas plus que ses réticences à définir le délai de forclusion malgré les sollicitations doctrinales, ne doivent faire perdre de vue l'impérieuse nécessité de consacrer textuellement les solutions prétorienne applicables au délai décennal. En effet l'équilibre résultant de la nature mixte du délai doit être conservé dans la mesure où le pouvoir créateur du juge s'accompagne d'une possible modulation menaçant la pérennité des solutions. La réalité de cette menace s'est vérifiée par un arrêt récent dont la portée interroge, ayant remis en cause que le délai de la garantie légale puisse être interrompu par une reconnaissance de responsabilité du débiteur de la garantie. Dès lors, bien que le législateur soit réfractaire à retoucher le sacro-saint article 1792 du Code civil, des complétives peuvent être apportées à l'article 1792-4-1 du même code. Ce dernier dispose : *« Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article »*. On pourrait envisager l'ajout de deux alinéas qui prévoiraient : *« Les délais de forclusion visés par le présent article sont insusceptibles de suspension ou d'interruption.*

*Par exception aux dispositions de l'alinéa précédent, le délai de la responsabilité décennale peut être interrompu par la cause mentionnée à l'article 2241 du Code civil de même que par la reconnaissance de responsabilité du constructeur »*. Une telle modification aurait pour avantage de consolider les solutions émises par la jurisprudence et d'éclairer sur la nature complexe du délai décennal.

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LA REITERATION DE LA REPARATION A TRAVERS LES DESORDRES EVOLUTIFS LATO SENSU**

**129.** Le désordre futur est par nature celui qui est en passe de revêtir la gravité requise pour le déclenchement de la garantie décennale. Cette mutation du désordre entraîne *de facto* l'idée d'une évolution de la malfaçon. L'esprit général qui gouverne le mécanisme du désordre futur et celui du désordre évolutif est commun, en ce qu'il consiste à prendre en compte au titre de la garantie légale, un désordre qui évolue dans le temps, soit en ce qu'il s'intensifie, soit en ce qu'il se renouvelle. Pour autant, les deux systèmes ne se confondent pas dans la pratique, le désordre futur se distingue aujourd'hui plus clairement qu'hier, du désordre évolutif.

Ce dernier caractérise le mal dont la gravité peut être constatée dès sa dénonciation, il est déjà patent à ce moment-là (**Titre I**). Cette dichotomie entre le désordre futur et le désordre évolutif, de même que le régime juridique attaché à celui-ci sont des créations purement prétoriennes, ce dont il résulte une incertitude quant à leur pérennité. En effet, les influences médiatees ou immédiates sont nombreuses, si bien qu'il serait opportun de sécuriser le mécanisme du désordre évolutif par un encadrement textuel (**Titre II**).

Titre I : L'existence d'un désordre à la décennalité déjà patente

Titre II : Le désordre évolutif : mécanisme sous influence





## **TITRE I**

### **L'EXISTENCE D'UN DESORDRE A LA DECENNALITE DEJA PATENTE**

Le maître de l'ouvrage qui subit un désordre se déplaçant dans le temps, doit être en mesure de pouvoir diriger son action dans la voie la plus judicieuse au regard des caractéristiques de ce désordre. Il doit ainsi pouvoir catégoriser le type de désordre dont il a fait l'observation et conséquemment mettre en œuvre l'action qui y est attachée. Cette démarche ne sera pas des plus aisée compte tenu de la proximité des notions de désordres futurs et de désordres évolutifs (**Chapitre I**). De la même manière, le régime du désordre évolutif est si confus, que le maître de l'ouvrage ne peut que difficilement en appréhender les règles d'application (**Chapitre II**).

Chapitre I : La singularité relative de la notion de dommage évolutif

Chapitre II : La clarté relative du régime applicable au dommage évolutif



## **CHAPITRE I : LA SINGULARITE RELATIVE DE LA NOTION DE DOMMAGE EVOLUTIF**

**130.** Pendant longtemps, doctrine et jurisprudence ont opéré une confusion entre le dommage futur et le dommage évolutif dans la mesure où, tous deux s'inscrivent indiscutablement dans la volonté de prendre en compte l'aggravation d'un désordre. Progressivement, les critères d'identification des deux notions ont été affinés et il convient de les répertorier afin d'en permettre la préservation. En effet, bien qu'ayant désormais une identité propre, trouvée notamment grâce à l'analyse de l'ampleur du désordre lors de sa dénonciation (**Section1**), le risque de confusion est encore possible du fait de l'aggravation du dommage qualifié de futur malgré une première réparation. La question de la mutation d'un désordre futur en un dommage évolutif apparaît alors (**Section2**).

### ***Section 1 : L'ampleur du désordre initialement dénoncé, facteur de distinction du dommage futur et du dommage évolutif***

**131.** Nous avons observé à travers le dommage futur, que la rigueur du délai décennal ne fait pas obstacle à l'application de la garantie légale à une anomalie mouvante affectant l'ouvrage, dès lors qu'elle est assurément destinée à remplir la condition de la gravité requise à l'intérieur dudit délai. Cette souplesse mesurée accordée à la mutation du désordre à travers la notion de dommage futur, se retrouve en matière de dommage évolutif sans pour autant qu'on puisse conclure à une identité des deux concepts. Les critères de distinction sont en effet désormais posés en jurisprudence sur le terrain notionnel (§1), de même que le traitement assurantiel accordé à chaque mécanisme relève d'une logique distincte qui n'est pas sans susciter quelques interrogations particulières en matière de dommage évolutif (§2).

## §1 Critères de la distinction

**132. Une logique commune mais insuffisante à une confusion des deux mécanismes** – Le dommage futur et le dommage évolutif obéissent tous deux à une même logique tenant à la prise en compte de l'aggravation d'un mal subit par l'ouvrage. La confusion semble alors naturelle dans la mesure où un dommage futur est intrinsèquement celui qui évolue, qui empire progressivement. L'évolution dans le temps de la maladie affectant l'immeuble est alors l'élément impulsant la réparation. En poussant cette logique jusqu'à son terme, c'est bien l'enclenchement de garantie décennale qui est recherchée dans les deux cas. Dès lors, l'existence de ces deux mécanismes est justifiée par la gravité du désordre considéré, autrement dit, sa propension à affecter la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination. Aussi, les dommages futurs de même que les dommages évolutifs relèvent de la responsabilité des constructeurs dès lors qu'ils sont dénoncés au cours du délai d'épreuve de dix ans suivant la réception de l'ouvrage. Ils répondent par ailleurs tous deux aux conditions « classiques » de mise en œuvre de la garantie décennale, à savoir l'existence d'un ouvrage affecté d'un désordre suffisamment grave, lequel doit être caché au moment de la réception. Concernant la condition du caractère caché du désordre, contrairement à la loi de 1967<sup>548</sup> qui traitait des vices cachés, la loi de 1978<sup>549</sup> ne fait plus référence à la condition du caractère occulte du désordre. Néanmoins, il était très probable que la jurisprudence maintienne la clandestinité du dommage à la réception, au rang des conditions d'admission de la garantie décennale, tant son ancrage jurisprudentiel était grand. En effet, la survenance de la loi de 1978 ne mentionnant plus la dimension cachée du désordre décennal a mené à quelques hésitations jurisprudentielles qui ne furent finalement que de très courte durée. Dans un arrêt du 23 avril 1986<sup>550</sup>, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel ayant fait application de la garantie décennale à des dommages apparents réservés par le maître de l'ouvrage. Mais très rapidement, la Haute juridiction est revenue sur ses pas en affirmant que la garantie décennale n'est pas applicable aux vices faisant l'objet de réserves à la réception, seule la garantie de parfait achèvement ayant à cet égard vocation à s'appliquer. La Haute juridiction a ensuite réitéré sa position plus clairement en soutenant que la garantie décennale ne pouvait s'appliquer

---

<sup>548</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

<sup>549</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

<sup>550</sup> Cass. Civ. 3, 23 avr. 1986, n° 84-13.997, *Bull. civ.* III, n° 47.

qu'aux vices cachés<sup>551</sup>. La disparition de la notion de désordre caché relève en réalité de la suppression d'une précision devenue inutile au regard de la « normalisation jurisprudentielle » de cette condition. En l'absence de prévision légale, l'appréciation du caractère caché du dommage devrait selon toute vraisemblance dépendre du pouvoir souverain des juges du fond<sup>552</sup>. La Cour de cassation ne pourrait de ce fait opérer aucun contrôle sur les faits, ce qui serait regrettable eu égard à l'importance des effets de la détermination du caractère caché du désordre. Monsieur BORÉ soulignait ainsi qu'un « *contrôle de qualification sur des notions aussi courantes et aussi lourdes de conséquences financières serait utile. Trop de décisions des juges du fond reconnaissent le caractère caché à des vices manifestement apparents et échappent à tout contrôle* »<sup>553</sup>. Toutefois, la dimension cachée du désordre n'échappe pas à l'irrationalité des critères de répartition entre le pouvoir souverain des juges et le contrôle par la Cour de cassation. D'aucuns diraient que la Haute juridiction exerce un contrôle dès lors que le législateur a donné une définition précise, et qu'elle s'abstient de tout contrôle là où le législateur est silencieux. Autrement dit, la qualification qui serait une pure question de fait échapperait au contrôle de la Haute juridiction<sup>554</sup>. Or, en pratique, la frontière entre le droit et le fait est ténue, si bien que le pouvoir souverain des juges du fond supporte des atténuations de même que les points de contrôle de la Cour de cassation en la matière ne répondent en réalité à aucune règle figée. L'appréciation du caractère caché du désordre illustre bien cet imbroglio. En effet, si la Haute juridiction proclame de manière constante la souveraineté du pouvoir d'appréciation des juges du fond en la matière, elle a pu, dans le même temps adopter des positions ambiguës conduisant à penser à un véritable contrôle portant sur cette appréciation. Ainsi, à propos de dégâts des eaux d'une maison dont l'origine résidait dans le montage défectueux d'un écrou ayant entraîné le déboîtement d'un tuyau d'alimentation en eau d'un lavabo, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'article 1792 du Code civil en retenant qu' « *alors qu'elle avait relevé que le desserrage de l'écrou constituait un vice caché qui avait causé une inondation ayant rendu les pièces inhabitables et l'immeuble impropre à sa destination, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1792 du Code civil* »<sup>555</sup>. Par ailleurs, les modalités

---

<sup>551</sup> Cass. Civ. 3, 29 avr. 1987, n° 85-18.647, *Bull. civ.* III n° 89 – Cass. Civ. 3, 26 oct. 1988, n° 87-13.115, *Bull. civ.* III, n° 145.

<sup>552</sup> Cass. Civ. 3 civ., 3 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 577, note Liet-Veaux.

<sup>553</sup> J. Boré : « La cassation en matière civile », cité par E. Nicolas, *Le rôle de la jurisprudence dans la responsabilité des constructeurs*, thèse Toulouse, 1999, n° 423.

<sup>554</sup> Voir en ce sens : Cour de cassation, communication du 2 févr. 2009, « Le pouvoir souverain des juges du fond ».

<sup>555</sup> Cass. Civ. 3, 3 déc. 2002, n° 01-14703, *Constr. – Urb.* n° 5, Mai 2003, p. 125.

d'appréciation du caractère caché du désordre font elles-mêmes l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation. Celle-ci a par exemple décidé que la caractérisation du désordre caché doit toujours se faire par rapport au maître de l'ouvrage lui-même à l'exclusion de tout autre intervenant<sup>556</sup>, ou encore que la charge de la preuve du caractère caché incombe au maître de l'ouvrage<sup>557</sup>.

En tout état de cause, l'ensemble de ces facteurs communs aux désordres futurs et aux désordres évolutifs, à savoir l'intention réparatrice d'un désordre en évolution, répondant dans les deux cas aux conditions de gravité d'un désordre affectant un ouvrage et caché à la réception, expliquent en partie que la jurisprudence n'ait pas toujours clairement exprimé de distinction entre les deux notions<sup>558</sup>.

Par ailleurs, les dommages futurs et les dommages évolutifs ne doivent pas être confondus avec la notion de dommages consécutifs qui relève d'une logique distincte. En effet, les dommages consécutifs sont ceux qui constituent la suite immédiate et directe des dommages que subit l'ouvrage. Ceux-ci ne relèvent pas de l'idée de gravité mais empruntent au principe selon lequel l'accessoire doit suivre le principal<sup>559</sup>. La jurisprudence décide que, même si l'article 1792 du Code civil ne vise que les dommages à l'ouvrage, les dommages consécutifs sont également réparables sur le terrain de la garantie décennale<sup>560</sup>. Cette position s'inscrit parfaitement dans l'application du principe de réparation intégrale au dommage de construction.<sup>561</sup> Les juges ont ainsi accordé à de nombreuses reprises, des indemnités pour trouble de jouissance en sus de la réparation des dommages à l'ouvrage. Au-delà du trouble de jouissance, les dommages consécutifs peuvent revêtir d'autres formes pour lesquelles la

---

<sup>556</sup> Cass. Civ. 3, 31 janv. 2006, n° 05-14.064.

<sup>557</sup> À cet égard le régime de la preuve du désordre caché est encore quelque peu incertain. Ce caractère caché était pendant longtemps présumé de l'absence de réserves à la réception. Si le constructeur établissait que le défaut était apparent au moment de la réception mais qu'il n'a pas fait l'objet de réserves par le maître de l'ouvrage, il se trouvait libéré de sa responsabilité décennale. Cette présomption jurisprudentielle favorable au maître de l'ouvrage a été ébranlée par un arrêt très remarqué de la Cour de cassation en date du 7 juillet 2004 (Cass. Civ. 3, 7 juil. 2004, n° 03-14.166, *Bull. civ.* III n° 142). Plusieurs auteurs dénoncent la dérive que comporte cet arrêt dans lequel il est exigé du maître de l'ouvrage ou de l'acquéreur, qu'il rapporte la preuve du caractère caché des désordres. Nous ne pouvons que corroborer cette critique face à l'impossibilité matérielle pour le maître de l'ouvrage d'apporter la preuve d'un fait négatif. Cet arrêt défie toute logique fondée sur la notion de preuve diabolique largement usitée en droit, permettant de contourner l'impossibilité de prouver un fait qui par nature, échappe à tout moyen de démonstration. Cependant, sa portée est à relativiser dans la mesure où l'acquéreur sur lequel la Cour faisait peser la charge de la preuve du caractère caché était en l'espèce un professionnel, on ne peut déduire l'application de la même solution au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur profane.

<sup>558</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229 ; J.-P. Karila, Garantie décennale et désordres futurs. Nature de la responsabilité engagée en cas de désordres affectant des peintures à fonction esthétique – Jean-Pierre Karila, *D.* 2002 p. 833.

<sup>559</sup> Ph. Malinvaud (*dir.*) *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2018, spéc. n° 473.83.

<sup>560</sup> Ph. Malinvaud, Les dommages consécutifs relèvent de l'article 1792, *RDI* 2002 p. 543.

<sup>561</sup> *Supra* n° 71 s.

jurisprudence donne divers exemples. Il peut s'agir des pertes d'exploitation<sup>562</sup>, des pertes de loyers et frais liés à la poursuite du chantier<sup>563</sup>, ou encore des frais inhérents à la construction d'un ouvrage provisoire<sup>564</sup>. Il convient de préciser qu'en ce domaine, la responsabilité décennale recouvre un domaine plus large que celui de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale. Non seulement cette dernière ne couvre pas systématiquement les dommages matériels consécutifs aux dommages matériels garantis<sup>565</sup>, mais *a fortiori*, elle ne couvre pas les dommages immatériels consécutifs aux dommages matériels sous garantie sauf en cas de souscription par l'assuré à une garantie facultative<sup>566</sup>. De façon sommaire, les dommages immatériels peuvent être définis par opposition aux dommages matériels. Ceux sont alors l'ensemble des préjudices subis par le maître de l'ouvrage indépendamment de l'atteinte matérielle à l'ouvrage. Lorsque ces préjudices font suite au dommage matériel dont souffre l'ouvrage, ils sont dits « consécutifs ». La Cour de cassation a en décidé sur le fondement de l'article A. 243-1 du Code des assurances que : « *le contrat garantit le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué et qu'il résulte de ces dispositions que la garantie obligatoire ne s'étend pas aux dommages immatériels* »<sup>567</sup>. Du point de vue de l'assurance dommages-ouvrage<sup>568</sup>, la jurisprudence a de la même manière, exclu de son champ d'application les désordres consécutifs immatériels<sup>569</sup>. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée lorsque les dommages immatériels sont consécutifs au caractère insuffisant des travaux de reprise financés par l'assureur<sup>570</sup>.

---

<sup>562</sup> Cass. Civ. 3, 15 janv. 2003, n° 00-16.606, *RDI* 2003, p. 190.

<sup>563</sup> CA, Lyon, 8<sup>e</sup>, ch., 29 janv. 2008.

<sup>564</sup> Cass. Civ. 3, 14 avr. 2010, n° 09-10.515, *Bull. civ.* III n° 82.

<sup>565</sup> En effet, à diverses reprises, la jurisprudence a pu retenir que l'assurance de responsabilité décennale n'a pas vocation à recouvrir des dommages matériels consécutifs à des dommages matériels garantis : tel est le cas de la perte ou de la destruction consécutive de biens meubles et de vêtements (Cass. Civ. 3, 3 juil. 1996, n° 94-17.708, *RDI* 1996, p.660), de la perte des aménagements intérieurs et du mobilier faisant suite à l'arrachage de la toiture due à des vents violents (Cass. Civ. 3, 12 juil. 1995, n° 93-21.061 – Dans le même sens Cass. Civ. 1, 4 déc. 2001, n° 98-22.951), ou encore de la destruction des marchandises entreposées sur un site (Cass. Civ. 3, 9 juil. 1997, n° 97-17.220).

<sup>566</sup> Les obligations d'assurance de dommages-ouvrage et de responsabilité civile décennale supportent la souscription de garanties facultatives, encore appelées « complémentaires », dont le principe de la souscription de même que le contenu, ne sont aucunement prévus par la loi. Il ressort que ces garanties facultatives peuvent couvrir tous les risques non couverts par les assurances obligatoires telles qu'elles sont organisées aux articles L.241-1, L.-241-2 et L.-243-1-1 du Code des assurances.

<sup>567</sup> Cass. Civ. 1, 12 mai 1993, n° 90-14.444, *Bull. civ.* I n°161, *RGAT* 1993, p.834, obs. A. d'Hauteville.

<sup>568</sup> Pour la distinction entre l'assurance dommages-ouvrage et l'assurance de responsabilité décennale : *Infra* n° 135.

<sup>569</sup> Cass. Civ. 1, 27 avr.1994, n° 92-13.276. – Cass. Civ 3, 19 juil. 2000, n° 98-21.698. – Cass. Civ. 3, 18 févr. 2003, n° 98-12.203. – Cass. Civ. 3, 20 oct. 2010, n° 09-15.093, 20 oct. 2010, *Bull. civ* III, n° 185. – Cass. Civ. 12 janv. 2005, n° 03-18.989, *Bull. civ.* III, n° 3, dans cette dernière espèce, la Cour décide par une formulation claire que « l'article L. 242-1, alinéa 5, du Code des assurances, qui sanctionne le retard ou le défaut, par l'assureur, de mise en oeuvre de la garantie, est inapplicable aux dommages immatériels qui ne relèvent pas des garanties d'assurance obligatoires ».

<sup>570</sup> Voir *infra* n° 136 s.

**133. Deux mécanismes assurément distincts** – Malgré l’abondance du contentieux relevant de l’aggravation du désordre affectant l’ouvrage, aucune disposition textuelle ne prévoit les modalités de réparation de ce type de dommage. Le projet de réforme de la responsabilité civile semble bien vouloir consacrer la définition jurisprudentielle du dommage futur au sein de l’article 1236 du Code civil en ces termes « *le préjudice futur est réparable lorsqu’il est la prolongation certaine et directe d’un état de chose actuel* », mais cela ne résout aucunement la question de son application au dommage futur de construction<sup>571</sup>. Aussi, c’est de nouveau l’analyse attentive de la jurisprudence qui permet de dégager les éléments distinguant les deux notions. Si l’objectif poursuivi par les dommages futurs et les dommages évolutifs est le même et consiste à apporter une solution indemnitaires à la détérioration évolutive de l’ouvrage, la différence majeure se situe dans le moment de consolidation du dommage décennal. En effet, le désordre futur est celui qui, dénoncé judiciairement dans le délai de dix ans suivant la réception, ne revêt pas lors de sa dénonciation les conditions de gravité inhérentes à la garantie décennale, mais dont on sait de façon certaine que, dans le délai décennal, il présentera ces caractéristiques. Il n’y a donc pas encore de dommage, mais un risque de dommage. Toute la difficulté consiste à savoir s’il s’agit d’un dommage futur dont la réalisation est certaine, ou s’il ne s’agit que d’un désordre éventuel à la réalisation incertaine. La prise en compte du dommage futur par la jurisprudence constitue selon Monsieur TOMASIN « *en quelque sorte un prolongement de la jurisprudence qui répare les dommages évolutifs* »<sup>572</sup>.

Le désordre évolutif quant à lui est celui qui, apparu postérieurement à l’expiration du délai d’action au titre de la garantie décennale, est la suite directe des désordres d’origine, qui présentaient lors de leur dénonciation judiciaire dans le délai de garantie, les conditions de gravité propres à la garantie décennale. Dit autrement, le dommage futur ne sera décennal que postérieurement à sa dénonciation lorsque le dommage évolutif répond dès sa dénonciation au critère de gravité. La logique qui anime les deux mécanismes est donc bien distincte puisque dans le premier cas, il s’agit de réparer le dommage par anticipation alors que le second consiste en une réitération de la réparation<sup>573</sup>.

En effet, s’agissant précisément du dommage évolutif, la première partie de la manifestation du désordre a déjà fait l’objet d’une réparation, mais la poursuite du dommage

---

<sup>571</sup> Plus encore, cela semble contrevenir aux solutions jurisprudentielles applicables au dommage futur de construction lequel doit impérativement intervenir à l’intérieur du délai décennal pour déclencher la réparation.

<sup>572</sup> D. Tomasin, Préjudice futur et dommages évolutifs : même combat ?, *RDI* 2001, p. 387.

<sup>573</sup> M. Thioye, préc.



justifie que le juge prononce une nouvelle réparation. C'est par exemple le cas de la toiture dont les tuiles se dégradent les unes après les autres jusqu'à ce que ce soit la toiture dans son entier qui soit atteinte. Une partie des tuiles est détériorée avant l'expiration du délai décennal, alors que l'autre partie n'est affectée qu'après la fin de ce délai. Très tôt, la jurisprudence a admis la réparation des désordres évolutifs en application du principe de la réparation intégrale dont l'objet est rappelons-le, « *de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »<sup>574</sup>. Ainsi, dès 1978<sup>575</sup>, la Cour de cassation acceptait de réparer à nouveau un dommage ayant déjà fait l'objet d'une première indemnisation à l'intérieur du délai de la garantie. En l'espèce, des infiltrations d'eau avaient pour origine des désordres affectant la couverture des bâtiments. Ces désordres avaient conduit à la condamnation dans le délai décennal des locateurs d'ouvrage, lesquels ont procédé à la réparation des joints défectueux de la couverture, mais le maître de l'ouvrage réassignait ces derniers en soulevant la désagrégation par excès d'humidité des panneaux de cette couverture afin d'obtenir la désignation d'un expert judiciaire qui aurait pour mission, notamment, de fixer le coût réel des réparations « *compte tenu de l'aggravation de l'état des lieux* ». La cour d'appel avait confirmé la désignation d'un expert ordonnée en première instance malgré les fins de non-recevoir opposées par les locateurs d'ouvrage, qui formaient alors un pourvoi en cassation. La troisième chambre civile a considéré que les juges du fond avaient à juste titre écarté cette exception puisque les désordres invoqués constituaient l'aggravation de malfaçons révélées au cours du délai de garantie décennale dont le délai d'action avait valablement été interrompu par l'assignation initiale<sup>576</sup>. Cette solution retenant la réparation du désordre évolutif a été régulièrement reprise et peaufinée<sup>577</sup>. Ainsi pour illustration, dans un arrêt en date du 13 février 1991, la troisième chambre de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel au motif « *qu'ayant souverainement retenu que l'oxydation de quelques armatures d'acier de pergolas de terrasses, dénoncée avant l'expiration du délai décennal, n'avait, au cours de ce délai, entraîné que des éclatements de béton en surface ne pouvant nuire à la solidité de l'ouvrage, la cour d'appel en a exactement déduit que ces désordres, de caractère purement esthétique, ne*

---

<sup>574</sup> Cass. Civ. 2, civ., 28 oct. 1954, *Sem. Jur.* 1955.II. 8765, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1958.1.5.

<sup>575</sup> Cass. Civ. 3, 3 oct. 1978, n°77-10.937 et 77-11.889, *Bull. civ.* III n° 296, *RDI* 2000, p. 115.

<sup>576</sup> Cass. Civ. 3, 3 oct. 1978, n°77-10.937 et 77-11.889, préc.

<sup>577</sup> Cass. Civ. 3, 3 déc. 1985, n° 84-13.375, *Bull. civ.* III n° 159. – Cass. Civ. 3, 18 nov. 1992, n° 91-12.797, *Bull. civ.* III n° 297, *RDI* 1993, p.84. – Cass. Civ. 3, 8 avr. 1998, *Bull. civ.* III n° 83, *RDI* 1998, p. 209. – Cass. Civ. 3, 11 juil. 2001, *RDI* 2002, p. 85. – Cass. Civ. 3, 29 mai 2002, n° 00-18.559, dans ce dernier arrêt la Haute cour approuvait une cour d'appel ayant refusé la mise en œuvre de la garantie décennale en retenant que « *les désordres survenus et dénoncés durant le délai d'épreuve n'ayant pas le caractère de gravité requis, l'aggravation survenue plus de 12 ans après la réception ne pouvait être prise en charge dans le cadre de la garantie légale* ».

*relevaient pas de la garantie décennale, malgré une aggravation résultant de l'apparition, après l'expiration du délai, de nouveaux dégâts constatés par huissier de justice* »<sup>578</sup>. À la lecture de cet attendu de principe, il apparaît que l'aggravation du désordre purement esthétique après l'expiration du délai décennal ne saurait leur conférer une décennialité *a posteriori*. Un désordre purement esthétique qui s'aggraverait, n'en resterait pas moins soumis au régime des désordres intermédiaires. Des auteurs ont à ce propos soulevé que ces « désordres évolutifs intermédiaires » constituent l'angle mort du régime prétorien des désordres évolutifs<sup>579</sup>.

La jurisprudence a ainsi posé avec force la condition selon laquelle le désordre évolutif doit avoir rempli dès sa dénonciation la gravité requise par l'article 1792 du Code civil. Nous verrons cependant que la clarté de cette condition détonne avec celle qui a trait à la nature du lien de dépendance<sup>580</sup> entre le dommage nouveau et le dommage déjà réparé<sup>581</sup>.

**134. Propos conclusifs** – La distinction entre dommage futur et dommage évolutif n'a pas toujours été aussi tranchée qu'elle ne l'est aujourd'hui. Cette confusion s'expliquait par l'idée commune aux deux notions, consistant à la prise en charge par la garantie décennale d'un désordre évoluant dans le temps. Les conditions préalables à la mise en œuvre du dommage futur telles que la dénonciation du désordre à l'intérieur du délai, l'existence d'un désordre d'une certaine gravité ou encore le caractère caché de ce dernier à la réception de l'ouvrage, s'appliquent naturellement au désordre évolutif. Néanmoins, ces éléments de convergence des deux mécanismes ne permettent pas pour autant de les confondre. En l'absence de toute précision textuelle, la jurisprudence a posé la définition précise du dommage évolutif. Ce dernier est alors considéré comme celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action au titre de la garantie décennale, est la suite logique des désordres d'origine, qui présentaient lors de leur dénonciation judiciaire dans le délai de garantie, les conditions de gravité propres à la garantie décennale. Ainsi, il est désormais clairement établi que, contrairement au dommage futur qui n'a pas au stade de sa dénonciation, rempli les critères de gravité requis, le dommage évolutif lui, répond bien à ces critères dès le moment de sa dénonciation. Cela implique donc que la méthode réparatoire diffère d'un cas à l'autre. Alors que le dommage futur conduit à anticiper la réparation d'un désordre à venir, le dommage

---

<sup>578</sup> Cass. Civ. 3, 13 févr 1991, n° 89-12.535, *Bull. civ* III n° 52.

<sup>579</sup> *Infra* n° 144.

<sup>580</sup> M. Thioye, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229.

<sup>581</sup> *Infra* n° 155 s.

évolutif consiste en une réparation renouvelée d'un désordre en récidive. La distinction des deux notions se poursuit également dans la manière dont l'assurance obligatoire les appréhende.

## §2 Prise en charge assurantielle différenciée

**135. L'assurance dommages-ouvrage et le dommage futur** – La loi du 4 janvier 1978<sup>582</sup> a mis en place un système d'assurance obligatoire « à double détente » selon l'expression consacrée. Celui-ci contraint le maître d'ouvrage à souscrire à une police d'assurance de choses dénommée « dommages-ouvrage », laquelle est destinée à garantir la réparation des dommages de nature décennale affectant l'ouvrage construit. Les locataires d'ouvrage quant à eux sont soumis à l'obligation de souscrire à une police d'assurance de responsabilité civile décennale dont le but est de garantir leur responsabilité décennale.

L'article L.242-1 du Code des assurances régit l'assurance dommages-ouvrage et prévoit la possibilité pour le maître de l'ouvrage, d'obtenir le préfinancement rapide des travaux de réparation et ce, indépendamment de toute recherche de responsabilité. En principe, la garantie offerte par l'assurance dommages-ouvrage ne prend effet qu'après l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 du Code civil. L'article L. 114-1 du Code des assurances en son alinéa premier dispose que « *Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance* ». En application de cette disposition traditionnellement reprise au sein des clauses types, l'assureur dommages-ouvrage est tenu de garantir le dommage de nature décennale, apparu dans les dix ans suivant la réception, mais ayant été déclaré moins de deux ans après son apparition. En pratique donc, le bénéficiaire du contrat d'assurance peut déclarer un sinistre jusqu'à douze ans après la réception.

Dès lors que l'assureur dommages-ouvrage accède à la demande de préfinancement, il lui appartiendra d'exercer des recours subrogatoires à l'encontre des locataires d'ouvrage auxquels les désordres sont imputables. L'assurance dommages-ouvrage ne garantit que les dommages au sens de l'article 1792 du Code civil, autrement dit les dommages revêtant la gravité requise pour engager la responsabilité civile décennale des locataires d'ouvrage. Néanmoins, l'assurance dommages-ouvrage étant une assurance de choses et non de

---

<sup>582</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

responsabilité, l'assureur intervenant dans ce cadre ne peut être engagé au-delà de la période décennale elle-même, ce qui pose la question de la réparation du désordre en mutation.

S'agissant du dommage futur, il est admis que ce dernier est naturellement pris en charge par la garantie dommages-ouvrage laquelle recouvre le même champ d'intervention que la responsabilité décennale de l'article 1792 du Code civil. Cela se comprend aisément dans la mesure où il n'est pas question dans ce cas précis de transgresser le délai initial de dix années suivant la réception, le dommage devant en effet nécessairement intervenir avec certitude à l'intérieur de ce délai<sup>583</sup>. L'assurance dommages-ouvrage intervient de façon évidente afin de prévenir la réalisation effective du désordre que l'on sait inéluctable.

En revanche, la problématique se pose en des termes différents du point de vue du dommage évolutif.

**136. L'assurance dommages-ouvrage et le désordre évolutif** – Rappelons ici de façon sommaire que le dommage évolutif est celui qui, bien qu'étant apparu postérieurement à la fin du délai décennal, sera tout de même réparé car il n'est que la suite logique d'un désordre régulièrement dénoncé à l'intérieur du délai décennal. D'aucuns soutiennent sans détour qu'en pareil cas, l'assurance dommages-ouvrage étant une assurance de chose et non de responsabilité, l'assureur dommages-ouvrage ne peut être engagé au-delà de la période décennale même en cas de dommages évolutifs<sup>584</sup>. Néanmoins, cette affirmation interroge lorsque l'on observe l'historique jurisprudentiel relatif à l'étendue du domaine d'intervention de l'assurance dommages-ouvrage.

Le principe indemnitaire posé par l'article L. 121-1 du Code des assurances ne permet pas à lui seul de déterminer dans quelle mesure l'assurance dommages-ouvrage a vocation à intervenir, son alinéa premier disposant seulement que « *l'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre* ». Ainsi apparaît la question de savoir si l'indemnité versée par l'assureur doit être mise en rapport avec une certaine idée d'efficacité des travaux financés par lui. L'interrogation sous-jacente consiste à se demander si, en l'absence d'une telle efficacité, le désordre qui se poursuit dans le temps jusqu'à dépasser le terme du délai décennal malgré une première indemnisation, est toujours susceptible d'une prise en charge par l'assurance dommages-ouvrage. Indéniablement, le parallèle avec le dommage

---

<sup>583</sup> CA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 29 mai 2007, n° n° 06/00668.

<sup>584</sup> Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, éd. 7, 2018, Dalloz action, n° 112.02.

évolutif est permis mais se heurte à la nature de l'assurance dommages-ouvrage qui est bien une assurance de chose.

La jurisprudence a répondu progressivement à ces problématiques et c'est à l'occasion d'un arrêt rendu le 18 février 2003 que, pour la première fois, la Haute Cour a décidé qu'était engagée la responsabilité de l'assureur dommages-ouvrage ayant manqué à son obligation de financer des travaux de reprise propres à mettre définitivement fin aux désordres<sup>585</sup>. Par la suite, le 7 juillet 2004, la Cour de cassation adoptait un ton plus ferme, renforçant davantage l'obligation pesant sur l'assureur en disposant que ce dernier devait « *assurer le préfinancement des travaux jusqu'à réparation intégrale* »<sup>586</sup>. Cette décision a été confirmée par un arrêt de principe du 7 décembre 2005 retenant que malgré une première réparation effectuée par l'assuré, « *le maître de l'ouvrage ayant souscrit une assurance dommages-ouvrage est en droit d'obtenir le préfinancement des travaux de nature à mettre fin aux désordres* »<sup>587</sup>. La troisième chambre civile a par la suite rendu deux arrêts, l'un du 20 juin 2007<sup>588</sup>, l'autre du 11 février 2009<sup>589</sup>. Le premier reprenait à l'identique la formulation retenue dans l'arrêt du 7 décembre 2005 tandis que le second décidait de mettre en œuvre la responsabilité de l'assureur au motif qu'il « *n'avait pas rempli ses obligations contractuelles en ne préfinançant pas des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres* ». Le mot est alors lancé, l'efficacité devient le corollaire de l'indemnisation due par l'assureur.

**137. L'obligation d'efficacité et de pérennité des travaux de réparation financés par l'assureur dommages-ouvrage** – Le maître de l'ouvrage est en mesure d'obtenir le préfinancement des travaux utiles à mettre fin aux désordres, cela implique que des travaux insuffisants ou inefficaces obligent l'assureur à indemniser une intervention complémentaire

---

<sup>585</sup> Cass. Civ. 3, 18 févr. 2003, n° 99-12.203, *RDI* 2004 p. 60 ; *RGDA* 2003, p. 311. Cette position tranche fondamentalement avec la solution jusqu'à lors retenue par la Cour de cassation comme en témoigne une décision du 18 décembre 2001 par laquelle celle-ci a censuré la cour d'appel ayant rejeté le recours de l'assureur dommages-ouvrage à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs de responsabilité concernant le coût des premiers travaux de reprise en relevant que ces derniers étaient inefficaces et qu'il appartenait à l'assureur de faire réaliser des travaux de reprise efficaces. La Haute Juridiction cassait l'arrêt de la cour d'appel au considérant ci-après reporté : « *Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que, hors le cas de fraude établie, l'assureur dommages-ouvrages, chargé par la loi de préfinancer la reprise des désordres qui affectent l'immeuble assuré, n'est pas tenu, à l'égard des participants à l'opération de construction responsables de ces désordres, de garantir l'efficacité des travaux qu'il finance, avec l'accord des autres parties, au vu du rapport de l'expert, lequel n'est pas son mandataire ; qu'en se prononçant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2001, n° 99-10.519, *RGDA* 2002, p. 124.

<sup>586</sup> Cass. Civ. 3, 7 juil. 2004, n°03-12.325, *RDI* 2004, p. 419.

<sup>587</sup> Cass. Civ. 3, 7 déc. 2005 : mentionné dans le rapport annuel de la Cour de cassation, 2005. 290 ; *RGDA* 2006, p. 126 ; *RDI* 2006, p. 32 ; *RCA* 2006, comm. 11.

<sup>588</sup> Cass. Civ. 3, 20 juin 2007, n° 06-15.686, *RDI* 2007, p. 325 ; *RGDA* 2007, p. 858 ; *Constr.-Urb.* 2007, comm. 185.

<sup>589</sup> Cass. Civ. 3, 11 févr. 2009, n° 07-21.761, *Bull. civ.* III n° 33, *D.* 2009. 629 ; *RDI* 2009, p. 258 ; *RCA* 2009, comm. 111 ; *Constr.-Urb.* 2009, comm. 63 ; *JCP* 2009. Act. 121.

nécessaire. Cette obligation pèse sur l'assureur même si les premiers travaux ont été réalisés par le maître de l'ouvrage de son propre chef après un refus de prise en charge au titre de l'assurance dommages-ouvrage. Mais la jurisprudence ne s'est pas contentée d'employer la notion d'efficacité, en 2011<sup>590</sup> elle a enfoncé le clou en exigeant que la réparation préfinancée par l'assureur doit de surcroît être « pérenne ». Soutenir que l'efficacité s'inscrit nécessairement dans la durée semble être frappé au coin du bon sens, néanmoins en exigeant une réparation « pérenne », la Cour de cassation précise que l'assureur est tenu de préfinancer les travaux utiles à la non-aggravation des désordres couverts par la garantie. La persistance d'un désordre inefficacement réparé justifie que l'indemnisation soit renouvelée et ce, alors même que l'aggravation est postérieure à l'expiration du délai de dix ans suivant la réception. Cette obligation d'efficacité et de pérennité des travaux financés par l'assureur se situe bien dans la droite ligne des principes posés par Monsieur SPINETTA s'agissant du mécanisme assurantiel à double détente dont l'objectif est de permettre une réparation définitive des désordres de nature décennale<sup>591</sup>. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'en matière d'assurance dommages-ouvrage, l'indemnité versée par l'assureur doit impérativement être affectée par l'assuré au paiement des travaux de rénovation. Dit autrement, le droit à une indemnisation dont bénéficie l'assuré s'accompagne en matière d'assurance, d'une obligation d'allouer cette indemnité à la réparation exclusive des désordres garantis<sup>592</sup>.

Toutefois, si le principe d'une double obligation d'efficacité et de pérennité des travaux est acquis, son fondement lui, semble être tiré à hue et à dia si l'on observe les différentes décisions rendues. En effet, comme nous l'avons souligné au préalable, l'article L. 121-1 du Code des assurances ne permet pas à lui seul de déterminer dans quelle mesure l'assurance dommages-ouvrage a vocation à intervenir. Certains arrêts comme celui du 18 février 2003 précité<sup>593</sup> ou encore celui du 7 juillet 2004<sup>594</sup> en font certes, aux côtés de l'article L. 242-1 du

---

<sup>590</sup> Cass. Civ. 3, 22 juin 2011, n° 10-16.308, *Bull. civ.* III, n° 109, *D.* 2011 p.2034 ; *RDI* 2011 p.509 ; *Constr.-Urb.* 2011, comm. 133 ; *RGDA* 2011 p.1023. En l'espèce les motifs de la Cour de cassation approuvant la cour d'appel sont d'une grande clarté et d'une sévérité certaine pour l'assureur dommages-ouvrage : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres, que les désordres constatés en 2002 trouvaient leur siège dans un ouvrage où un désordre de même nature avait été constaté dans le délai de la garantie décennale, et souverainement retenu que l'extension de ce désordre était prévisible, que les travaux préfinancés en 1998 par l'assureur dommages-ouvrage, qui pouvait savoir que les désordres se propageraient aux murs, étaient insuffisants pour y remédier et que les désordres de 2002 ne se seraient pas produits si les travaux de reprise des désordres de 1997 avaient été suffisants, la cour d'appel a exactement retenu que la réparation à l'initiative de cet assureur devait être pérenne et efficace et que la société AMC devait préfinancer les travaux nécessaires à la non aggravation des dommages garantis* ».

<sup>591</sup> J. Roussel, L'assureur dommages-ouvrage doit préfinancer une réparation pérenne et efficace, *RDI* 2011, p. 509.

<sup>592</sup> *Ibid.*

<sup>593</sup> Cass. Civ. 3, 18 févr. 2003, n° 99-12.203 préc.

<sup>594</sup> Cass. Civ. 3, 7 juil. 2004, n°03-12.325 préc.

même code, une assise textuelle sans que cela ne soit véritablement convaincant tant la versatilité des fondements est grande au gré des décisions. Madame BONARDI fait ainsi remarquer que l'arrêt du 24 mai 2006<sup>595</sup>, sans viser expressément l'ancien article 1147 du Code civil, emprunte la voie de la responsabilité contractuelle de l'assureur en soulignant que « *l'assureur n'avait pas rempli ses obligations contractuelles en ne préfinançant pas des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres* »<sup>596</sup>. Quant à l'arrêt précédemment cité du 22 juin 2011<sup>597</sup>, celui-ci a tout simplement fait l'économie d'un fondement précis, de la même manière que la Cour de cassation avait déjà passé sous silence cette question dans un arrêt du 3 novembre 2011, bien que certains y ont décelé en filigrane une référence au Code des assurances dans le considérant relevant que « *l'inefficacité des travaux de reprise des premiers désordres ne justifiait pas la suppression du plafond contractuel de garantie* »<sup>598</sup>. Ce manque de précision de base juridique sur laquelle s'appuie l'obligation d'une réparation pérenne et efficace est paradoxalement bienheureux. Il permet en effet d'envisager sous l'angle de la responsabilité contractuelle de l'assureur, une prise en charge par ce dernier des dommages immatériels consécutifs à son indemnisation insuffisante<sup>599</sup>. Dès lors, si comme nous l'avons soulevé l'assureur dommages-ouvrage ne peut en principe être tenu de garantir les dommages immatériels consécutifs, il en va autrement lorsque ceux-ci font suite à la faute qu'il a commise en ne préfinançant pas les travaux efficaces de nature à mettre définitivement fin aux désordres. Il s'agit précisément de l'hypothèse ayant donné lieu à l'arrêt précité du 24 mai 2006<sup>600</sup> puisqu'en l'espèce, la Cour de cassation devait se prononcer sur la réparation de la perte d'exploitation alléguée par l'assuré suite à un défaut de chauffage des serres. La troisième chambre civile a ici validé l'arrêt de la cour d'appel qui avait condamné l'assureur dommages-ouvrage au paiement de dommages et intérêts pour les préjudices immatériels consécutifs à l'inefficacité des travaux de reprise préconisés par le rapport d'expertise de l'assureur qui était techniquement incorrect. Les Hauts magistrats ont retenu que la cour d'appel « *a pu retenir que l'assureur n'avait pas rempli ses obligations contractuelles en ne préfinançant pas des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres* ». La référence à l'ancien article 1147 du Code civil si elle n'est pas explicite, est à peine voilée. Il convient par ailleurs de préciser que c'est

---

<sup>595</sup> Cass. Civ. 3, 24 mai 2006, n° 05-11.708 et 05-12.398, *Bull. civ.* III n° 133, *RCA* 2006. comm. 314.

<sup>596</sup> I. Bonardi, La sanction de l'inefficacité des travaux préfinancés par l'assureur dommages-ouvrage, *RDI* 2017, p. 416.

<sup>597</sup> Cass. Civ. 3, 22 juin 2011, n° 10-16.308, préc.

<sup>598</sup> Cass. Civ. 3, 3 nov. 2011, n° 10-21.874, *Bull. civ.* III, n° 109, *D.* 2011. 2034 ; *RDI* 2011 p. 509 ; *Constr.-Urb.* 2011, comm. 133.

<sup>599</sup> Pour les désordres immatériels consécutifs : V. *supra* n° 132.

<sup>600</sup> Cass. Civ. 3, 24 mai 2006, n° 05-11.708 et 05-12.398 préc.

bien le caractère incomplet de l'indemnisation initiale qui justifie que celle-ci soit renouvelée en cas de réparation inefficace. Autrement dit, l'assureur n'est pas tenu par la mauvaise exécution des travaux de reprise réalisés par l'entrepreneur réparateur, il ne garantit pas *stricto sensu* l'efficacité des travaux mais il est tenu, s'il s'avère que l'indemnisation qu'il a versée était insuffisante pour une réparation définitive des désordres, de prendre en charge la poursuite des désordres consécutive à cette indemnisation imparfaite<sup>601</sup>.

L'inefficacité des travaux de reprise dont il résulte un maintien des désordres est donc au cœur du renouvellement de l'indemnisation. Est-ce à dire que l'assurance dommages-ouvrage couvre finalement le dommage évolutif indépendamment de l'affirmation selon laquelle « l'assurance dommages-ouvrage étant une assurance de choses et non de responsabilité, l'assureur intervenant dans ce cadre ne peut être engagé au-delà de la période décennale elle-même » ? En réalité, comme de nombreux auteurs l'ont souligné de façon avisée, il convient de ne pas confondre deux problématiques distinctes, la première concerne l'étendue de l'obligation de l'assureur dommages-ouvrage, la seconde traite de la responsabilité décennale des constructeurs en présence de dommages évolutifs. Dans le premier cas de figure, il s'agit surtout de renouveler l'indemnisation d'un désordre que l'on ne parvient pas à réparer malgré une ou plusieurs tentatives sans que ce désordre mal réparé n'ait nécessairement évolué en gravité. Il n'est pas non plus question d'une quelconque interruption du délai à l'encontre de l'assureur dont il résulterait une poursuite de son obligation de garantie. D'ailleurs, la question de savoir jusqu'à quand est tenu l'assureur dommages-ouvrage reste à l'heure actuelle en suspens. Certains arrêts isolés semblent retenir que l'obligation de l'assureur de préfinancer les travaux est maintenue tant qu'il n'est pas mis un terme aux désordres apparus à l'intérieur du délai de dix ans ayant été pris en charge par l'assureur<sup>602</sup>. Le désordre évolutif quant à lui est bien l'aggravation du désordre régulièrement dénoncé à l'intérieur du délai décennal et dont la dénonciation a fait courir un nouveau délai. Néanmoins, il convient de concéder que la distinction entre un désordre insuffisamment réparé et un désordre évolutif est éminemment subtile.

---

<sup>601</sup> A cet égard, notons qu'à compter du 27 novembre 2009, date d'entrée en vigueur de l'arrêté du 19 novembre 2009 portant actualisation des clauses-types en matière d'assurance-construction, les polices dommage ouvrage souscrites pour les constructions d'habitations ne peuvent plus être plafonnées. L'article A. 243-1 du Code des assurances prévoit désormais : « *La garantie couvre le coût de l'ensemble des travaux afférents à la remise en état des ouvrages ou éléments d'équipement de l'opération de construction endommagés à la suite d'un sinistre, ainsi que des ouvrages existants, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisibles, au sens du II de l'article L. 243-1-1 du présent code* ».

<sup>602</sup> CA Toulouse, 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 17 déc. 2007.



**138. Propos conclusifs** – L'assurance dommages-ouvrage n'a pour vocation que de garantir les dommages au sens de l'article 1792 du Code civil, autrement dit les dommages de la gravité requise pour engager la responsabilité civile décennale des locataires d'ouvrage. Néanmoins, l'assurance dommages-ouvrage étant une assurance de choses et non de responsabilité, l'assureur intervenant dans ce cadre ne peut être engagé au-delà de la période décennale elle-même, ce qui pose la question de la réparation du désordre en mutation. Cette question ne pose pas de difficulté s'agissant du dommage futur, il est admis que ce dernier est naturellement pris en charge par la garantie dommages-ouvrage laquelle recouvre le même champ d'intervention que la responsabilité décennale de l'article 1792 du Code civil. Cela est justifié dans la mesure où il n'est pas ici question de transgresser le délai initial de dix années suivant la réception, le dommage devant en effet nécessairement intervenir avec certitude à l'intérieur de ce délai. En revanche, concernant le dommage évolutif, la solution est parasitée par l'admission de l'obligation pesant sur l'assureur de garantir la pérennité et l'efficacité des travaux qu'il préfinance. En effet, en cas de préfinancement inefficace des travaux de reprise, l'assureur dommages-ouvrage devra renouveler l'indemnisation. Pour autant, on ne peut conclure à une stricte identité entre le dommage évolutif et le dommage inefficacement indemnisé bien que la frontière entre les deux situations soit ténue. L'assureur dommages-ouvrage reste par principe étranger à la réparation du désordre évolutif mais il est tenu par l'indemnisation insuffisante qu'il a pu verser.

### ***Section 2 : La question d'une mutation d'un désordre futur en un désordre évolutif à raison d'une réparation infructueuse***

**139.** Bien que la distinction définitionnelle entre le dommage futur et le dommage évolutif soit désormais établie, il demeure que les deux mécanismes sont gouvernés par une logique commune, laquelle consiste en la prise en compte de l'évolution temporelle et matérielle du désordre. Le dommage futur, s'il ne correspond pas strictement à la définition du dommage évolutif, n'en est pas moins un désordre destiné à s'aggraver dans le temps. L'évolutivité du désordre est ainsi attachée aux deux types de dommage à ceci près que dans un cas le désordre n'a pas encore la gravité requise à l'instant où il est dénoncé, lorsque le second a trait à l'aggravation d'un désordre déjà grave lors de sa dénonciation. Ce point de convergence autorise à s'interroger sur une éventuelle mutation du désordre futur lorsqu'il a

fait l'objet d'une réparation infructueuse. Qu'advient-il du désordre futur lorsque l'étendue de l'aggravation surpasse finalement les prévisions retenues lors de l'évaluation initiale de la réparation ? Le maître d'ouvrage peut-il prétendre comme en matière de dommages évolutifs, à une « réitération de la réparation » ce qui accentuerait davantage encore la similitude des deux notions ? Deux situations doivent dans ce cadre être distinguées, la première concerne la mauvaise évaluation de l'aggravation (§1), la seconde relève de l'échec des travaux de réparation (§2).

## §1 Conséquences du désordre mal évalué

**140. Exposé des diverses problématiques** – Il est acquis que l'interruption du délai permet en principe au maître de l'ouvrage de demander la réparation des désordres dénoncés dans un nouveau délai décennal. Si cette affirmation sied parfaitement au dommage évolutif, elle est en revanche source de perplexité s'agissant du dommage futur lequel procède d'une réparation en amont de l'apparition effective du dommage. Autrement dit, dans ce dernier schéma, le désordre est censé avoir été étouffé dans l'œuf par une réparation préventive.

Mais alors comment doit-on appréhender la survenance d'un désordre malgré une première réparation au titre du dommage futur ? Plus encore, comment traiter l'apparition d'un désordre dont la gravité va bien au-delà des prévisions au support desquelles la réparation a été préalablement prononcée ? La réflexion mérite par ailleurs de se poursuivre sur le terrain de l'évolutivité du désordre intermédiaire. En effet, le maître d'ouvrage n'est pas à l'abri d'une aggravation consécutive du dommage pourtant reconnu judiciairement comme un dommage intermédiaire. La question de cette évolutivité du désordre intermédiaire se dédouble et conduit à s'interroger d'une part sur une aggravation apparue à l'intérieur du délai décennal et d'autre part sur celle intervenant après l'expiration de ce dernier.

Les réponses apportées à l'ensemble de ces interrogations permettront de vérifier si la distinction théorique entre le dommage évolutif et le dommage futur trouve véritablement un écho dans le traitement accordé à l'aggravation du désordre qui rappelons le, colore indéniablement les deux mécanismes. A cet égard, Monsieur MALINVAUD avait souligné cette proximité des deux mécanismes réparatoires à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 mai 2006<sup>603</sup>. L'espèce permettait de s'interroger sur la manière dont doit être

---

<sup>603</sup> Cass. Civ. 3, 24 mai 2006, n° 05-12.482.

appréhendé le fractionnement de l'ouvrage dont une partie est touchée par des désordres évolutifs tandis que l'autre partie fait apparaître des dommages futurs. Concernant ces derniers, l'auteur posait alors la question suivante : « *Doit-on considérer que ces désordres évolutifs sont des dommages futurs qui, suivant la jurisprudence, ne pourront être pris en charge au titre de la garantie décennale que dans la mesure où, à raison de leur caractère évolutif, ils revêtiront certainement dans les dix ans de la réception la gravité requise ?* »<sup>604</sup>. La Haute juridiction, loin de répondre frontalement à cette interrogation, a usé d'une certaine stratégie d'évitement dont on peut néanmoins déduire une volonté de conserver une véritable dichotomie entre désordre futur et désordre évolutif. C'est ainsi par l'emploi de l'idée de généralisation du désordre retenue préalablement par la cour d'appel, que la Haute juridiction a permis la réparation globale des désordres tant évolutifs que futurs : « *la cour d'appel qui a établi le caractère généralisé du désordre affectant actuellement les carrelages, a pu ordonner la réparation intégrale de celui-ci* »<sup>605</sup>. À d'autres occasions, la Cour de cassation contournait l'écueil d'une confusion entre dommage futur et dommage évolutif en se contentant d'employer le principe de la réparation intégrale sans autres précisions<sup>606</sup>.

Au-delà de ces cas d'espèce, la jurisprudence fait usage d'autres moyens lui permettant de conserver le plus nettement possible la distinction entre les dommages futurs et évolutifs, notamment lorsque l'aggravation du dommage futur intervient malgré la réparation exécutée.

**141. La survenance du désordre malgré la réparation anticipée** – D'emblée, il est de rigueur d'écarter ici la dimension assurantielle déjà évoquée, impliquant que l'assureur dommages-ouvrage est tenu à une obligation d'efficacité de la réparation qu'il finance<sup>607</sup>. En revanche, la problématique se pose différemment lorsque l'indemnité due au maître de l'ouvrage suite à une action en responsabilité, lui est personnelle et n'est pas spécifiquement affectée à la réfection de l'ouvrage. Aussi, lorsque l'indemnité est directement perçue des constructeurs, le maître de l'ouvrage n'est pas dans l'obligation de justifier l'utilisation qu'il en fait. Toutefois, ce dernier faisant le choix délibéré de ne pas employer l'indemnisation à la réparation des désordres, ne saurait par la suite se plaindre de l'éventuelle aggravation des dommages. Il supporterait donc les conséquences dommageables de l'inexécution des travaux

---

<sup>604</sup> Ph. Malinvaud, De la subtile distinction entre désordres évolutifs et dommages futurs, *RDI* 2006, p. 378.

<sup>605</sup> De la même manière, la Cour de cassation a récemment décidé que : « Ayant, ainsi, établi le caractère généralisé du désordre affectant le réseau durant le délai d'épreuve et constaté que la seule reprise des fuites ponctuelles n'en avait pas traité les causes, la cour d'appel a, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant sur le dommage futur, légalement justifié sa décision » : Civ. Civ. 3, 17 Septembre 2020, n° 19-16.142.

<sup>606</sup> Cass. Civ. 3, 30 nov. 2004, n° 03-13.926, *RDI* 2005, p. 134.

<sup>607</sup> *Supra* n°137 s.

réparatoires<sup>608</sup>. *A contrario*, lorsque le maître d'ouvrage consacre l'indemnisation reçue à la réfection de l'ouvrage mais que cela n'empêche pas le désordre de s'aggraver, il conviendrait de s'interroger sur les raisons de cette aggravation. C'est tout naturellement que l'exigence de l'imputabilité précédemment développée apparaît ici avec force. Rappelons que la formule quelque peu générique retenue par la jurisprudence consiste en ce que « *la garantie décennale d'un constructeur ne peut pas être mise en œuvre pour des désordres qui ne sont pas imputables à son intervention* »<sup>609</sup>. Cette énonciation permet d'englober des situations très diverses notamment celle dans laquelle les désordres étaient antérieurs aux travaux de reprise qui se sont avérés inefficaces. Dans cette hypothèse, plusieurs cas de figure doivent être démêlés : ou bien l'intervention du constructeur-réparateur conduit en elle-même en la constitution d'un ouvrage pour lequel la responsabilité décennale de ce dernier pourrait être engagée ; ou bien c'est l'action du réparateur qui a soit occasionné un nouveau désordre à l'immeuble soit, a provoqué l'aggravation du désordre devant être réparé auquel cas il pourrait en être responsable ; ou alors enfin les désordres actuels sont la suite directe du sinistre initial qui se poursuit, les dommages ne sont ici que la conséquence de la construction originaire de l'ouvrage d'où il résulte que le constructeur-réparateur ne saurait en être responsable. En somme, la responsabilité de l'entrepreneur-réparateur ne peut être retenue que pour les dommages directement liés à son intervention et non pas à ceux auxquels il devait mettre fin<sup>610</sup>. Ainsi, notre interrogation initiale est maintenue. Qu'advient-il de l'aggravation effective du désordre qualifié de futur, malgré la réparation anticipée de ce dernier ? Nous avons certes observé que l'interruption du délai décennal fait courir un nouveau délai au cours duquel le maître de l'ouvrage peut demander la réparation des désordres dénoncés, mais peut-on pour autant parler de réitération de la réparation aussi bien pour le dommage futur que pour le dommage évolutif ? Répondre par l'affirmative reviendrait à prendre le risque d'une regrettable confusion entre le mécanisme réparatoire du dommage futur et celui du dommage évolutif. De fait, cela reviendrait à croire à une transformation du désordre futur en un désordre évolutif lorsque l'aggravation survient malgré la réparation. En réalité, le remède à l'aggravation du dommage futur ne doit pas être perçu comme une réitération de la réparation mais plutôt comme une sorte de « réparation

---

<sup>608</sup> Cette hypothèse doit être distinguée de la situation dans laquelle le maître de l'ouvrage a obtenu un jugement de condamnation en première instance assorti d'une exécution provisoire, mais qu'il n'a pas procédé à cette exécution d'où il suit l'aggravation du désordre. En pareil cas, il a été jugé que le maître de l'ouvrage n'est pas fautif et qu'il n'a pas à supporter le coût de l'aggravation des désordres apparus. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juin 2008, n° 07-14.118, *Bull. civ.* III n° 100, *RDI* 2008, p. 393.

<sup>609</sup> Sur la question de l'imputabilité : V. *Supra* n°67 s.

<sup>610</sup> Ph. Malinvaud, Défaut de causalité : des travaux de reprise insuffisants ne sont pas la cause des désordres initiaux, *RDI* 2014, p. 411 ; Ph. Malinvaud, Garantie décennale : la condition d'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur, *RDI* 2015, p. 420.

rétroactive » justifiée par une indemnisation originellement mal évaluée. Si l'expression est malheureuse au regard de l'acception juridique de la notion de rétroactivité<sup>611</sup>, elle permet néanmoins de souligner l'idée d'un remède apporté à une mauvaise évaluation initiale du désordre. L'indemnisation n'est donc pas répétée mais complétée. L'hypothèse de la transaction lésionnaire est topique en cette matière.

**142. Conséquences de la transaction lésionnaire** – Le mécanisme de la transaction est aujourd'hui régi par les articles 2044 et suivants du Code Civil. Le législateur la définit comme « *un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Selon l'ancien article 2052, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». Cette formulation était n'était pas convaincante à deux égards. D'une part, on ne peut pas, à proprement parler, employer l'expression de chose jugée dans la mesure où la transaction n'est pas un acte juridictionnel<sup>612</sup>. En effet, elle n'émane pas du juge, mais elle est l'œuvre des parties au litige. La transaction tire ainsi son efficacité de la force obligatoire du contrat. D'autre part, la référence à la chose jugée « en dernier ressort » pourrait induire que la transaction puisse faire l'objet d'un pourvoi en cassation, comme toute décision en dernier ressort. Cependant, les parties ne peuvent en réalité dénoncer la transaction que par une action pour défaut de concessions réciproques<sup>613</sup>. L'article 2052 du Code civil précité prévoit désormais que : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* »<sup>614</sup>. Les deux formulations conservent bien une seule et même idée, celle suivant laquelle la transaction a pour effet d'éteindre le droit d'action des parties

---

<sup>611</sup> En un sens juridique commun en effet, la rétroactivité est la faculté d'un acte ou d'une norme juridique à produire des effets sur ce qui est antérieur à sa date de mise en application.

<sup>612</sup> C. Bouty, *Chose jugée, rép. proc. civ.*, 2018, n° 326 s.

<sup>613</sup> La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup>, siècle a consacré textuellement l'exigence des concessions réciproques. L'article 2044 du Code civil pose désormais expressément ce critère en l'intégrant à la définition de la transaction. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'existence de conditions réciproques est appréciée souverainement par les juges du fond : Cass. Civ. 3, 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Bull. civ.* III, n° 214, *D.* 2008 p. 18. De façon consensuelle, le terme de « concession » consiste dans le « *fait de renoncer, de façon plus ou moins volontaire et désintéressée, à une opinion, à une conviction, à un droit ou à une prétention* ». Madame Reverchon souligne que la renonciation fait partie intégrante de la concession. La transaction ne saurait donc exister en l'absence d'une renonciation. Pour qu'un contrat puisse être qualifié de transaction, il est indispensable que les parties renoncent à quelque chose. La renonciation peut également prendre la forme d'une obligation nouvelle qu'une partie prend à sa charge. Dans ce dernier cas, la partie en question renonce à ce qu'elle voulait initialement et admet autre chose qui ne lui incombait pas initialement. L'article 2048 du code civil confirme l'analyse en indiquant expressément que l'objet de la transaction est une renonciation. M. Reverchon-Billot, *Transaction, Rép. proc. civ.* 2018.

<sup>614</sup> Modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, préc.

concernant le litige qui les opposait l'une à l'autre et sur lequel porte la transaction<sup>615</sup>. Cela aura pour conséquence de permettre, pour le cas où ce même rapport litigieux serait à nouveau discuté, de soulever « l'exception de transaction ». Madame REVERCHON-BILLOT souligne que la transaction est « *traditionnellement soumise aux mêmes conditions et présente les mêmes caractères que l'exception de chose jugée : l'exceptio litis finitae per transectionem est en tous points semblable à l'exceptio litis finitae rem judicatam* ». Ainsi, les transactions ont bien un effet processuel par lequel le droit d'action relatif au litige résolu, n'est plus possible pour les parties tenues par cet acte. Cet effet extinctif de la transaction se manifeste par l'exception de transaction qui n'est pas sans rappeler le mécanisme de l'exception de chose jugée<sup>616</sup>. L'exception de transaction s'oppose ainsi à ce qu'une action en justice portant sur le même objet que la transaction soit engagée, continuée ou reprise. L'irrecevabilité tirée de la chose transigée est, à l'instar de celle tirée de la chose jugée, relative. Elle se trouve alors limitée à l'objet sur lequel porte la transaction et ne joue qu'entre les parties à l'acte. L'article 2048 du Code civil indique en ce sens que « *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* ».

Les règles applicables en matière de transaction ont vocation à être exportées vers le domaine de la construction. En matière de garantie décennale, la transaction a trouvé un écho particulier s'agissant de l'interruption issue d'une reconnaissance de responsabilité. Cette interruption comprise dans le cadre d'une transaction, se poursuit tant que les travaux de réfection demeurent infructueux. Ainsi, le droit de la construction n'est pas étranger au domaine de la transaction et les règles applicables à la dimension lésionnaire de celle-ci s'expriment avec force lorsque les prestations réparatoires promises sont insuffisantes. La jurisprudence a très tôt admis qu'une transaction dite lésionnaire, impliquant une réparation échouée, ne peut pas être considérée comme étant revêtue d'une autorité de la chose jugée qui empêcherait la réparation de l'aggravation. Ainsi, la Haute juridiction a pu décider de l'annulation d'une transaction ayant prévu des travaux à l'évidence largement insuffisants à une réparation efficace des désordres puisque de nouveaux dommages sont apparus plus tard et ont conduit à la démolition pour

---

<sup>615</sup> G. Deharo, L'autorité de la chose transigée en matière civile, *Gaz. Pal.* 1er déc. 2005, p. 2. ; X. Delpech, Transaction : les concessions réciproques peuvent n'être qu'indirectes, 4 nov. 2011, *Dalloz actualité.* ; Y. Desdevises, Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?, *D.* 2000. Chron. 284. ; J. Dubarry, Du bon usage et de quelques difficultés de la transaction, *RDC* 1er déc. 2003, n° 1 ; C. Jarrosson, Les concessions réciproques dans la transaction, *D.* 1997. Chron. 267. ; H. Kenfack, Actualité de la transaction, *LPA* 30 juin 2004, n° 130, p. 5.

<sup>616</sup> L'effet extinctif de la transaction est cependant subordonné à son exécution ce qui implique que la transaction doit être exécutée afin d'avoir pour effet d'éteindre le litige : Cass. Civ. 1, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *D.* 2012. 2577 ; *RTD civ.* 2013 p. 138 ; *RTD civ.* 2013 p. 169 ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2012, n° 2.

reconstruction de l'ouvrage. La troisième chambre civile a retenu que l'erreur du maître de l'ouvrage portait bien sur l'objet même de la contestation et que la transaction devait être annulée<sup>617</sup>. Comme le souligne Monsieur CASTON, on peut aisément déduire de la position de la Cour de cassation, une sanction du consentement vicié du maître de l'ouvrage qui avait cru par erreur, au caractère satisfaisant d'une réparation qui en réalité n'était pas adaptée<sup>618</sup>. La transaction doit par nature répondre à une exigence d'équilibre, lequel réside en matière de garantie décennale, dans la suppression effective et définitive de la cause des désordres. La jurisprudence emploie d'ailleurs cette idée en considérant que l'effet interruptif de prescription résultant d'une action portée en justice se prolonge jusqu'à ce que le litige ait trouvé sa solution.

**143. Prolongation de l'effet interruptif en l'absence de solution définitive apportée au désordre** – Lorsque l'aggravation du désordre n'est pas imputable à l'action menée par l'entrepreneur-réparateur, elle ne peut être que la suite de la malfaçon initiale. La jurisprudence a posé le principe général suivant lequel l'effet interruptif de prescription causé par l'action en justice se prolonge jusqu'à ce que le litige ait trouvé sa solution. Tant que la cause de l'interruption n'a pas cessé, le nouveau délai ne s'ouvre pas. S'agissant du dommage décennal, la Cour de cassation a pu considérer que le litige, doit trouver sa « solution définitive », position qui trouve un écho particulier en matière d'aggravation du dommage futur<sup>619</sup>. Il convient alors de s'attarder sur la traduction factuelle de cette « solution définitive » appliquée au dommage de construction.

Paradoxalement, l'existence d'une décision de justice devenue irrévocable permet justement d'établir le caractère définitif ou non du litige. En l'absence d'une telle décision ou éventuellement d'une transaction intervenue à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception, le dommage aggravé ne pourrait aucunement prétendre à une réparation puisque la condition de la dénonciation à l'intérieur du délai de la garantie n'aurait pas été remplie. Le droit à réparation avait donc été préalablement et irrémédiablement admis conformément à une décision de justice définitive. Étant en présence des suites des malfaçons pour lesquelles la responsabilité décennale du constructeur a été reconnue par une décision de justice définitive, les dommages d'origine ont nécessairement été dénoncés dans le délai décennal. Pour autant, l'effet interruptif de cette décision de justice ou de la transaction se poursuit tant que la cause

---

<sup>617</sup> Cass. Civ. 3, 24 mai 1978, n° 77-10.286, *Bull. civ.* III n° 221.

<sup>618</sup> Albert Caston, *Traité de la responsabilité et des constructeurs*, 8<sup>e</sup> éd., Le moniteur, n° 1152 et suiv.

<sup>619</sup> Cass. Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055, *Bull. civ.* III n° 118, *RDI* 1994 p.663. En l'espèce la Cour de cassation affirmait sans détour que « l'effet interruptif de l'assignation se prolonge pendant la durée de l'instance tant que le litige n'a pas trouvé sa solution définitive ».

du désordre n'a pas été supprimée, autrement dit le litige n'a pas encore trouvé sa solution définitive puisqu'il s'est aggravé. Le nouveau délai décennal ne commencera effectivement à courir que lorsque le désordre sera résorbé. On comprend ainsi d'autant mieux l'application libérale de l'autorité de la chose jugée faite en la matière par la jurisprudence. Un ancien arrêt du 25 octobre 1977 est à cet égard évocateur de la combinaison entre autorité de la chose jugée et réparation d'une aggravation des désordres constatés par une décision de justice devenue définitive<sup>620</sup>. En l'espèce, des revêtements de façade d'immeuble se décollaient, une décision de justice irrévocable a permis au maître d'ouvrage de faire procéder à leur réfection mais cette dernière s'avérant insuffisante, les désordres se sont aggravés. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel ayant retenu que la demande en réparation introduite postérieurement au délai décennal ayant la même cause et le même objet, l'autorité de chose jugée ne rend pas irrecevable la seconde demande mais permettait au contraire d'y faire droit. La Haute juridiction poursuivait sa motivation en retenant qu'ayant consacré le droit du maître de l'ouvrage à réparation des désordres de la façade, les juges du fond ont décidé à bon droit que l'exception relative à l'expiration du délai de dix ans ne pouvait être accueillie pour faire échec à une demande tendant à la réparation des mêmes malfaçons affectant cette façade.

Dès lors, la jurisprudence s'adonne à une sorte de gymnastique juridique par laquelle l'autorité de la chose jugée qui devrait normalement fermer l'accès à une nouvelle demande en réparation du désordre aggravé, est celle-là même qui permet sa prise en charge par la garantie. Ainsi, selon la jurisprudence désormais constante, c'est bien en vertu de la chose jugée que l'exception d'irrecevabilité tirée de l'expiration du délai décennal doit être écartée lorsque les deux instances ont la même cause et le même objet, autrement dit, lorsque les désordres constituant l'aggravation sont dénoncés sur le même fondement – la garantie décennale – et ont trait au même dommage antérieurement constaté. Certains auteurs ont pu soulever qu'en pareil cas, l'interprétation retenue par la Cour de cassation est plus souple qu'en matière de dommages évolutifs. Cette dernière n'exige pas, s'agissant du désordre, une identité d'ouvrage ou encore de cause comme en matière de dommages évolutifs, mais elle exige uniquement que les désordres objet de la nouvelle demande, soient l'extension des premiers désordres, autrement dit leur aggravation<sup>621</sup>.

**144. L'aggravation du désordre intermédiaire** – La « responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs » est la dénomination qui conviendrait désormais mieux que la

---

<sup>620</sup> Cass. Civ. 3, 25 oct. 1977, n° n° 76-10.236, *Bull. civ.* III n° 353.

<sup>621</sup> J.-F. Pericaud, *Gaz.Pal.*, 25 oct. 2007, n° 298, p. 3.



théorie des « dommages intermédiaires » dans la mesure où la loi de 1978<sup>622</sup> ne fonde plus la distinction entre garantie biennale et garantie décennale sur la distinction entre gros et menus ouvrages. En tout état de cause, ces dommages sont ceux qui, apparus postérieurement à la réception, n'entrent pas dans le champ de la garantie décennale à défaut de revêtir la gravité requise, pas plus qu'ils n'entrent dans la catégorie des désordres « biennaux », à défaut d'affecter les éléments d'équipement dissociables. Ces désordres font eux aussi l'objet d'une action enfermée dans le délai de dix ans suivant la réception. Or, la question de savoir ce qu'il advient du désordre intermédiaire aggravé reste entière et nécessiterait une position précise de la jurisprudence du moins lorsque cette aggravation intervient à l'intérieur du délai décennal et emporte la gravité décennale.

En effet, s'agissant du désordre seulement en germe à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception, mais qui ne s'aggrave et ne répond aux conditions de la garantie légale qu'après l'expiration dudit délai, il est indubitablement exclu du bénéfice de la garantie décennale. La jurisprudence est constante sur ce point, pour être pris en charge par la garantie légale, les désordres affectant l'ouvrage doivent impérativement atteindre le degré de gravité requis dans le délai décennal et être dénoncés avant le terme de celui-ci<sup>623</sup>. La question est en revanche plus tracassière lorsque le désordre intermédiaire se transforme en dommage à dimension décennale à l'intérieur du délai de dix ans. Monsieur MALINVAUD interrogeait déjà sur l'avenir de ce « désordre intermédiaire évolutif »<sup>624</sup>. Il est à espérer que le maître de l'ouvrage puisse obtenir réparation de ce type de dommage. Le principe de réparation intégrale, l'exigence d'une solution définitive apportée au litige ou encore la voie de l'interruption du délai de prescription permettant de demander la réparation du préjudice dans un nouveau délai de même nature, sont autant de mécanismes dont la portée générale permettrait aisément de prétendre à une réparation du désordre intermédiaire aggravé. De la même manière, on pourrait imaginer que la souplesse spécifiquement accordée au traitement de l'autorité de la chose jugée en matière de responsabilité décennale telle que nous l'avons exposée<sup>625</sup>, puisse être appliquée au désordre intermédiaire évolutif. Par ailleurs, il n'est pas à exclure que le dommage intermédiaire, devenu décennal à l'intérieur du délai de la garantie, puisse être regardé comme un désordre nouveau pouvant dès lors recevoir application de la garantie au titre d'un désordre

---

<sup>622</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

<sup>623</sup> J.-P. Tricoire, Pas d'évolution pour les dommages évolutifs..., *RDI* 2011, p.576.

<sup>624</sup> Ph. Malinvaud, Dommages futurs : l'éclaircie ?, *RDI* 2003 p.185 ; Ph. Malinvaud, Dommages futurs : où en est-on ?, *RDI* 2003, p. 87.

<sup>625</sup> *Supra* n° 143.

actuel. Monsieur MALINVAUD pour sa part, avançait que, par transposition de la jurisprudence relative aux désordres décennaux évolutifs, « *la responsabilité de droit commun devrait couvrir les conséquences futures des désordres dont la réparation a été demandée pendant la période de garantie de dix ans. Subsisterait néanmoins une différence de régime avec la responsabilité spécifique des articles 1792 et suivants : le maître de l'ouvrage devrait rapporter la preuve d'une faute du constructeur* »<sup>626</sup>. En tout état de cause, par stratégie de précaution, si un doute existe quant à la gravité du désordre, le maître de l'ouvrage à tout intérêt à invoquer les deux fondements possibles, à savoir la responsabilité décennale et la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs, mais ce dans les dix ans de la réception, le délai de prescription étant désormais le même<sup>627</sup>.

**145. Propos conclusifs** – Le remède apporté à l'aggravation du dommage futur ne doit pas être perçu comme une réitération de la réparation mais plutôt comme une sorte de « réparation rétroactive » justifiée par une indemnisation originellement mal évaluée. La jurisprudence a en ce sens très tôt admis que la responsabilité décennale du constructeur demeure ouverte tant que le litige n'a pas trouvé sa solution définitive. Le délai décennal n'est donc valablement interrompu que lorsqu'il est effectivement mis fin au désordre, ce qui laisse entendre que le désordre mal évalué ne fait pas l'objet d'une nouvelle réparation mais se poursuit tant que la cause du désordre n'a pas été supprimée. Le traitement consacré dans ce cadre au principe de l'autorité de la chose jugée est remarquable en ce qu'il permet paradoxalement tout à la fois de maintenir le droit à la réparation qui est acquis depuis la première décision, que de légitimer la non-interruption du délai liée au défaut de solution définitive. En outre, cette vision de l'autorité de la chose jugée a également été appliquée en matière de transaction lésionnaire, laquelle témoigne au demeurant, de ce que la sous-évaluation du dommage ne coïncide assurément pas avec l'idée d'une répétition de la réparation.

## §2 Conséquences du désordre mal réparé

**146. Les difficultés induites des travaux de reprise interférant dans la réparation du désordre évolutif** – Nous avons pu observer que l'assureur dommages-ouvrage est tenu à une obligation de préfinancer des travaux efficaces et devant répondre à un impératif de

---

<sup>626</sup> *Ibid*

<sup>627</sup> V. Ph. Malinvaud, Dommages futurs : ils doivent impérativement revêtir la gravité requise dans le délai de dix ans, *RDI* 2007 p.162.

pérennité au risque sinon, d'être contraint de financer autant de fois que nécessaire, de nouvelles interventions destinées à mettre un terme au désordre. Pour autant, cette insuffisance du préfinancement de l'assureur dommages-ouvrage, ne doit pas être confondue avec le cas où l'entrepreneur-réparateur faillit à sa mission consistant à réparer le désordre dénoncé. La situation de ce désordre mal réparé doit inévitablement être combinée avec la problématique des travaux sur existants car il s'agit bien ici d'une intervention sur l'ouvrage subissant des malfaçons. Dès lors, si le maître de l'ouvrage espère naturellement que l'action menée par le constructeur-réparateur mette effectivement fin au désordre dont il a demandé réparation, il peut arriver que son espoir soit déçu. En effet, dans le meilleur des cas, les malfaçons peuvent tout simplement subsister, mais elles peuvent tout aussi bien s'aggraver, voire dans le pire des cas de figure, provoquer de nouveaux désordres.

A l'instar du désordre mal évalué, le désordre mal réparé ne procède pas d'une logique de réitération de la réparation mais de l'idée de parfaire une réfection incorrectement réalisée. La responsabilité du nouvel intervenant sera alors inévitablement recherchée par le consommateur immobilier, il reste à déterminer quel sera le fondement envisageable.

**147. La voie de la responsabilité décennale conditionnée par l'existence d'un ouvrage** – Afin de vérifier si la responsabilité du constructeur-réparateur peut être engagée sur le terrain de la garantie décennale, il convient de déterminer si les travaux qu'il a réalisés peuvent en eux-mêmes constituer un ouvrage<sup>628</sup>. En effet, le préalable obligatoire au déclenchement des garanties légales est naturellement l'existence d'un ouvrage. En cela, comme nous l'avons souligné ci-dessus<sup>629</sup>, la question des travaux de reprise se confond avec celle des travaux sur existants. Les critères de détermination de l'existence d'un ouvrage répondent donc à ceux dégagés par la jurisprudence en matière de travaux sur existants, bien que ceux-ci demeurent encore confus<sup>630</sup>. En tout état de cause, dès lors que les travaux de reprises constituent un ouvrage au sens de l'article 1792 du Code civil, la responsabilité du constructeur intervenant peut légitimement être recherchée sur le fondement de la garantie décennale. Néanmoins, la responsabilité du constructeur de reprise n'est pas engagée de façon automatique dès qu'un désordre de nature décennale apparaît postérieurement à son intervention. À ce stade, une première hypothèse se dégage et consiste dans l'apparition d'un nouveau désordre affectant les travaux neufs.

---

<sup>628</sup> Ph. Malinvaud, Les travaux de reprise peuvent constituer un ouvrage, *RDI* 2012, p. 229.

<sup>629</sup> *Supra* n° 146.

<sup>630</sup> *Supra* n° 37.

**148. Réparation par la garantie décennale des dommages affectant les travaux neufs** – Dans cette configuration, une première hypothèse se dégage et consiste dans l'apparition d'un nouveau désordre affectant les travaux neufs. La soumission des dommages affectant les travaux neufs à la responsabilité décennale ne pose pas de difficulté particulière si ce n'est qu'ils doivent tout de même répondre aux exigences classiques d'une gravité décennale, du caractère caché lors de la réception et bien sûr de leur imputabilité au constructeur-réparateur<sup>631</sup>. En effet, il est tout à fait concevable que les désordres affectant les travaux neufs, trouvent leur source totalement ou partiellement, dans les désordres d'origine auquel cas il ne s'agit pas d'en rechercher la cause mais de déterminer leur imputabilité. Lorsque le nouveau désordre est partiellement imputable à l'existant, autrement dit que les désordres après reprise sont le fait des deux opérations de construction, la jurisprudence décide en toute logique que l'ensemble des constructeurs est responsable au titre de la garantie légale<sup>632</sup>.

Au demeurant, les désordres après reprise qui trouvent leur origine à la fois dans les travaux de reprise et dans l'état des existants, ne sauraient relever d'un régime alternatif de responsabilité mais doivent exclusivement relever de l'article 1792 du Code civil<sup>633</sup>. Lorsqu'en revanche l'imputabilité des nouveaux désordres est exclusivement attribuée à l'ouvrage d'origine, la responsabilité du constructeur de reprise ne saurait a priori être retenue au titre de la garantie décennale pour la réparation des désordres matériels affectant l'ouvrage. Néanmoins, il convient de nuancer quelque peu cette affirmation qu'il est nécessaire de mettre en perspective avec une certaine réalité pratique. En effet, comme le rappelle Monsieur DESSUET, on peut légitimement penser que les travaux neufs doivent être entrepris en considération et en les adaptant à la structure existante. Bien souvent, le désordre qui apparaîtra sera certes, le fait de l'ouvrage d'origine, mais relèvera également d'une erreur de calcul de la part du constructeur-réparateur<sup>634</sup>. Une seconde hypothèse emporte pour sa part des difficultés plus certaines et concerne le régime applicable aux dommages causés aux existants par les travaux neufs.

**149. Cas particulier du désordre « à rebours »** – Il s'agit ici de déterminer si de nouveaux désordres, distincts de ceux pour lesquels a été demandée initialement la réparation,

---

<sup>631</sup> Ph. Malinvaud, Défaut de causalité : des travaux de reprise insuffisants ne sont pas la cause des désordres initiaux, *RDI* 2014, p. 411.

<sup>632</sup> Cass. Civ. 3 civ., 4 mars 2021, n° 19-25.702, P.

<sup>633</sup> CA Amiens, 1<sup>er</sup> ch., 13 nov. 2003.

<sup>634</sup> P. Dessuet, Travaux sur existants : la responsabilité, *RDI* 2012, p. 128.

étant causés aux existants par l'intervention du constructeur de reprise, sont susceptibles d'être réparés sur le fondement de la responsabilité décennale de ce dernier. Les solutions apportées en matière de travaux sur existants de façon générale, sont susceptibles d'être transposées ici s'agissant des travaux de reprise. Monsieur DESSUET dresse le tableau évolutif des solutions trouvées par la jurisprudence permettant la mobilisation de la garantie décennale pour les désordres affectant l'existant<sup>635</sup>. C'est dans un premier temps par l'application du critère d'indivisibilité des existants avec les travaux neufs, que les juges ont permis l'application de la garantie décennale aux désordres causés à l'ouvrage d'origine par les nouveaux travaux. Cette possibilité a ensuite été le fruit de la théorie des dommages consécutifs en vertu de laquelle les dommages subis par l'existant bénéficient de la garantie décennale en ce qu'ils sont consécutifs aux travaux neufs. Enfin, l'auteur soulève une troisième évolution qui consiste dans l'application de la responsabilité civile décennale au titre de la destination spécifique des travaux de rénovation. L'ensemble des justifications apportées par la jurisprudence à l'appui d'une mise en œuvre de la responsabilité décennale aux existants affectés suite aux travaux neufs, s'il n'est pas exempt de critiques, témoigne cependant de ce que la défaillance du nouvel intervenant ne doit pas rester cantonnée à la responsabilité civile de droit commun. L'idée sous-jacente étant que cet intervenant doit non seulement se conformer aux règles de l'art qui gouvernent son champ de compétence mais doit aussi apporter le soin nécessaire à la préservation de l'ouvrage sur lequel il agit. Néanmoins, l'exigence de l'imputabilité doit rester la clé de voute de l'ouverture de la garantie décennale, c'est pourquoi la question de l'aggravation du désordre dont il est demandé réparation malgré l'intervention de travaux de reprise, est tout aussi complexe.

**150. Cas particulier du désordre « en rebond »<sup>636</sup>** – Lorsque le constructeur-réparateur réalise les travaux de reprise des désordres, mais que ces travaux se révèlent inutiles dans la mesure où les désordres se poursuivent, il convient de s'interroger sur la potentielle mise en œuvre de sa responsabilité décennale.

La jurisprudence fait en ce cas usage du principe d'imputabilité du désordre. Les formulations employées par la Haute juridiction peuvent parfois être générales : « *la garantie décennale d'un constructeur ne peut pas être mise en œuvre pour des désordres qui ne sont pas imputables à son intervention* »<sup>637</sup>, et ont parfois le mérite d'être plus étayées : « *si les travaux*

---

<sup>635</sup> *Ibid.*

<sup>636</sup> C. Charbonneau, Responsabilité et travaux sur existants, *LPA* 14 oct. 2016, p. 25.

<sup>637</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2015, n° 13-27.584, *RDI* 2015. 310, obs. P. Malinvaud.

*réalisés par la société Temsol ont été insuffisants, ils n'ont occasionnés aucun désordre à l'immeuble, n'ont pas aggravé les désordres initiaux et ne constituent pas la cause des désordres actuels qui sont la suite directe du sinistre initial qui se poursuit* »<sup>638</sup>. Dès lors, la responsabilité décennale du constructeur de reprise ne peut être retenue que pour les dommages directement liés à son intervention et non pas à ceux auxquels il aurait dû mettre fin. En effet, si les désordres objet de la réparation réapparaissent ou augmentent en intensité sans que cette aggravation ne soit imputable aux travaux de reprise, alors ils ne sont que la suite des premiers désordres autrement dit, des désordres évolutifs pour lesquels le premier constructeur demeure décennalement responsable. Peut-on alors considérer que l'intervenant aux travaux de reprise peut arguer d'une exonération de responsabilité du fait de l'état antérieur du désordre ?

La Cour de cassation s'est prononcée sur ce point et a retenu une position qui, de fait, conduit à une rareté des solutions retenant cette cause d'exonération. Elle a en effet soutenu 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* »<sup>639</sup>. Ainsi, les conditions posées par la Haute cour pour que l'exonération puisse valablement être invoquée par le constructeur-réparateur consistent d'une part, à ce que la cause des désordres siégeait dans l'existant, à ce qu'elle n'était pas décelable au moment où l'entrepreneur a effectué les travaux de reprise et à ce qu'elle n'était pas normalement prévisible. Comme le souligne à juste raison Monsieur KARILA, l'intérêt de la solution reste très limité dans la mesure où, s'agissant de travaux de reprises, l'entrepreneur connaissait nécessairement l'existence des vices affectant l'existant<sup>640</sup>. La solution n'a qu'un intérêt résiduel, et aurait vocation à s'appliquer aux désordres nouveaux mais qui sont sans aucun lien avec le désordre dont il a été demandé réparation, encore que, l'éventuel défaut d'imputabilité à l'intervention du constructeur de reprise empêche déjà la mise en œuvre de sa responsabilité décennale.

Par ailleurs, il convient de préciser qu'il est parfois malaisé de déterminer si le désordre aggravé est exclusivement dû au désordre initial ou au contraire, à la seule intervention du constructeur de reprise. Il appartiendra aux juges de déterminer le rôle causal de chacun des

---

<sup>638</sup> Cass. Civ. 3, 8 avr. 2014, n° 13-16.692, *RDI* 2014, p. 411. – Dans le même sens : Cass. Civ. 3, 9 mars 2017, n°16-10.806.

<sup>639</sup> Cass. Civ. 3, 26 févr. 2003, 01-16.441, *Bul. Civ.* III n° 46.

<sup>640</sup> J.-P. Karila, Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparations d'ouvrages existants, *Constr.-Urb.* févr. 2006, n° 2.

constructeurs. En ce sens, il semblerait que s'ouvre la voie d'un possible cumul de responsabilités entre la responsabilité décennale de l'entreprise intervenue pour les travaux de reprise et la responsabilité décennale de l'entreprise initiale puisque les désordres nouveaux n'étant que la suite des désordres d'origine, la garantie décennale y étant attachée poursuit ses effets.

Si l'exigence d'une imputabilité permettra au constructeur-réparateur d'échapper à sa responsabilité décennale, il n'en reste pas moins tenu à sa responsabilité contractuelle de droit commun.

**151. L'application de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'entrepreneur- réparateur** – Le constructeur de reprise qui faillit à la mission de réparation qui lui a été confiée, ne peut raisonnablement pas être libéré de toute responsabilité nonobstant le défaut de mise en œuvre de sa responsabilité décennale. A cet égard, la nature de l'action en responsabilité entreprise par le maître de l'ouvrage sera fonction de l'existence ou non d'un rapport contractuel entre lui et le constructeur-réparateur. La présence d'un lien contractuel entraînera naturellement la responsabilité contractuelle de ce dernier et, selon que les travaux sont ou non constitutifs d'un ouvrage au sens de l'article 1792 du Code civil, s'appliquera soit la garantie décennale dans l'affirmative, soit la responsabilité contractuelle de l'article 1231-1 du même code<sup>641</sup>. Toutefois, le plus souvent il s'agira d'une responsabilité de nature extracontractuelle. En effet, dès lors que le constructeur-réparateur conclut le contrat de réparation avec l'assureur et non pas avec le maître de l'ouvrage, son rapport avec ce dernier ne peut être que de nature extracontractuelle. En revanche la nature de sa responsabilité demeure contractuelle dans le cadre de son rapport avec l'assureur ou encore dans le cadre de l'action récursoire menée à son encontre par le constructeur initial.

Dans le cadre du schéma impliquant l'action extracontractuelle du maître de l'ouvrage à l'encontre du constructeur de reprise, il appartiendra au premier de démontrer que le second a commis une faute dans la réalisation de sa prestation. Cette faute pourra consister en une faute d'exécution, en une faute de conception mais de façon beaucoup plus marginale dans la mesure où c'est souvent l'expert qui préconise les travaux de reprise, elle peut enfin résider dans un

---

<sup>641</sup> Cette dichotomie paraissant franche de prime abord, peut toutefois être nuancée dans la mesure où il n'est pas impossible que le maître de l'ouvrage puisse – même en étant tiers au contrat d'entreprise relatif à la reprise des travaux – valablement invoquer un manquement à l'une des obligations issues de ce contrat. La Cour de cassation a en effet pu juger que le manquement du vendeur de terrain à l'égard de l'acquéreur constitue une faute contractuelle dont le locateur d'ouvrage en tant que tiers au contrat, peut se prévaloir pour demander la réparation au titre de la responsabilité délictuelle du préjudice qu'il a subi. Cass. Civ. 3, 12 mai 2004, n°02-20.911, *Bull. civ* III n°93.

manquement à son obligation de conseil. Concernant cette dernière espèce de faute, un arrêt remarqué du 11 mars 2015 témoigne de cette obligation pesant sur le constructeur-réparateur consistant à une évaluation voire à une rectification des solutions préconisées par l'expert<sup>642</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a admis que l'entrepreneur de reprise puisse engager sa responsabilité au titre de l'article 1147 ancien du Code civil, au motif que la réalisation par ce dernier de travaux inutiles mais exécutés sur les recommandations de l'expert judiciaire, ne lui permettait pas de s'affranchir de sa faute contractuelle consistant dans le manquement à son obligation de conseil. La Haute juridiction cassait en l'espèce l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'article 1141 du Code civil sans émettre dans ses motifs la moindre hésitation : « *Qu'en statuant ainsi, tout en relevant que le manquement à l'obligation de conseil de l'entreprise était caractérisé par le fait que bien qu'intervenant pour exécuter les préconisations de l'expert, il lui appartenait de procéder à des vérifications minimales et d'émettre auprès des maîtres de l'ouvrage des réserves sur l'efficacité des travaux prescrits par M. Z..., ce dont il résultait que le manquement à l'obligation de conseil de l'entrepreneur avait contribué à la persistance des dommages, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Ainsi, l'entreprise exécutant les travaux de reprise n'est pas dispensée de s'interroger sur l'opportunité et la faisabilité des réfections préconisées par l'expert, d'en anticiper l'étendue de l'efficacité et d'en faire part au maître de l'ouvrage. Elle ne saurait se retrancher derrière l'expert pour échapper à toute responsabilité.

**152. Propos conclusifs** – L'hypothèse du désordre mal réparé par l'entrepreneur intervenant au titre des travaux de reprise se recoupe nécessairement avec la notion de dommages évolutifs auxquels ces travaux n'ont justement pas mis un terme. Pour autant, les désordres mal réparés procèdent surtout d'une logique consistant à parfaire une réfection incorrectement réalisée plutôt qu'une réitération de la réparation comme en matière de dommages évolutifs.

Les travaux de reprise, en ce qu'ils sont réalisés sur l'ouvrage subissant des désordres, obéissent aux règles applicables en termes de travaux sur existants. L'incertitude régissant ce domaine, notamment en ce qui concerne la caractérisation d'un nouvel ouvrage, ne facilite pas la détermination de l'applicabilité de la responsabilité décennale au constructeur-réparateur. La multitude des situations factuelles possibles complexifie davantage encore le travail du juriste qui peine à démêler cet imbroglio. Il reste que l'entrepreneur-réparateur qui semblerait être

---

<sup>642</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2015, n° 13-28.351, *Bull. civ.* III n°28, *Constr.-Urb.* n°5, mai 2015, comm74.



*La responsabilité décennale à raison des désordres évolutifs*

soumis à une obligation de résultat quant aux travaux de réfection dont il a la charge, ne peut échapper à toute responsabilité en cas d'aggravation ou de survenance d'un désordre du fait de son intervention. Il doit en effet non seulement veiller à la préservation de l'ouvrage qui lui a été confié, mais doit en outre remplir la mission dont il est investi, consistant à réparer des désordres considérés. Dès lors, qu'elle soit décennale ou contractuelle de droit commun, la responsabilité du constructeur-réparable est légitimement envisageable.



## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

**153.** Il est malaisé de s'inscrire en faux contre le truisme qui consiste à soutenir que dommages futurs et dommages évolutifs partagent l'idée commune d'une évolutivité du désordre. Néanmoins, cette évidence ne doit pas faire perdre de vue la raison d'être propre à chaque type de dommage. Ainsi, au-delà d'une simple distinction notionnelle, la jurisprudence s'efforce de cloisonner les deux désordres selon leur logique réparatoire intrinsèque. Alors que le désordre évolutif consiste à réitérer la réparation, le désordre futur lui, doit conserver sa dimension anticipatoire. L'aggravation de ce dernier malgré une première réparation ne le fait pas pour autant tomber dans le compartiment adverse, celui du dommage évolutif. En effet, les prévisions erronées du devenir du désordre ne justifient pas un renouvellement de la réparation mais procèdent davantage d'une rectification de ce qui a été mal évalué. La jurisprudence a ainsi mis en place un système de réparation facilitée de ce désordre aggravé, à travers l'adaptation de principes tels que l'autorité de la chose jugée ou encore en différant le point de départ de l'interruption du délai décennal jusqu'à ce que le désordre objet du litige ait trouvé sa solution définitive. La jurisprudence se garde donc habilement d'étendre les règles du dommage évolutif au cas particulier du dommage futur sous-évalué. Les deux mécanismes conservent leur identité propre tant dans leur définition que dans l'application de leur régime procédural. De la même manière, le dommage futur qui n'est pas correctement réparé dans sa dimension physique, ne conduit pas véritablement à une réitération de la réparation mais consiste davantage à parfaire ce qui a été mal réparé. La responsabilité du constructeur-réparateur effectuant les travaux de reprise occupe alors une place centrale dans cette prolongation de la réparation.



## **CHAPITRE II : LA CLARTE RELATIVE DU REGIME APPLICABLE AU DOMMAGE EVOLUTIF**

**154.** La théorie des désordres évolutifs permet que la garantie décennale puisse couvrir les conséquences futures de désordres portant atteinte à la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination dès lors que la réparation des désordres initiaux a été demandée au cours du délai décennal. Dans la mesure où cette théorie transgresse la lettre de l'article 1792-4-1 du Code civil qui limite à dix ans le délai durant lequel l'ouvrage est mis à l'épreuve, sa mise en œuvre doit faire l'objet d'une grande prudence. La jurisprudence a ainsi fait évoluer sa position quant aux critères permettant de sélectionner les désordres ultérieurs dont on pourra dire qu'ils sont l'évolution des premiers (**Section 1**). Pour autant, la pérennité de ces critères d'éligibilité est encore incertaine tant les difficultés pratiques sont nombreuses (**Section 2**).

### ***Section 1 : L'évolution des critères d'identification du désordre évolutif***

**155.** Dès lors que l'on distingue le désordre évolutif du désordre futur en admettant que le premier est entre autres celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action de la garantie décennale, est la suite directe des désordres d'origine, il est impératif de préciser ce qu'englobe la notion de « suite ». La jurisprudence a dans un premier temps fait prévaloir la nécessité d'une proximité matérielle des désordres nouveaux avec les premiers (§1), avant de procéder à un changement de paradigme au profit d'une appréhension d'apparence plus restrictive de la continuité du désordre, qui réside désormais dans une proximité géographique (§2).

#### **§1 La supposée prééminence passée d'une continuité matérielle des désordres**

**156. Les conditions classiques et cumulatives de la réparation du désordre évolutif** – La réparation du désordre évolutif était anciennement subordonnée à la réunion de

trois conditions cumulatives. La première consistait classiquement à ce que les désordres initiaux aient été dénoncés à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception. La Cour de cassation a fait de cet élément l'une des conditions *sine qua non* à l'application de la garantie légale aux désordres évolutifs en ces termes : « *pour qu'un désordre puisse être qualifié d'évolutif en sorte que ses conséquences dommageables postérieures à l'expiration du délai de garantie décennale ouvrent néanmoins droit à réparation, il faut que le vice ait été judiciairement dénoncé pendant la période de garantie* »<sup>643</sup>. Il s'agit ici de l'un des éléments constituant le tronc commun des conditions des désordres futurs comme évolutifs. Les modalités de cette dénonciation initiale obéissent ainsi aux mêmes règles que nous avons précédemment étudiées<sup>644</sup>.

La deuxième condition qui constitue le point distinctif central avec le désordre futur, tient à ce que les désordres d'origine doivent avoir répondu à l'exigence de la gravité décennale de l'article 1792 du Code civil dès leur dénonciation. Là encore, la Haute juridiction a très clairement établi cette solution dès la fin des années 1980, laquelle est depuis lors constante<sup>645</sup>. Un arrêt du 13 février 1991 illustre la clarté de la solution. En l'espèce, la Cour de cassation approuvait la position de la cour d'appel ayant retenu que « *les désordres survenus et dénoncés durant le délai d'épreuve n'ayant pas le caractère de gravité requis, l'aggravation survenue plus de 12 ans après la réception ne pouvait être prise en charge dans le cadre de la garantie légale* »<sup>646</sup>.

La troisième condition est la plus complexe à appréhender en ce qu'elle consiste à démontrer une connexité entre les désordres originaux et les désordres ultérieurs. En effet, la jurisprudence exige que les désordres soulevés postérieurement à l'expiration du délai de dix ans suivant la réception, soient la continuité des désordres dénoncés à l'intérieur dudit délai.

**157. La complexité de la condition d'un lien de connexité entre désordres passés et ultérieurs** – Il semble étonnant de s'intéresser à l'origine du dommage compte tenu de la nature même de la responsabilité décennale qui se veut être objective, ne s'intéressant aucunement à la cause ou à l'origine du désordre. La Cour de cassation a elle-même soulevé cet écueil en censurant un arrêt d'appel ayant refusé de retenir le caractère évolutif d'un désordre et conséquemment l'application de la garantie décennale, dans la mesure où l'expert attribuait le

---

<sup>643</sup> Cass. Civ. 3, 18 nov. 1992, n° 91-12.797, *Bull. civ.* III n° 297, *RDI* 1993, p.84.

<sup>644</sup> *Supra* n°115.

<sup>645</sup> Cass. Civ. 3, 10 déc. 1986, n° 85-12.696, *Bull. civ.* III, n° 178. – Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400, *Bull. civ.* III n° 17. – Cass. Civ. 3, 30 juin 2011, n° 10-21.235.

<sup>646</sup> Cass. Civ. 3, 13 févr. 1991, n° 89-12.535, *Bull. civ.* III n° 52.

désordre à une autre cause que le désordre initial. Les Hauts juges ont décidé « *Qu'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* »<sup>647</sup>. Pour autant, comme a pu le souligner Monsieur MALINVAUD, la question, s'agissant du désordre évolutif, est davantage de « *savoir si la garantie décennale doit s'étendre à des dommages apparaissant postérieurement à l'expiration de la garantie. En effet, pareille extension suppose l'existence d'un lien de causalité entre un dommage nouveau et ceux précédents, ce qui oblige nécessairement à en rechercher la cause* »<sup>648</sup>. Il est vrai que dès lors que la jurisprudence a posé la nécessité d'une proximité entre désordres initiaux et postérieurs, la démarche pour répondre à cette exigence consiste inévitablement à déterminer si les seconds trouvent leur explication dans l'apparition des premiers, autrement dit, à en rechercher la cause. Si la Cour de cassation a semblé vouloir bannir le terme de « cause » afin de maintenir l'esprit d'une responsabilité décennale objective, ce n'est en définitive qu'une question d'enrobage sémantique puisque la recherche d'un lien d'aggravation se conjugue mécaniquement avec la recherche de l'origine du désordre évolutif. D'ailleurs, la jurisprudence demeurait floue quant à l'intérêt qu'elle accordait à la condition de l'identité de cause du désordre nonobstant la position qu'elle avait soutenue en 1998<sup>649</sup>. Elle a par exemple approuvé une cour d'appel qui, suivant le rapport de l'expert avait décidé que « *les nouveaux désordres affectant la couverture provenaient de la même cause que les désordres précédents, à savoir l'oxydation de la pyrite contenue dans les ardoises, devenue depuis traversante, et n'étaient que l'aggravation dans le délai décennal des désordres initiaux* »<sup>650</sup>. Face à la contradiction de la jurisprudence quant à la question de savoir si l'on peut accorder à l'identité de cause le rang de critère déterminant le caractère évolutif du désordre, certains auteurs y percevaient davantage un simple indice du dommage évolutif<sup>651</sup>.

Aussi, le caractère dérogoire de la réparation du désordre évolutif par rapport à la rigueur normale du délai décennal, justifie que soit recherchée l'origine des désordres

---

<sup>647</sup> Cass. Civ. 3, 20 mai 1998, n° 96-14.080, *Bull. civ.* III n° 105, *RDI* 1998, p. 374. Solution réitérée : Cass. Civ. 3, 6 févr. 2002, n° 99-19.933. – Cass. Civ. 3, 30 avr. 2002, n° 00-19.935.

<sup>648</sup> Ph. Malinvaud, Définition de l'aggravation d'un désordre, *RDI* 2000 p. 344.

<sup>649</sup> J.-P. Karila, Désordres évolutifs et impact d'un revirement jurisprudentiel sur un procès engagé antérieurement : sécurité juridique et droit à un procès équitable, *RGDA* nov. 2018, p. 489.

<sup>650</sup> Cass. Civ. 3, 27 févr. 2001, n° 98-23.005, *RDI* 2001 p.171.

<sup>651</sup> Ph. Malinvaud, Les dommages évolutifs, *RDI* 2001 p.171 ; M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, 3<sup>e</sup> éd., Gualino, n° 747.

postérieurs. Pour autant, aussi légitime que soit le souci de conserver la dimension exceptionnelle d'une prise en compte du dommage évolutif au titre de la garantie légale, il ne serait pas soutenable de laisser courir des critères sibyllins de caractérisation du lien de connexité entre les premiers désordres et ceux qui y font suite. À cet égard, la jurisprudence a pendant longtemps fait montre d'une approximation dans la définition des critères permettant de déterminer si continuité il y a entre les désordres passés et postérieurs. Si l'emploi de diverses expressions qualificatives telles que « la suite, la conséquence, l'aggravation, la réapparition ou encore l'extension », convergeait vers l'idée d'une prolongation du désordre, la référence régulière à une nécessaire identité d'ouvrage et de nature du désordre, était en position d'entretenir l'ambiguïté.

**158. La prédominance versatile du critère de l'aggravation du désordre** – Du point de vue de la condition de l'aggravation, nous avons observé que celle-ci n'obéissait pas nécessairement à l'idée que le désordre aggravé partage la même cause que celle du désordre originaire, bien qu'il s'agisse d'un indice intéressant à soulever. Elle n'était pas davantage liée à l'idée d'une intensification du désordre évolutif, ce dernier pouvant parfaitement résider dans la simple répétition du premier désordre. Pour la Haute juridiction, l'aggravation est induite d'un « *lien de causalité entre le désordre initial et le désordre qui se déclare postérieurement* »<sup>652</sup>. Plus précisément, elle a pu indiquer que ce désordre postérieur consiste dans « *l'aboutissement d'une évolution lente mais évidente (...) aggravant le désordre précédent* »<sup>653</sup>. La détermination de ce qui constitue le prolongement du désordre passé et non pas un dommage nouveau sans lien de dépendance avec le premier, relevait en définitive de l'appréciation souveraine des juges du fond faisant l'objet d'un contrôle léger par la Cour suprême. Ces derniers, en sus de l'observation de l'aggravation dans son aspect matériel, s'adonnaient parfois à une analyse de la condition géographique des désordres postérieurs. Pour illustration, dans l'arrêt précité du 20 mai 1998<sup>654</sup>, la Cour de cassation écarte la possibilité que l'identité de cause puisse être un critère de qualification du désordre évolutif, mais elle se prononce en cumulant les critères de l'identité d'ouvrage affecté et de l'aggravation. Plus encore, la formulation employée laisse entendre que la circonstance suivant laquelle les mêmes ouvrages ont été affectés, est en elle-même constitutive de l'aggravation : « *Qu'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*

---

<sup>652</sup> Cass. Civ. 3, 11 mai 2000, n° 98-17.179, *Bull. civ.* III n° 103, *RDI* 2000, p. 344 ; *D.* 2002, p. 833.

<sup>653</sup> Cass. Civ. 3, 25 nov. 1998, n° 94-19.350.

<sup>654</sup> Cass. Civ. 3, 20 mai 1998, n° 96-14.080 préc.



*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*». Dans une autre espèce, la Cour de cassation devait se prononcer sur la réitération de désordres qui avaient été dénoncés en temps utiles et affectant des villas d'une copropriété horizontale. L'ensemble des lots composant la copropriété souffrait d'un dosage en béton mal évalué et de la pose défectueuse des cloisons. Néanmoins, alors que certaines maisons individuelles faisaient apparaître des désordres décennaux à l'intérieur du délai décennal, pour d'autres, ils ne se déclaraient qu'après l'expiration dudit délai. Alors que la copropriété arguait que les désordres tardifs étaient la conséquence des premiers désordres lesquels avaient bien été dénoncés à l'intérieur du délai, la Cour de cassation rejetait cette argumentation suivant le raisonnement des juges du fond selon lequel, chacune des villas devait être regardée comme un ouvrage indépendant, d'où il suit que les désordres affectant l'une d'elles ne pouvait constituer l'aggravation des désordres subis par une autre<sup>655</sup>.

Pour autant, l'utilisation par la jurisprudence de la nécessité d'une identité d'ouvrage n'était pas systématique, si bien qu'il est malaisé d'en déduire qu'elle constituait une condition stable permettant de qualifier le désordre évolutif<sup>656</sup>. Ainsi, dans certains cas, la jurisprudence a pu retenir l'application de la garantie décennale à des désordres qui affectaient des parties autres que celles originairement touchées dès lors qu'ils en constituaient l'aggravation. Dans un arrêt du 28 octobre 2003, la Haute juridiction, rejetait le pourvoi contre un arrêt ayant écarté la garantie des désordres postérieurs dans la mesure où il était impossible de déterminer avec précision leur localisation géographique mise en rapport avec les désordres initiaux. En l'espèce, à l'occasion de l'exécution des travaux de reprise pour des désordres relatifs à l'éclatement de potelets en béton, il a été constaté qu'en plus des désordres pour lesquels la réparation intervenait, l'existence d'une détérioration des arcs, diagonales et nœuds des entretoises de la voûte. La troisième chambre civile retenait alors que : « *la localisation exacte de l'endroit de la voûte d'où s'était détaché un bloc de béton, en avril 1996, était demeurée inconnue et que l'origine de cet éclat n'avait pu être déterminé avec certitude, a, répondant aux conclusions de la société Bail investissement, pu en déduire que les désordres affectant la voûte, qui ne sont pas la conséquence ou l'aggravation des désordres anciens, n'avaient pas été*

---

<sup>655</sup> Cass. Civ. 3, 4 nov. 2004, n° 03-13.414, *Bull. civ.* III n° 187.

<sup>656</sup> V. Ph. Malinvaud, Les désordres évolutifs doivent être la conséquence ou l'aggravation des désordres initiaux, *RDI* 2004 p.121.

dénoncés dans le délai de la garantie décennale »<sup>657</sup>. De la même manière, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de cassation le 8 octobre 2003, alors que 38 garde-corps vitrés affectés de désordres ont été dénoncés à l'intérieur du délai de la garantie décennale et ont bénéficié d'une réparation au titre de cette dernière, la Haute juridiction a, postérieurement à l'expiration du délai, accepté la réparation au titre de la garantie légale pour les désordres de même nature et de même cause qui avaient affecté 267 autres garde-corps. La Cour de cassation a en effet retenu que ces derniers « *n'étaient pas des désordres nouveaux, mais l'aggravation de ceux déjà initialement mis en évidence par l'expert judiciaire pour trente-huit de ces garde-corps* »<sup>658</sup>. Dès lors, à la lecture des exemples jurisprudentiels que nous venons de soulever, il apparaît que la notion d'aggravation du désordre constitue la condition permanente tandis que ce n'est qu'au gré des cas d'espèces que le critère d'une identité d'ouvrage est employé.

**159. Propos conclusifs** – La réparation du dommage évolutif est subordonnée à la réunion de trois conditions précises et stables à savoir : les désordres originaires doivent avoir été dénoncés à l'intérieur du délai décennal ; les premiers désordres doivent avoir acquis la gravité décennale au moment de leur dénonciation ; les désordres postérieurs doivent être la suite des premiers. La dernière condition est sans conteste la plus difficile à appréhender dans la mesure où elle est tributaire des circonstances factuelles entourant le litige porté à la connaissance des juges, lesquels apprécient souverainement la réalité du lien de dépendance entre les désordres initiaux et les désordres postérieurs. Pour caractériser ce lien, la jurisprudence a employé diverses méthodes, dont l'une peut étonner puisqu'elle consiste à rechercher une identité de cause des désordres nonobstant le caractère objectif de la responsabilité décennale, lorsque qu'une autre, celle de l'identité d'ouvrage, était utilisée de façon si inconstante qu'il est difficile de l'ériger en véritable critère de qualification du lien de dépendance entre désordres passés et postérieurs. En définitive, le critère le plus constant mais aussi le plus générique, était pendant longtemps celui d'une aggravation du désordre, critère grâce auquel les juges s'accordaient une grande marge de manœuvre mais qui dans le même temps, aboutissait à une jurisprudence brouillonne sur le sujet.

---

<sup>657</sup> Cass. Civ. 3, 28 oct. 2003, n° 02-15.124.

<sup>658</sup> Cass. Civ. 3, 8 oct. 2003, n° 01-17.868, *Bull. civ.* III n° 170.

## §2 La supposée prééminence d'une continuité géographique des désordres

**160. Restriction des critères de qualification du lien de dépendance** – L'inconstance des solutions relatives aux critères de détermination du lien de dépendance entre les désordres initiaux et ceux intervenant postérieurement à l'expiration du délai de la garantie décennale, nécessitait, pour des raisons de sécurité juridique évidentes, une clarification jurisprudentielle. Cette clarification est intervenue par un arrêt du 18 janvier 2006 bien qu'à sa sortie, les commentateurs ne percevaient pas le revirement de jurisprudence qu'il contenait<sup>659</sup>. Cette espèce se rapportait à la construction d'un immeuble à usage de parkings pour lequel la réception avait été prononcée sans réserves en décembre 1974. Des désordres sont ensuite apparus à l'intérieur du délai décennal, en 1981, affectant des corbeaux<sup>660</sup> et ont été réparés sur le fondement de la garantie décennale par un jugement en 1988. Plus tard, en 1997, soit après l'expiration du délai de dix ans suivant la réception, d'autres corbeaux ont été affectés de désordres identiques d'où il suivit que le syndicat de copropriété assigna le constructeur au titre des dommages évolutifs. Le demandeur soutenait alors que les désordres subis par les nouveaux corbeaux, procédaient des mêmes causes que ceux dont la réparation avait été ordonnée à l'intérieur du délai de la garantie, que les conséquences futures de ces derniers sont couvertes quand bien même elles affecteraient un élément isolé et distinct non encore endommagé et non encore réparé mais de même nature que les éléments endommagés et réparés dans le délai décennal. Les juges du fond n'ont pas été convaincus par ces arguments et ont trouvé l'approbation de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui retenait : « *Mais attendu que de nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal qui est un délai d'épreuve, ne peuvent être réparés au titre de l'article 1792 du Code civil que s'ils trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration de ce délai ; qu'ayant, d'une part, constaté que les désordres survenus en 1997 affectaient d'autres "corbeaux" que ceux qui avaient déjà été réparés au cours du procès clos en 1988 et que les derniers "corbeaux" au nombre de neuf avaient satisfait au délai d'épreuve décennal, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes sur la qualification d'ouvrage, a souverainement retenu que les désordres dénoncés en 1997*

---

<sup>659</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400, *Bull. civ.* III n° 17, *RDI* 2006, p. 133 ; *RGDA* 2006, p. 464.

<sup>660</sup> Aussi appelés modillons, il s'agit d'éléments de construction d'une toiture ou d'un mur servant notamment à soutenir des poutres.

*s'analysaient en des désordres nouveaux* ». Ainsi, la Cour de cassation prend le soin de distinguer les désordres évolutifs des désordres nouveaux qui n'entretenaient aucun rapport avec les dommages initiaux. Ces derniers n'auraient pu être réparés au titre de la garantie décennale que dans l'hypothèse où ils se seraient déclarés à l'intérieur du délai décennal. Dans la mesure où ce sont des désordres nouveaux et singuliers, qui de surcroît ne sont apparus que postérieurement à l'expiration du délai de dix ans suivant la réception, la Cour de cassation a pu décider que les nouveaux corbeaux avaient convenablement surmonté la mise à l'épreuve découlant du délai décennal. En revanche, le raisonnement retenu par la Cour de cassation pour caractériser la dimension nouvelle des désordres interpelle davantage. En effet, c'est de façon plus étonnante que, pour retenir le caractère inédit de ces désordres, la Haute cour a employé la notion d'identité d'ouvrage d'une façon telle, qu'elle semble surplomber tout autre critère, alors que jusqu'à présent, la notion d'aggravation prise en un sens générique accompagnait couramment les décisions relatives à la qualification du dommage évolutif. Cet intérêt soudain pour le critère d'une identité d'ouvrage a conduit certains auteurs à s'interroger afin de savoir si, « *au rapport sinon de causalité du moins de continuité devant nécessairement exister entre les désordres d'origine et les désordres qui constituent l'aggravation des précités, doit s'ajouter l'exigence qu'il s'agisse d'ouvrages de même nature d'une part, situés au même endroit que ceux d'origine d'autre part* <sup>661</sup> ». Les commentateurs ne concluaient cependant pas à l'abandon pur et simple par cet arrêt, de la condition d'un lien d'aggravation entre les désordres. Or, il s'agissait en réalité bel et bien d'un revirement de jurisprudence d'après l'aveu même de la Cour de cassation dans son rapport annuel au sein duquel elle souligne que la troisième chambre civile modifie la jurisprudence antérieure relative aux désordres apparus tardivement<sup>662</sup>. Plus précisément, la Cour de cassation prenait d'abord le soin de rappeler que la garantie décennale couvrait non seulement les dommages actuels mais aussi les conséquences futures des vices dont la réparation avait été demandée au cours de la période de garantie. Elle poursuivait en rappelant que la prise en charge des désordres évolutifs est subordonnée à la réunion de trois conditions consistant en ce que les désordres initiaux devaient avoir été dénoncés dans le délai de la garantie, que la condition de gravité de l'article 1792 du Code civil devait avoir été satisfaite avant l'expiration du délai de garantie pour les désordres initiaux et enfin que les nouveaux désordres devaient être « la conséquence, l'aggravation ou la suite des désordres initiaux et non pas des nouveaux désordres sans lien de causalité avec les précédents ». La Haute juridiction insistait alors sur l'abandon de cette condition d'aggravation. Elle déployait

---

<sup>661</sup> J.-P. Périer, Assurance construction, *RGDA* 2006, p. 464

<sup>662</sup> Rapport annuel d'activités Cour de cassation 2006, p.324.

le cheminement l'ayant conduit à cet abandon en soutenant que : « Cette notion d'aggravation était délicate à appréhender et aboutissait à garantir des désordres nés bien après l'expiration du délai décennal. Or, comme le rappelle la Cour, ce délai décennal est un délai d'épreuve et un ouvrage ou une partie d'ouvrage qui a satisfait à sa fonction pendant dix ans, a rempli l'objectif recherché par le législateur. Il semble excessif de réparer dix ou quinze ans après l'expiration du délai décennal, des ouvrages sur le fondement de la responsabilité décennale. Dans l'espèce, des désordres affectant des corbeaux (pièces en saillie sur l'aplomb d'un parement destinées à supporter un linteau ou une poutre), et qui présentaient le caractère de gravité requis par l'article 1792 du Code civil, avaient été dénoncés et réparés dans le délai décennal. En 1997 soit près de vingt-trois ans après la réception, des désordres de même nature avaient été dénoncés portant sur neuf corbeaux distincts de ceux déjà réparés au cours de la période décennale. La Cour de cassation considère que les neuf corbeaux affectés de désordres ont satisfait le délai d'épreuve décennal et que les désordres constatés ne trouvent pas leur siège dans l'ouvrage où les premiers désordres avaient été constatés et réparés et doivent donc s'analyser comme des désordres nouveaux. Désormais le désordre évolutif est celui qui, né après l'expiration du délai décennal trouve son siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté présentant le caractère de gravité requis par l'article 1792 du Code civil et ayant fait l'objet d'une demande en réparation en justice pendant le délai décennal ». Ainsi, on comprend tout d'abord que la « nature » du désordre ne renvoie pas aux causes et origines des dommages, mais seulement à ses caractéristiques physiques et techniques apparentes comme par exemple des infiltrations, un effondrement ou encore des fissurations. On comprend en outre la volonté de la Cour de mettre un frein à l'analyse extensive de la notion d'aggravation. De son propre aveu, elle admet en effet qu'il est « certain que cette jurisprudence devrait limiter les hypothèses où des désordres évolutifs pourront être retenus mais elle répond mieux à l'idée que le délai décennal est un délai d'épreuve ». Plus encore qu'une simple limitation au désordre évolutif, certains auteurs s'interrogeaient davantage sur sa disparition pure et simple<sup>663</sup>.

**161. Une clarification incomplète opérée par la Cour de cassation** – D'après le rapport de la Cour de cassation précité, le lien entre les désordres passés et les désordres ultérieurs doit être recherché dans la localisation des désordres qui doit être la même. Pour autant, alors que la Cour de cassation a semblé vouloir mettre un terme aux incertitudes régnant en matière de critères de qualification du désordre évolutif, il apparaît qu'une difficulté majeure

---

<sup>663</sup> G. Leguay, La fin des dommages évolutifs ?, *RDI* 2006, p. 108.

émerge et consiste cette fois dans les critères permettant de caractériser l'existence d'un ouvrage distinct. Convient-il de raisonner en termes de type d'ouvrage de façon globale ou alors de considérer que deux ouvrages de même nature conservent néanmoins leur identité physique propre empêchant l'existence d'un lien de dépendance ?<sup>664</sup> La Haute juridiction soutient dans son rapport de 2006 que les neufs corbeaux nouvellement détériorés ne trouvent pas leur siège dans l'ouvrage où les premiers désordres avaient été constatés et réparés et doivent de ce fait s'analyser comme des désordres nouveaux, elle semblerait sous-entendre que l'identité de siège des désordres doit nécessairement s'entendre d'un seul et même endroit affecté. Autrement dit, la fraction d'ouvrage concernée par les désordres postérieurs doit correspondre à celle qui concernait l'action menée à l'intérieur du délai décennal<sup>665</sup>. Suivant cette solution, les désordres affectant d'autres parties d'ouvrage qui pourtant seraient de même nature et partageraient les mêmes causes que les désordres initiaux, ne pourraient prétendre au bénéfice de la garantie décennale au titre des dommages évolutifs. Il s'agit là de façon indéniable, d'une position tendant à réduire encore le champ d'application des désordres évolutifs susceptibles de mettre en cause la garantie décennale des constructeurs. Pourtant, dans son rapport, la Cour de cassation n'a pas appuyé sa position sur cette question comme elle a pu le faire s'agissant de l'abandon du critère général de l'aggravation. Par ailleurs, un arrêt récent et certes inédit, a néanmoins démontré que la Haute juridiction n'était pas inflexible sur ce point puisqu'elle a accepté de considérer comme étant évolutifs, des désordres affectant d'autres parties d'un même ouvrage, mais ayant la même origine<sup>666</sup>. Dans cette espèce en effet, alors que les premiers désordres affectaient la zone cuisine de l'ouvrage, les désordres postérieurs eux, touchaient la zone restaurant. La Cour de cassation a censuré la cour d'appel ayant retenu qu'il ne s'agissait pas d'un désordre évolutif mais de désordres successifs affectant différentes parties d'un ouvrage, au motif que « *les désordres apparus en 1999 trouvaient leur siège dans un même ouvrage où un désordre de nature identique avait été constaté avant l'expiration du délai de garantie décennale* ». Cette solution plus mesurée que celle retenue par l'arrêt précité du 18 janvier 2006<sup>667</sup> est de nature à atténuer la crainte d'une disparition des désordres évolutifs.

**162. Propos conclusifs** – Le dommage évolutif est par définition observé à l'aune du désordre dont il est censé provenir, mais la détermination du lien de rattachement entre les deux

---

<sup>664</sup> Ph. Malinvaud, De la distinction entre les désordres évolutifs et les désordres nouveaux, *RDI* 2006, p133.

<sup>665</sup> Il est en effet plus approprié de parler de fraction d'ouvrage ou comme le soulevait à juste titre Monsieur le professeur Malinvaud, de « partie d'ouvrage » : Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, Dalloz action, éd. 2018/2019, n° 473.117.

<sup>666</sup> Cass. Civ. 3, 24 mars 2016, n° 14-13.462, 14-24.920, *RGDA* mai 2016, p. 258.

<sup>667</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400 préc.

a longtemps été périlleuse. La Cour de cassation a tenté de mettre un terme aux critères nébuleux qui avaient libre cours en jurisprudence s'agissant de l'identification du désordre évolutif. Elle a ainsi, par un arrêt remarqué du 18 janvier 2006 dont elle a étayé la teneur dans son rapport annuel, décidé de faire prévaloir le critère de l'identité de siège des désordres et abandonné dans le même temps le recours à la notion d'aggravation. Cette solution restreint considérablement les possibilités de mise en œuvre de la garantie décennale pour des désordres évolutifs si bien que se pose légitimement la question de leur maintien dans le paysage jurisprudentiel. Toutefois, comme un effet boomerang, la clarification recherchée par la Haute juridiction aboutit à une autre interrogation tenant cette fois aux critères de détermination de l'identité de siège ou dit autrement, de ce qui constitue un ouvrage distinct. En effet, si la Cour de cassation a dans l'arrêt de 2006, semblé opter pour une stricte identité géographique des désordres, son rapport annuel n'a pas insisté sur ce point et une décision postérieure a quant à elle décidé de retenir qu'un désordre postérieur pouvait être considéré comme évolutif s'il trouve son siège dans une partie d'ouvrage de même nature.

## ***Section 2 : La pérennité incertaine du critère privilégié d'identification du désordre évolutif***

**163.** Si nous avons pu observer la faveur accordée par la jurisprudence au critère de l'identité de siège du désordre, il apparaît que certaines décisions récentes mettent à mal son maintien. Le critère de l'aggravation n'est sans doute pas frontalement remis en lumière par la Haute juridiction, mais il peut aisément se déduire de la renaissance du critère de l'identité de cause des désordres (§1). Certaines décisions font abstraction complète des conditions posées par l'arrêt précédemment étudié du 18 janvier 2006, si bien que se pose légitimement la question de la survie du critère de l'identité de siège du désordre. Pour autant, l'ensemble des critères possibles peuvent être instrumentalisés de façon à répondre à la nécessité d'empêcher que l'on aboutisse à une durée de responsabilité décennale qui serait perpétuelle (§2).

## §2 Le renouveau du critère de l'identité de cause menaçant le maintien de l'identité de siège du désordre

**164. Le critère de l'identité de cause des désordres maintenu dans l'ombre** – Au lendemain de l'arrêt du 11 mai 2000, Monsieur MALINVAUD faisait remarquer que la recherche de la cause du désordre était consubstantielle à la détermination du caractère évolutif du désordre<sup>668</sup>. Cette analyse de la décision tranchait avec l'arrêt du 20 mai 1998 qui pour rappel, soutenait 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* »<sup>669</sup>. Ce dernier arrêt se situait dans la droite ligne de la volonté du législateur de mettre en place un système de présomption de responsabilité pesant sur le constructeur ou réputé comme tel. En effet, rappelons que si à l'origine, le Code civil prévoyait une responsabilité de plein droit concernant les entrepreneurs et architectes fondée sur une présomption de faute, le législateur de 1967<sup>670</sup> pour sa part, en avait fait une présomption de responsabilité. Plus tard, la loi du 4 janvier 1978<sup>671</sup> a fait de la garantie décennale une véritable garantie de dommages en rompant avec toute idée de vice de construction, dont on trouve une justification dans le caractère trop restrictif de ce dernier. Le législateur en supprimant la notion de vice, décidait que seule la manifestation suffisamment grave du désordre importait. Pour autant, s'agissant du cas particulier du désordre évolutif, la jurisprudence a maintenu l'emploi de la condition d'une identité de cause comme l'une de celles concourant à la détermination du désordre évolutif. Toutefois suite au coup d'arrêt qu'a semblé vouloir donner la jurisprudence au critère de l'aggravation du désordre à travers sa décision du 18 janvier 2006<sup>672</sup>, la question demeurait de savoir si toute référence à la cause et à l'origine du désordre était elle aussi définitivement abandonnée par la Cour de cassation. En effet, la formulation tranchée retenue par la Haute juridiction tant dans l'arrêt que dans son rapport annuel semble indiquer qu'à l'exclusion de tout autre critère, le désordre évolutif est celui qui trouve son siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté. La question se pose de savoir si cette exigence d'une identité de localisation géographique des désordres passés et postérieurs posée en ces termes est de nature à éclipser totalement la nécessité d'un lien de causalité.

---

<sup>668</sup> Cass. Civ. 3, 11 mai 2000, n° 98-17.179, *Bull. civ.* III n° 103, *RDI* 2000, p. 344.

<sup>669</sup> Cass. Civ. 3, 20 mai 1998, n° 96-14.080, *Bull. civ.* III n° 105, *RDI* 1998, p. 374.

<sup>670</sup> Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

<sup>671</sup> Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

<sup>672</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400, *Bull. civ.* III n° 17, *RDI* 2006, p. 133 ; *RGDA* 2006, p. 464.



En réalité, un passage en revue de la jurisprudence permet d'observer que le ton décisif employé par la Cour de cassation en 2006 n'est finalement pas immuable. Certaines décisions ont certes dans les premiers temps suivi les conditions posées par l'arrêt du 18 janvier 2006<sup>673</sup>, mais rapidement le caractère définitif de la solution a été ébranlé. Monsieur KARILA attirait l'attention sur un arrêt du 11 mars 2015 rendu à propos de la réapparition postérieure à l'expiration du délai de dix ans suivant la réception, de désordres affectant une piscine et ce malgré l'intervention de travaux de reprise<sup>674</sup>. Alors que la cour d'appel déclarait l'action prescrite concernant les désordres réitérés, la Cour de cassation désapprouvait cette position en soutenant : « *Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que les désordres étaient apparus deux ans après la réception de l'ouvrage, s'étaient aggravés et avaient perduré malgré les travaux de renforcement exécutés en 1999 conformément aux préconisations de M. Z... et que ces désordres étaient évolutifs et pouvaient compromettre la stabilité du bassin, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé (article 1792 du Code civil)* ». En l'espèce, la troisième chambre civile opère une corrélation entre les désordres initiaux et les désordres nouveaux qui en sont l'aggravation, de sorte qu'on peut percevoir en filigrane le recours timide à la notion d'identité des causes et origines des dommages<sup>675</sup>. Une décision du 24 mars 2016 que nous avons précédemment évoquée avait de la même manière atténué la rigueur de la décision du 18 janvier 2006<sup>676</sup>. Toutefois, un arrêt inédit du 6 septembre 2018<sup>677</sup> a par la suite semblé revenir à l'orthodoxie du revirement de jurisprudence de 2006 mais il a été à peine un mois plus tard<sup>678</sup>, battu en brèche par un arrêt publié qui enfonçait encore le clou quant à la remise en lumière du critère de l'identité de cause.

**165. La remise en lumière du critère de l'identité de cause des désordres** – Par une décision du 4 octobre 2018<sup>679</sup>, la Cour de cassation a très clairement fait appel à l'identité de la

---

<sup>673</sup> La Cour de cassation a par exemple approuvé une cour d'appel ayant : « *relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait du premier constat d'huissier de justice du 17 octobre 2001 que les décollements dénoncés judiciairement n'affectaient que le bâtiment 1 alors que les décollements allégués par la SCI en 2006 et 2007 avaient eu lieu sur les bâtiments 2 et 3, la cour d'appel, qui a pu en déduire que ces décollements n'étaient pas la conséquence directe des premiers désordres puisqu'ils étaient intervenus sur d'autres ouvrages et qu'il ne s'agissait pas de désordres évolutifs mais de nouveaux désordres qui, apparus après l'expiration du délai décennal dont le point de départ datait du 30 avril 1992, étaient prescrits* ». Cass. Civ. 3, 19 octobre 2011, n° 10-21.323, n° 10-24.231.

<sup>674</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2015, n°13-28.351 et n°14-14.275, *Bull. civ.* III n° 28.

<sup>675</sup> J.-P. Karila, Nécessité d'une causalité identique des désordres initiaux et nouveaux, *RGDA* nov. 2018, n° 11.

<sup>676</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400, *Bull. civ.* III n° 17, *RDI* 2006, p. 133 ; *RGDA* 2006, p. 464..

<sup>677</sup> Cass. Civ. 3, 6 septembre 2018, n° 17-22.370. Cet arrêt, bien que non publié, est intéressant du double point de vue du maintien du critère de l'identité de siège du désordre et de la condition d'une dénonciation judiciaire à l'intérieur du délai de la garantie décennale.

<sup>678</sup> Cass. Civ. 3, 4 oct. 2018, n° 17-23.190, P.

<sup>679</sup> *Ibid.*

cause du désordre afin d'apprécier le caractère évolutif d'une nouvelle fissure affectant l'ouvrage. En l'espèce, des fissures sont apparues sur un ouvrage et ont fait l'objet d'une demande en réparation à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception intervenue le 3 mars 1998. Une quatrième fissure est ensuite apparue cette fois postérieurement à l'expiration du délai décennal. Les demandeurs soulevaient que cette dernière fissure constituait bien un désordre évolutif en ce qu'elle trouvait son siège dans l'ouvrage où d'autres fissures de même nature et d'ordre décennal avaient été constatées et avait fait l'objet d'une demande de réparation dans les dix ans à compter de la réception. Alors que l'on aurait pu penser que la Cour de cassation approuverait cette argumentation conformément au revirement de jurisprudence de 2006, elle en prit finalement le contre-pied et soutenait en cet unique point la cour d'appel en ces termes : « *ayant relevé que l'expert avait répondu aux consorts X...- Y..., qui tentaient de rattacher la quatrième et nouvelle microfissure à celles constatées précédemment, que, techniquement, si ces fissures avaient toutes eu la même origine, la nouvelle aurait modifié les existantes, ce qui n'était pas le cas, la cour d'appel a pu en déduire que cette quatrième microfissure, qui procédait d'une causalité différente de celle des trois autres fissures et qui avait été constatée pour la première fois le 10 mars 2009, ne pouvait s'analyser en un désordre évolutif* ». La Haute cour rejette donc le moyen qui pourtant reproduisait à l'identique l'attendu de principe de 2006<sup>680</sup> et plus encore, élude purement toute référence à la notion de siège en se contentant de souligner la différence d'origine des désordres. Étonnamment, alors même que le critère de l'identité de siège de l'ouvrage était conçu en 2006 comme étant celui qui permettrait de restreindre l'accès à la garantie décennale pour les désordres évolutifs, il aurait été en l'espèce plus favorable aux demandeurs qui ont d'ailleurs soulevé cet argument au soutien de leur prétention. En réalité, c'est le défaut d'identité de cause qui cette fois a permis d'exclure la qualification de désordre évolutif et conséquemment le bénéfice de la garantie décennale. Sur le fond, on ne peut que reconnaître que la Cour de cassation, tout en exerçant un contrôle léger, maintient sa volonté de coller à la nature du délai d'épreuve de la garantie décennale en limitant l'accès à cette dernière pour les désordres évolutifs. Sur la méthode en revanche, on peut regretter l'instabilité des critères employés dont il résulte une insécurité juridique certaine pour le maître de l'ouvrage. Le ton définitif employé par la Haute juridiction en 2006 ne se révèle finalement que faussement emphatique puisque se sont multipliées depuis lors les décisions allant à contre-courant du critère consacré. Pour autant, bien que nous dénoncions l'incertitude permanente des critères de qualification de nature à remettre en cause selon nous

---

<sup>680</sup> Cass. Civ. 3, 18 janv. 2006, n° 04-17.400 préc.

l'effectivité judiciaire du désordre évolutif, on peut néanmoins remarquer que la remise en lumière du critère de l'identité de cause des désordres fait écho à la définition du sinistre en matière d'assurance de responsabilité. En effet, l'article L. 124-1-1 du Code des assurances qui s'applique à toutes les assurances de responsabilité incluant l'assurance décennale obligatoire, dispose : « *constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique* ». Comme le fait observer Monsieur ROUSSEL, dans un domaine comme la garantie décennale, où se mêlent de près responsabilité et assurance, il serait souhaitable que règne une logique commune qui consiste ici à la notion de cause des désordres<sup>681</sup>.

**166. Propos conclusifs** – L'insistance de la Cour de cassation sur l'abandon du critère de l'aggravation du désordre évolutif au profit – apparemment exclusif – de celui de l'identité de siège du désordre, est fortement démentie par de nombreuses décisions postérieures à l'arrêt du 18 janvier 2006. Si le critère de l'aggravation des désordres est timidement réapparu, celui de l'identité de cause des désordres a fait un retour retentissant. Paradoxalement, la justification que l'on peut donner à ce retour est celle-là même qui a été l'assise de la décision de 2006. En effet, dans l'espèce ayant permis la remise en lumière du critère de l'unicité de cause des désordres, il apparaît que l'absence de ce dernier était de nature à empêcher la qualification de désordre évolutif tandis que l'identité de siège des désordres qui ressortait des faits, aurait *a contrario* lui, permis une mise en œuvre de la garantie. Autrement dit, c'est en employant un autre critère que celui qu'elle avait elle-même posé en 2006, que la Cour de cassation est parvenue à répondre à son objectif tendant à restreindre l'accès des désordres évolutifs à la garantie légale. Loin de concourir à stabiliser le balancier jurisprudentiel des critères de qualification du désordre évolutif, ces va et vient incessants laissent au contraire l'impression d'une grande confusion dont il résulte un risque tout aussi grand d'insécurité juridique pour le maître de l'ouvrage.

---

<sup>681</sup> J. Roussel, Désordres évolutifs vs réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, *RDI* 2018, p. 605.

## §2 L'incertitude des critères œuvrant au service de la lutte contre une responsabilité décennale perpétuelle

**167. La recherche d'une préservation de la nature du délai décennal** – Pour rappel, le délai décennal a été conçu comme un délai d'épreuve permettant au maître de l'ouvrage de vérifier la fonctionnalité et la solidité de l'ouvrage dans le temps, de même qu'il permet au constructeur de se libérer de sa responsabilité à l'issue du délai. Comme l'évoque Monsieur CASTON, dès l'origine, la déclaration de BÉRANGER lors de la séance du Conseil d'État du 14 nivôse an XII du 5 janvier 1804, témoignait parfaitement de cette utilité attachée au délai décennal<sup>682</sup>. Il était ainsi déclaré : « *On peut facilement vérifier si un immeuble est conditionné comme il doit l'être ; aussi, dès qu'il est reçu, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité. Mais il n'en est pas de même d'un édifice ; il peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant, être affecté de vices cachés, qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc en répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide* ». La jurisprudence actuelle ne s'est pas dessaisie de la préoccupation tendant à maintenir ce caractère de délai d'épreuve nonobstant quelques avancés dont on pourrait déduire à tort un certain fléchissement. Tel est notamment le cas du traitement libéral accordé aux éléments caractérisant l'impropriété à la destination de l'ouvrage ou encore la possibilité d'interrompre le délai décennal nonobstant sa nature première de délai de forclusion. Mais à y regarder de plus près, il apparaît que la jurisprudence place des garde-fous chaque fois qu'elle semble vouloir atténuer la rigueur du délai décennal. Ainsi, l'interruption du délai décennal par une action en réparation des dommages futurs a certes été admise, mais à la condition restrictive que les désordres apparaissent avec certitude à l'intérieur du délai décennal. De la même manière, la réparation du désordre évolutif a bien été admise en son principe, mais la jurisprudence s'emploie à en limiter la portée judiciaire à travers une certaine instrumentalisation des critères de caractérisation du désordre évolutif. Tout cela donne l'impression que, ce que la jurisprudence donne d'une main, elle le retient de l'autre de façon à éviter toute dénaturation de la conception originaire du délai décennal. Il reste cependant que la jurisprudence laisse étonnamment certaines brèches qu'il serait opportun de colmater compte tenu de l'objectif affiché qu'elle poursuit consistant à conserver le caractère de délai d'épreuve de la garantie.

---

<sup>682</sup> A. Caston, *Traité de la responsabilité et des constructeurs*, éd.8, Le moniteur, 2018, p. 671.

**168. La question non encore élucidée d'une éventuelle prescription de l'action en réparation du désordre évolutif** – La Cour de cassation, dès 1985, a admis que « *la garantie décennale couvre les conséquences futures des désordres résultant de vices, dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie* »<sup>683</sup>. Cette formulation évasive emporte-t-elle pour conséquence que le désordre évolutif faisant suite aux « vices » dénoncés à l'intérieur du délai décennal, peut obtenir réparation à n'importe quel moment ? On pourrait songer à répondre à cette question en ayant recours aux conditions entourant le mécanisme de l'interruption du délai décennal. À cet égard, souvenons-nous que l'interruption a pour effet d'ouvrir au maître de l'ouvrage un nouveau délai, d'une durée identique à celui qui a été interrompu, soit dix années s'agissant de la garantie décennale. L'article 2231 du Code civil prévoit en effet précisément que : « *L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* ». L'interruption du délai décennal s'applique à l'ensemble des préjudices causés par les désordres reconnus ou dénoncés et permet au maître de l'ouvrage d'en demander réparation dans un nouveau délai, décennal lui aussi. Si par principe, l'effet interruptif de l'assignation ou de la reconnaissance de responsabilité se referme sur son objet, il s'applique par exception non seulement aux désordres dénoncés ou reconnus mais aussi à ceux qui en sont l'aggravation si la dénonciation est intervenue en temps utile<sup>684</sup>. Toutefois, ce premier axe de réflexion ne permet pas de savoir si l'action en réparation des désordres évolutifs est ou non soumise à un délai. Certes, l'effet interruptif de prescription qui devrait normalement se refermer sur son objet, supporte par exception que lui soient greffés les désordres qui sont l'aggravation de ceux régulièrement dénoncés, mais sans aucune autre précision sur ce point, on ne peut en déduire avec certitude que cette aggravation doit nécessairement intervenir à l'intérieur du nouveau délai décennal. Si tel était le cas, la Cour de cassation l'aurait certainement précisé au détour de l'un de ses arrêts. Or il apparaît que la réparation d'un désordre évolutif dénoncé même postérieurement à l'expiration du nouveau délai courant à compter de l'interruption soit possible. Pour exemple, dans l'arrêt précité du 11 mars 2015<sup>685</sup>, la Cour de cassation admettait la réparation du désordre évolutif pour lequel l'assignation avait été introduite plusieurs mois après la fin du nouveau délai décennal. C'est au demeurant bien là que réside tout l'intérêt de la théorie du désordre évolutif. Néanmoins, comme le souligne à juste titre Monsieur MALINVAUD, à défaut de délai, l'invocation de désordres évolutifs pourrait survenir de très nombreuses années après la première assignation

---

<sup>683</sup> Cass. Civ. 3, 3 déc. 1985, n° 84-13.375, *Bull. civ.* III, n° 159.

<sup>684</sup> *Supra* n°81 s.

<sup>685</sup> Cass. Civ. 3, 11 mars 2015, n°13-28.351 et n°14-14.275, *Bull. civ.* III n° 28.

voire même, plus de trente années après la réception de l'ouvrage<sup>686</sup>. Monsieur BOUTY propose de circonscrire l'action en aggravation dans le délai de dix ans, renouvelé à compter de la décision ayant définitivement statué sur la première demande<sup>687</sup>. La Cour de cassation ne s'est pas encore exprimée sur ce point ce qui se justifie sans doute par la faible fréquence des affaires porteuses d'une extension outrancière du délai de la garantie légale. Pourtant, cette fenêtre d'incertitude détonne avec sa volonté de réduire les possibilités de mise en œuvre de la garantie au-delà de l'expiration du délai décennal. Au demeurant, s'il nous paraît malvenu de jongler perpétuellement avec les critères de caractérisation du désordre évolutif eu égard à l'impératif de protection et de sécurité juridique du maître de l'ouvrage, il nous semble que pour les mêmes raisons applicables cette fois au constructeur, la réparabilité du désordre évolutif devrait être strictement enfermée dans le nouveau délai ayant commencé à courir à compter de l'interruption. Au soutien de cette proposition, on pourrait adopter un raisonnement par analogie en observant l'article 2232 du Code civil. Ce dernier dispose : « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». Le législateur entend par cette disposition, limiter l'étendue temporelle des effets de l'interruption<sup>688</sup>. Toutefois, elle n'est pas sans poser de difficultés puisque, bien que ne s'appliquant pas à l'assignation au fond, pas plus qu'à l'action en référé, conformément à son deuxième alinéa, cette disposition semble pouvoir s'appliquer à l'interruption provoquée par la reconnaissance de responsabilité du débiteur de la garantie<sup>689</sup>. Dans cette dernière hypothèse, on pourrait légitimement penser que le désordre évolutif puisse lui aussi être circonscrit dans cette durée maximale. Au-delà, cette dissonance fondée uniquement sur l'élément déclencheur de l'interruption n'est pas acceptable s'agissant du délai décennal. On observe en effet une incohérence manifeste dans l'admission d'une application du texte précité lorsque l'interruption est le fait d'une reconnaissance de responsabilité alors qu'une telle application serait impossible s'agissant d'une interruption résultant d'une action en justice. Du moins, cette incohérence jaillit du fait que la logique gouvernant le délai décennal consistant à une mise à l'épreuve de l'ouvrage, reste la même en toute circonstance, peu importe la cause de l'interruption. En tout état de cause, si l'article 2232 du Code civil est inspirant en ce qu'il pose la nécessité d'une limitation des effets de l'interruption, il semble encore éloigné de la nature profonde du délai

---

<sup>686</sup> Ph. Malinvaud, Trois questions à propos des dommages évolutifs, *RDI* 2015 p. 308.

<sup>687</sup> R.-P. Bouty, Le dommage évolutif, naissance et disparition d'une espèce, *RDI* 2010, p. 486.

<sup>688</sup> S'agissant de la possibilité d'une interruption du délai décennal et des conséquences que cela emporte sur sa nature entre autres de délai de prescription, voir n° 80 s.

<sup>689</sup> Ph. Malinvaud, (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018/2019, spéc. n°475.241 s.

d'épreuve de la garantie décennale. En revanche, il serait souhaitable que la jurisprudence se prononce sur l'opportunité d'enfermer l'action en réparation du désordre évolutif dans le délai de dix ans suivant l'interruption du délai initial.

**169. Propos conclusifs** – La jurisprudence nourrit le souci constant de préserver la rigueur du délai décennal. Ce dernier a dès l'origine été conçu comme un délai d'épreuve de la solidité de l'ouvrage si bien que la création prétorienne des désordres évolutifs y fait figure d'exception. En cela, les juges déploient leurs efforts pour conserver l'exceptionnalité du désordre évolutif, il s'ensuit une certaine instrumentalisation des critères de détermination de ce dernier. Bien que l'incertitude des critères soit source d'une grande insécurité juridique pour le maître de l'ouvrage, elle demeure la méthode privilégiée permettant de lutter contre une extension excessive du délai décennal au travers des désordres évolutifs. Aussi, cet effort jurisprudentiel tendant à limiter les cas d'ouverture de la garantie décennale aux désordres évolutifs contraste avec une zone d'ombre entretenue par la jurisprudence, relative à la question du délai de prescription de l'action en réparation du désordre évolutif. En effet, si l'intérêt du désordre évolutif réside bien dans la possibilité d'une prise en compte par la garantie légale des conséquences futures d'un désordre dénoncé à l'intérieur du délai décennal, peut-on pour autant en déduire qu'il n'est soumis à aucun délai ? Répondre par l'affirmative reviendrait à nier la nature de délai d'épreuve souhaitée et souhaitable du délai décennal. La jurisprudence ne s'est pas prononcée avec précision sur ce point, sans doute compte tenu de la rareté – mais non de l'impossibilité – casuistique impliquant cette question. Il serait pourtant cohérent que le traitement jurisprudentiel du désordre évolutif animé par la volonté d'en réduire la portée pratique, se poursuive jusqu'à la question du délai dans lequel l'action en réparation du désordre évolutif doit être intentée. La solution la plus évidente consisterait à circonscrire cette action en réparation du désordre évolutif dans le délai de dix ans courant à compter de l'interruption du délai initial, causée par la reconnaissance ou la décision réparant le premier désordre dont il est l'évolution. Dit autrement, l'action en réparation du désordre évolutif serait enfermée dans le délai de dix ans suivant l'interruption du délai initial, pour autant que le désordre évolutif soit bien la suite de celui ayant provoqué l'interruption.





## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

170. Traditionnellement, l'application de la garantie décennale à un désordre est soumise à la question centrale de savoir s'il répond à la gravité requise par l'article 1792 du Code civil et ce, sans égard pour son origine. Or, le désordre décennal évolutif lui, est nécessairement observé à l'aune du désordre dont il est l'évolution. La particularité du désordre évolutif transgressant la rigueur du délai décennal justifie au demeurant qu'il soit appréhendé de façon plus étroite. De ce fait, un lien doit être établi entre le désordre initial et le désordre évolutif mais la nature de ce lien n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés. De façon schématique, la nature du lien de dépendance entre désordres passés et postérieurs, est fonction du type d'interrogation que l'on se pose pour parvenir à sa détermination. Dès lors, si l'on se pose la question de savoir comment est arrivé le désordre décennal, la réponse est trouvée dans le processus d'aggravation du désordre. La deuxième question possible consiste à se demander où se situe le deuxième désordre par rapport au premier, ce qui induit que les désordres doivent partager le même siège. Il est enfin également possible de se demander pourquoi le désordre postérieur est survenu et conséquemment, d'en déterminer la cause. Les réponses à ces questions constituent les critères de qualification du désordre évolutif dont la jurisprudence s'est servie tour à tour. En effet, l'inconstance des solutions jurisprudentielles ne permet raisonnablement pas de retenir un critère qui surplomberait les autres. En réalité, les décisions étudiées donnent davantage l'impression d'une instrumentalisation des critères dans le but de limiter l'ouverture de la garantie décennale aux désordres évolutifs. Cette quête permanente entreprise par la jurisprudence destinée à rester au plus près du délai d'épreuve de la garantie décennale, contraste avec si ce n'est le vide, au moins l'incohérence juridique consistant à délaissier la question d'un délai de prescription de l'action en réparation du désordre évolutif.



## **CONCLUSION DE TITRE**

171. L'œuvre prétorienne des désordres futurs et évolutifs s'apparente souvent à un dédale dans lequel le juriste n'a de cesse de se perdre. S'il fallait néanmoins citer un point sur lequel la jurisprudence maintient une fermeté, celui relatif aux éléments de distinction du désordre futur et du désordre évolutif serait sans nul doute l'unique élu. En effet, il est désormais acquis que la différence majeure entre les deux types de désordre se situe dans le moment de consolidation du dommage décennal. D'une part le désordre futur est celui qui, dénoncé judiciairement dans le délai de dix ans suivant la réception, ne revêt pas lors de sa dénonciation les conditions de gravité inhérentes à la garantie décennale, mais dont on sait de façon certaine que, dans le délai décennal, il présentera ces caractéristiques. D'autre part, le désordre évolutif est celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action au titre de la garantie décennale, est la suite directe des désordres d'origine, qui présentaient lors de leur dénonciation judiciaire dans le délai de garantie, les conditions de gravité propres à la garantie décennale. Dit autrement, le dommage futur ne sera décennal que postérieurement à sa dénonciation lorsque le dommage évolutif répond dès sa dénonciation au critère de gravité. La logique qui anime les deux mécanismes est donc bien distincte puisque dans le premier cas, il s'agit de réparer le dommage par anticipation alors que le second consiste en une réitération de la réparation. Au-delà de cette dichotomie définitionnelle, la distinction se poursuit sur le terrain du traitement assurantiel accordé à chaque type de désordre, de même que dans leur traitement réparatoire différencié. À cet égard, la jurisprudence a habilement maintenu la distinction en employant des outils pertinents permettant de réparer l'aggravation du désordre futur malgré une première réparation, sans pour autant que cela ne constitue une réitération de la réparation, notion qui reste propre au désordre évolutif. En revanche elle laisse planer une zone d'ombre s'agissant du dommage intermédiaire évolutif dont la réparabilité est souhaitable et pour lequel les fondements juridiques ne manquent pas.

Ainsi, l'autonomie notionnelle et réparatoire du désordre évolutif semble se maintenir malgré la persistance de questions de nature à semer la confusion. Cependant, les éléments permettant de caractériser le désordre évolutif par rapport à celui dont il serait l'évolution eux, poursuivent leur quête de stabilité. En effet, la Cour de cassation, poursuivant un objectif de conservation de la nature du délai d'épreuve de la garantie décennale, semble perpétuellement changer son fusil d'épaule afin de chasser les possibilités d'application de la garantie légale aux

désordres évolutifs. À cet égard, elle a commis une maladresse manifeste en soutenant de façon ferme en 2006 que le critère de l'identité de siège du désordre permettrait de limiter les hypothèses où des désordres évolutifs pourront être retenus, abandonnant ainsi le critère de l'aggravation du désordre. En réalité, il s'avère que chacun des critères qu'elle a tour à tour forgé, peut en fonction des éléments factuels propre à chaque affaire, être de nature à restreindre l'accès à la garantie décennale. Aucun n'est en effet porteur d'un pouvoir entravant prééminent.

Nonobstant la cacophonie qui règne en matière de critères de qualification du désordre évolutif, il demeure que la jurisprudence obéit à un souci constant de préservation de la nature du délai décennal, ce qui est favorable au constructeur dont la responsabilité ne saurait être envisagée indéfiniment. Néanmoins, cet objectif poursuivi par la jurisprudence manque d'équilibre dans sa mise en œuvre si bien que l'on peut légitimement s'interroger sur l'effectivité actuelle du désordre évolutif, ce d'autant plus que d'autres voies semblent plus faciles à emprunter notamment celle de l'exigence d'une solution définitive au litige initial permettant de repousser le point de départ du délai d'interruption.

## **TITRE II**

### **LE DESORDRE EVOLUTIF : MECANISME SOUS INFLUENCES**

**172.** Le régime du désordre évolutif étant de nature prétorienne, sa stabilité est potentiellement mise à mal par diverses influences. Ces dernières sont parfois consubstantielles au désordre évolutif et lui sont également extérieures. Ainsi, le désordre évolutif implique des règles particulières en terme procédural entendu en un sens large (**Chapitre I**). Il est par ailleurs exposé à des forces juridiques extérieures dont il convient d'analyser l'impact avéré ou éventuel (**Chapitre II**).

Chapitre I : Les implications procédurales du désordre évolutif

Chapitre II : Perspectives d'évolution de régime du désordre évolutif



## **CHAPITRE I : LES IMPLICATIONS PROCEDURALES DU DESORDRE EVOLUTIF**

173. Le désordre évolutif s'inscrivant par essence dans un temps long, conduit à s'interroger sur ce qu'il adviendra de l'action en réparation lorsque l'ouvrage sera transmis à plusieurs acquéreurs successifs (**Section 1**). Parallèlement, il convient d'observer comment le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur peut obtenir la réparation par l'un des maillons de la chaîne de construction et conséquemment, comment s'organisent les rapports entre les différents constructeurs lorsque l'un d'eux a seul été condamné à la réparation du désordre (**Section 2**).

### ***Section 1 : La transmission de l'action en réparation du désordre évolutif***

174. La propriété de l'ouvrage n'est pas toujours figée mais elle peut au contraire se transmettre d'acquéreur en acquéreur si bien qu'il convient de s'interroger sur ce qu'il advient de l'action en garantie décennale notamment lorsque l'on est en présence d'un désordre évolutif. Cette transmission a fait l'objet d'une analyse abondante par la doctrine ayant tenté d'en trouver le fondement le plus approprié (§1) alors même que la jurisprudence de son côté n'a pas semblé inquiétée par une telle recherche (§2).

#### **§1 La transmission de l'action à l'épreuve des dogmes juridiques**

175. **Transgression de l'effet relatif des contrats** – Le désordre évolutif s'étalant par nature dans le temps, implique fréquemment que lors de sa survenance, le propriétaire de l'immeuble ne soit plus le maître de l'ouvrage. Parfois même, l'acquéreur a pu lui-même céder l'immeuble à son tour et la question se pose légitimement de savoir si les actions en justice concernant cet immeuble se transmettent aux acquéreurs successifs. De façon objective, l'acquéreur de même que le sous-acquéreur sont en réalité des tiers au contrat d'entreprise d'où il suit que, leur admettre le bénéfice des actions en justice relatives à l'immeuble reviendrait à transgresser quelque part le principe de l'effet relatif des contrats. En effet, en vertu de ce principe, à la différence des parties qui l'ont conclu, le contrat « *ne peut ni nuire ni profiter aux*

tiers »<sup>690</sup>. La notion d'effet relatif est généralement rattachée à l'autonomie de la volonté par la doctrine moderne. Suivant cette idée, les obligations des parties trouvent leur source dans la notion de volonté, si bien que ne pourraient être liées par le contrat que les personnes qui y ont effectivement consenti<sup>691</sup>. Pourtant, ce transfert des actions aux acquéreurs du bien immobilier a de longue date été admis en jurisprudence en dépit des résistances doctrinales. Au surplus, le législateur a lui-même expressément réglé la question s'agissant de la garantie décennale puisque l'article 1792 du Code civil indique « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage* »<sup>692</sup>. La doctrine a tenté de déterminer la justification au droit d'action de l'ayant cause à titre particulier autrement dit, de l'acquéreur. Ce droit d'action a ainsi pu être justifié par référence à des mécanismes tels que l'action directe, la cession de créance tacite ou encore la stipulation pour autrui tacite sans pour autant que ces justifications soient jugées des plus convaincantes par la doctrine. En réalité, c'est surtout le mécanisme de l'accessoire qui a obtenu les faveurs de la doctrine qui le juge le plus « acceptable » sans pour autant qu'il soit dénué de toute difficulté<sup>693</sup>.

**176. Une transmission fondée sur la règle de l'accessoire** – La jurisprudence donne des indices sur la préférence accordée à la notion d'accessoire comme le démontre un arrêt décidant que l'action de l'acquéreur « *accompagne la chose vendue en tant qu'accessoire, et s'identifie avec elle* »<sup>694</sup>. Une autre formulation jurisprudentielle a de la même manière retenue que « *le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur* »<sup>695</sup>. Monsieur POUMARÈDE dresse de façon éminemment pertinente le tableau des incohérences qu'il y a dans le recours à la thèse de

---

<sup>690</sup> L'ancien article 1165 du Code civil disposait en effet que : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Le principe de l'effet relatif des contrats est désormais prévu par l'article 1199 du même code, lequel dispose : « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* ». Cette modification est intervenue par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>691</sup> G. Chantepie, *Contrats : effets*, *Rép. civ.*, janv. 2018, n° 101.

<sup>692</sup> On retrouve la même exception au principe de l'effet relatif des contrats à propos du vendeur d'immeuble à construire, l'article 1646-1 du Code civil disposant : « *Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code.*

*Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble* ».

<sup>693</sup> M. Poumarède, *Les actions, accessoires de l'immeuble*, *JCP N.* 16 nov. 2018, 1341.

<sup>694</sup> Cass. Civ. 3, 23 mars 1968, *Bull. civ.* III n° 131, *D.* 1970, p. 633. – Cass. Civ. 3, 28 oct. 1975, n° 74-10.842, *Bull. civ.* III n° 311.

<sup>695</sup> Ass. plén., 7 févr. 1986, n° 83-14.631 et n° 84-15.189, *Bull. civ. ass. plén.*, n°2, *D.* 1986, p. 293 ; *JCP G* 1986, II, 20616.



l'accessoire pour justifier le bénéfice des actions accordé à l'ayant cause à titre particulier. L'auteur aborde l'analyse du point de vue de l'accessoire entendu d'une part comme un mécanisme permettant à l'ayant cause de bénéficier des mêmes droits et actions que son auteur et d'autre part, appréhendé comme un composant intrinsèque de l'immeuble dont il résulte le transfert automatique des droits et actions qu'il contient dès lors que l'immeuble change de propriétaire. La première acception implique que l'ayant cause à titre particulier doit être placé dans la même situation que son auteur. À ce titre, il devrait bénéficier des mêmes droits et actions que ce dernier et plus précisément des droits et actions accessoires à l'immeuble. L'auteur rappelle à cet égard une formule notoire d'AUBRY et RAU<sup>696</sup> suivant laquelle « *Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus les accessoires* ». Le rebond réalisé par l'accessoire de l'immeuble passant d'acqureur en acqureur serait alors animé par l'idée de transmission. La transmission de l'action accessoirement à une chose constituerait le fondement des actions menées par les acqureurs successifs. Par ailleurs, cette même idée de transmission, poussée à l'extrême, serait tout aussi bien l'explication justifiant le transfert automatique des droits et actions du seul fait de l'acquisition de l'immeuble. En effet, si l'on observe la notion d'accessoire à travers l'angle de vue de son rattachement inaltérable à l'immeuble, la transmission des droits et actions accompagne inévitablement le bien du seul fait du transfert de propriété. Ainsi, alors que la volonté de faire bénéficier l'ayant cause des mêmes droits et actions que son auteur implique une transmission qui à défaut d'être conditionnée, est du moins circonstanciée, la conception de l'accessoire suivant inconditionnellement l'immeuble implique quant à elle une transmission automatique à tous les acqureurs successifs. Monsieur POUMARÈDE exprime parfaitement cette idée en soulignant qu' « *alors qu'ils étaient attachés au dommage subi, les droits et actions le sont désormais à la propriété acquise par l'acqureur* ». <sup>697</sup>

La transmission comme élément justifiant le bénéfice de l'ayant cause des droits et actions attachés à l'immeuble n'est cependant pas satisfaisante du point de vue du maintien de la possibilité pour le vendeur de conserver une action. Par définition, la transmission impliquerait que les droits et actions soient délivrés à l'ayant cause sans que rien ne puisse être retenu. Monsieur JOURDAIN s'exprimant sur ce point soutenait qu'il est difficile de concevoir qu'une action transmise à l'acqureur puisse faire l'objet d'une rétention totale ou partielle par

---

<sup>696</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, 4e éd., 1869, § 176.

<sup>697</sup> M. Poumarède, *Les actions, accessoires de l'immeuble*, préc.

le vendeur<sup>698</sup>. L'expression « donner et retenir ne vaut ! » formulée par l'auteur résume à elle seule l'incohérence d'une telle situation. Pourtant, c'est de longue date qu'il a été admis que les actions dont le vendeur bénéficiait avant la vente pouvaient encore être intentées et même exclure l'acquéreur. Ainsi, les actions dont le vendeur pouvait se prévaloir avant la vente ne se transmettent pas nécessairement avec le bien en totalité au nouvel à l'acquéreur. Il a ainsi été jugé qu'en l'absence de convention précise et lorsque le sinistre a été antérieur à la vente, le transfert éventuel du bénéficiaire de l'indemnité d'assurance était le propriétaire du bien au moment du sinistre<sup>699</sup>. Dans un autre cas de figure, il a été décidé que l'action en garantie décennale du maître de l'ouvrage ayant vendu l'immeuble à l'encontre du constructeur est maintenue postérieurement à la vente si cette action présente pour lui un intérêt direct et certain. Cet intérêt du vendeur ainsi qualifié a donné lieu à divers exemples jurisprudentiels. Il peut s'agir de la situation dans laquelle le vendeur souhaite exercer un recours lorsqu'il a lui-même été assigné par l'acquéreur, celle où il a vendu à un prix inférieur en prenant en compte l'étendue des désordres ou encore lorsqu'il a fait procéder aux travaux de reprise des désordres<sup>700</sup>. En tout état de cause au-delà de ces exemples plausibles, le bénéfice de l'action du vendeur est de rigueur chaque fois que ce dernier subit un préjudice justifiant qu'il puisse encore agir. Il en résulte que la transmission de l'action serait selon toute vraisemblance conditionnée à l'absence de tout intérêt à agir du vendeur. Monsieur JOURDAIN avance pour sa part que l'action étant subordonnée au droit substantiel qu'elle renferme, elle ne peut exister que lorsque celui-ci est né. La date de naissance de la créance de réparation conditionnerait la désignation du bénéficiaire de l'action. Ainsi, lorsque le désordre apparaît avant la vente, l'action en réparation serait attribuée au vendeur, lorsqu'il naît postérieurement à la vente, l'acquéreur en serait le bénéficiaire. Le jeu des clauses du contrat permis par la liberté contractuelle serait par ailleurs de nature à modifier cet ordonnancement. Cette vision d'une attribution distributive de l'action en fonction du moment d'apparition du désordre ou plus largement de la créance, a pour mérite d'atténuer une « transmission exagérée » des actions à l'ayant cause à titre particulier induite du combo action-propriété. Comme nous le verrons, l'étude de la jurisprudence conclut à une application nuancée de cette solution ce dont il faut à notre sens se satisfaire<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> P. Jourdain, Acquisition de l'immeuble et transmission des actions en justice : un désordre réparable, *RDC* n° 4, p. 795.

<sup>699</sup> Cass. Civ. 3, 26 avr. 1983, n° 81-11.665, *Bull. civ.* III n° 91 – Cass. Civ. 3, 3 juil. 1996, n° 94-18.503, *Bull. civ.* III n° 167.

<sup>700</sup> Ph. Jourdain, Acquisition de l'immeuble et transmission des actions en justice : un désordre réparable préc.

<sup>701</sup> *Infra* n° 178 s.

**177. Propos conclusifs** – L'article 1792 du Code civil exprime sans détour que les constructeurs sont tenus envers « le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage ». Sans autre précision textuelle, l'effort doctrinal a consisté à déterminer le fondement de cette affirmation afin d'en maîtriser la portée. Néanmoins, ce bouillonnement doctrinal faisant appel à de grands principes et mécanismes juridiques est tenu en échec par la jurisprudence qui, de manière assurément inconsciente, déjoue systématiquement les théories avancées. Le principe de l'effet relatif des contrats est le premier à avoir été battu en brèche dans la mesure où très tôt, la jurisprudence a admis que l'action puisse être reportée sur les acquéreurs successifs de l'immeuble, ce qui intéresse de près le cas du désordre évolutif. En outre, la doctrine a eu recours à la règle de l'accessoire pour tenter de justifier que l'ayant cause puisse bénéficier des actions attachées à l'ouvrage. Là encore, il apparaît une inadéquation certaine entre les solutions jurisprudentielles et les fondements théoriques doctrinaux. Ainsi, la règle de l'accessoire dont est induite l'idée de transmission de l'action est à son tour combattue par la possibilité offerte à l'auteur de maintenir son action en garantie décennale à l'encontre du constructeur malgré la vente de l'immeuble si cette action présente pour lui un intérêt direct et certain.

## §2 La transmission de l'action à l'épreuve d'une application axiomatique par la jurisprudence

**178. Une garantie *propter rem*** – La jurisprudence ne semble pas s'embarasser d'une recherche de fondement théorique au pouvoir d'action des acquéreurs successifs. L'article 1792 du Code civil lui permet en effet de retenir la responsabilité décennale du constructeur tant pour le maître de l'ouvrage que pour l'acquéreur. Cette disposition recouvre au demeurant un champ d'application plus vaste puisque les sous-acquéreurs sont également concernés bien qu'ils ne soient pas expressément désignés, de même qu'elle s'applique plus largement à la garantie biennale ainsi qu'à la garantie de parfait achèvement. En tout état de cause, bien qu'elle fasse abstraction des subtilités inhérentes à la règle de l'accessoire, la jurisprudence retient que la garantie décennale est une *garantie propter rem*, autrement dit attachée à la propriété de l'ouvrage et se transmettant de ce fait à tous les propriétaires successifs. Ainsi, dès 1967, la Cour de cassation admettait le bénéfice de la garantie décennale aux propriétaires successifs de l'immeuble<sup>702</sup>. La garantie se transmet par ailleurs à l'identique, autrement dit lorsque le maître

---

<sup>702</sup> La jurisprudence judiciaire rejoint ainsi celle du Conseil d'état, lequel avait admis le bénéfice de la garantie décennale à tous les propriétaires qui se succèdent par un jugement du Tribunal des conflits du 12 juin 1961.

de l'ouvrage entendu comme personne privée, cède l'ouvrage à une personne publique, l'action en garantie décennale ne change pas pour autant de nature ou de régime. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile dans une version antérieure au projet de 2017, prévoyait une disposition en ce sens selon laquelle « *Les obligations du vendeur peuvent être invoquées par les acquéreurs successifs du bien, fut-il incorporé à un autre, et ce quel que soit le contrat à l'origine de l'acquisition, dans la double limite des obligations du vendeur et des droits de l'acquéreur* »<sup>703</sup>.

Du point de vue de l'assurance dommages-ouvrage à présent, l'article L. 242-1 du Code des assurances dispose : « *toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs* ». Il en résulte que le bénéficiaire de l'assurance dommages-ouvrage se transmet également aux propriétaires successifs de l'ouvrage.

De la même manière, on peut s'interroger de savoir si l'action en responsabilité contractuelle de droit commun se transmet elle aussi avec la propriété de l'immeuble. La volonté d'uniformisation des délais sous une même bannière, celle du délai décennal, s'est-elle poursuivie sur le terrain de la transmissibilité de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun ? La Cour de cassation a répondu favorablement à cette interrogation par un arrêt du 26 mai 1992 dans lequel elle reconnaît que « *le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur et dispose, contre les locataires d'ouvrage, d'une action contractuelle fondée sur un manquement à leurs obligations envers le maître de l'ouvrage* »<sup>704</sup>. Madame FAURE-ABBAD souligne à juste raison que cette solution est bienvenue en ce qu'elle permet d'éviter un éclatement non souhaitable des fondements à l'action menée par le nouvel acquéreur. En effet, la solution inverse aurait conduit le sous-acquéreur à placer son action sur le terrain de la responsabilité délictuelle ce qui constituerait un risque supplémentaire d'imprévisibilité pour l'ensemble des acteurs. La solution trouve aussi une résonance particulière du point de vue de l'action menée dans le cadre d'une sous-traitance. En pareil cas, à défaut d'une transmission de l'action contractuelle de droit commun, l'acquéreur ne pourrait pas mettre en œuvre la responsabilité délictuelle du fait d'autrui de

---

<sup>703</sup> Ph. Malinvaud, (dir.), *Droit de la construction*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2018/2019, n° 472.73.

<sup>704</sup> Cass. Civ. 3, 26 mai 1992, n° 89-21.897 et n° 90-10.721, *Bull. civ.* III n° 168.

l'entrepreneur principal puisque ce dernier n'est pas considéré comme étant le commettant du sous-traitant. Or, la nature contractuelle de l'action permet à l'acquéreur d'engager la responsabilité de l'entrepreneur principal dans la mesure où ce dernier répond du travail du sous-traitant sans pouvoir échapper à sa responsabilité en soulevant une cause étrangère<sup>705</sup>. La Cour de cassation a statué sur ce point d'une façon favorable à l'acquéreur en soulevant que « *l'entrepreneur principal est responsable à l'égard du maître de l'ouvrage ou des propriétaires successifs de l'ouvrage des fautes de ses sous-traitants à l'origine des désordres* »<sup>706</sup>.

**179. Des acquéreurs toujours bénéficiaires de l'action** – L'ensemble de ces « permissions » jurisprudentielles, parfois légales, quant à la transmission des actions aux acquéreurs successifs s'applique tout naturellement aux dommages apparaissant postérieurement à la vente donc à un moment où l'acquéreur subit lui-même le dommage. Cette solution est cohérente avec la solution de la Cour de cassation retenant que les actions sont attachées à la propriété de l'immeuble. Ainsi, celui qui est propriétaire de l'immeuble au jour de la survenance du désordre, est nécessairement titulaire de l'action, d'autant plus que la qualité pour agir est légalement dévolue aux acquéreurs successifs. Mais plus étonnamment, la jurisprudence a admis que la solution soit étendue aux désordres intervenus avant la vente. La Cour de cassation a en effet admis par un arrêt du 23 septembre 2009 que « *les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble, nonobstant la connaissance, par les acquéreurs, des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause leur réservant un tel recours à moins que le vendeur ne puisse invoquer un préjudice personnel lui conférant un intérêt direct et certain à agir* ». <sup>707</sup> Cette solution interpelle d'abord en ce qu'elle implique que l'acquéreur conserve son droit d'agir en garantie décennale en dépit de sa parfaite connaissance de l'existence de vices lors de la vente. Cette situation ne doit pas être confondue avec le caractère apparent ou caché du vice lors de la réception qui selon le cas aura un effet de purge mais elle consiste à transmettre l'action en garantie décennale à l'acquéreur qui a pourtant eu connaissance lors de la vente, de l'existence d'un désordre. Par ailleurs, la formulation de l'attendu laisse à penser qu'il y aurait une sorte de présomption de transmission de l'action à l'acquéreur, présomption induite de la

---

<sup>705</sup> M. Faure-Abbad, La transmission des actions contre les constructeurs d'immeubles : à la recherche d'un ordre, *RDC* 1<sup>er</sup> déc. 2014, n° 04, p. 785.

<sup>706</sup> Cass. Civ. 3, 12 juin 2013, n° 11-12.283.

<sup>707</sup> Cass. Civ. 3, 23 sept. 2009, n° 08-17.470, *Bull. civ.* III n° 202, *RDC* 2010 p. 589.

seule circonstance du transfert de propriété de l'immeuble. Aucune part ne semble alors laissée à la volonté du vendeur de transmettre ou non l'action puisque l'arrêt souligne bien que les acquéreurs successifs de l'immeuble sont recevables à agir peu importe l'absence de clause leur réservant un tel recours. Cette solution étend à l'extrême la notion de transmission accompagnant la règle de l'accessoire et tranche fondamentalement avec les solutions antérieures rendues en la matière. En effet, la Haute juridiction décidait traditionnellement que sauf clause expresse contraire dans l'acte de vente, le vendeur conservait le bénéfice de l'action née d'un désordre survenu antérieurement au contrat de vente. Cette solution donnée en matière d'action en responsabilité contractuelle était naturellement reprise s'agissant de la garantie décennale comme en témoigne l'attendu de principe d'un arrêt du 4 décembre 2002 ci-après reproduit : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de clause expresse, la vente d'un immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur, des droits et actions à fin de dommages-intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison des dommages affectant l'immeuble antérieurement à la vente, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »<sup>708</sup>. Dès lors, la détermination du titulaire de l'action était fonction du moment d'intervention du dommage et de la personne propriétaire de l'immeuble lors de la survenance du désordre. Désormais et depuis 2009, cette solution est abandonnée au profit d'une transmission automatique des actions avec la propriété de l'immeuble sans pour autant que le vendeur n'ait à exprimer son consentement en ce sens. Néanmoins, l'aspect excessivement libéral de la solution est nuancé par la jurisprudence elle-même qui admet que le vendeur puisse conserver la possibilité d'agir postérieurement à la vente dès lors qu'il a un intérêt direct et certain à cette action.

**180. Des vendeurs conservant parfois le bénéfice de l'action** – Les hypothèses dans lesquelles on peut retenir l'existence d'un tel intérêt à agir du vendeur sont variées comme nous avons pu le souligner précédemment<sup>709</sup>. La Cour de cassation exige cependant que les juges du fond caractérisent la présence d'un préjudice avant d'admettre que le vendeur puisse conserver l'action en garantie décennale<sup>710</sup>. Cet intérêt d'une action en garantie décennale pour le vendeur prend tout sens dès lors que le maître de l'ouvrage, en qualité de vendeur, se retrouve lui-même

---

<sup>708</sup> Cass. Civ. 3, 4 déc. 2002, n° 01-02.383, *Bull. civ.* III n° 250.

<sup>709</sup> *Supra* n° 176. Par ailleurs, la solution est également retenue dans le cas particulier de la vente en état futur d'achèvement. Dans cette hypothèse, la société de constructeur porte la casquette de maître de l'ouvrage tout au long des opérations de construction puis, une fois l'ouvrage livré et la période de garantie de parfaitement écoulee, le cédant perd la qualité de maître de l'ouvrage. Néanmoins, la jurisprudence admet qu'il conservait le bénéfice de l'action en garantie décennale si elle présentait pour lui un intérêt direct et certain.

<sup>710</sup> Cass. Civ. 3, 4 mars 2014, n° 13-12.468.

poursuivi par l'acquéreur. En effet, il est fréquent que l'acquéreur ait eu comme seul interlocuteur le maître d'ouvrage-vendeur, si bien que l'action en garantie décennale ou contractuelle du premier a naturellement été dirigée contre le second. Le vendeur conserve donc logiquement un intérêt à exercer à son tour une action récursoire en garantie décennale contre les constructeurs<sup>711</sup>.

Ces solutions jurisprudentielles sont facilement compréhensibles pour autant que l'on adopte une vision cartésienne des hypothèses possibles. L'acquéreur obtient par principe et par la propriété de l'immeuble l'ensemble des actions qui y sont attachées, le vendeur lui, conserve sa possibilité d'agir contre les constructeurs dès lors qu'il a un intérêt à agir. Cette simplification de la jurisprudence ne pose pas de difficulté dès lors que les deux actions sont cloisonnées, l'une appartient à l'acquéreur, l'autre au vendeur, mais cela ne permet pas de répondre à la question de la transmissibilité d'une action lorsqu'elle a déjà été exercée par le vendeur. À ce propos, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le bénéfice de l'action se transmettait à l'ayant cause indépendamment de l'action précédemment introduite par son auteur. La formulation employée par la Cour est à cet égard sans équivoque : « *sauf clause contraire, les acquéreurs successifs d'un immeuble ont qualité à agir, même pour les dommages nés antérieurement à la vente et ce nonobstant l'action en réparation intentée par le vendeur avant cette vente, contre les constructeurs sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun qui accompagne l'immeuble en tant qu'accessoire* »<sup>712</sup>. Cette solution a certes été dégagée au sujet d'une action en réparation d'un désordre intermédiaire, mais elle semble pouvoir s'appliquer en toute logique à la garantie décennale. La solution peut surprendre mais elle est en réalité dans la droite ligne de la vision adoptée par la Cour de cassation selon laquelle l'action est intrinsèquement attachée à l'immeuble. Ainsi, l'ayant cause reçoit son droit d'agir concomitamment à son droit de propriété. Certains auteurs ont pu voir en cela une « cotitularité » des droits et actions<sup>713</sup>. Madame FAURE-ABBAD faisant l'analyse de l'arrêt de 2013, retient de façon pertinente que la garantie décennale tout comme les dommages intermédiaires, relèvent d'un mécanisme de « *protection attachée à la propriété de l'immeuble (...) davantage qu'à la qualité de créancier de l'obligation violée* »<sup>714</sup>. Il reste que l'objectif permanent d'équilibre poursuivi par la jurisprudence transparaît tout de même dans l'arrêt

---

<sup>711</sup> Cass. Civ. 3, 11 déc. 1991, n° 90-17.489, *Bull. civ.* III n° 314 – Cass. Civ. 3, 17 janv 1996, n° 94-12.231, *Bull. civ.* III n° 12.

<sup>712</sup> Cass. Civ. 3, 10 juil. 2013, n° 12-21.910, *Bull. civ.* III n° 102.

<sup>713</sup> M. Cottet, note sous Cass. Civ. 3, 10 juil. 2013, n° 12-21.910, *D.* 2013. 2448.

<sup>714</sup> M. Faure-Abbad, La transmission des actions contre les constructeurs d'immeubles : à la recherche d'un ordre, préc.

précité puisqu'elle prend la précaution rédactionnelle relative à l'éventualité d'une clause contraire, laquelle serait de nature à modifier la décision.

**181. Réserve expresse du droit d'agir au profit du vendeur** – La possibilité pour le vendeur de conserver par contrat, le bénéfice de l'action a été initiée par l'arrêt du 10 juillet 2013<sup>715</sup> qui se plaçait toutefois du point de vue de l'acquéreur. Un arrêt postérieur en date du 5 novembre 2013<sup>716</sup> statuant cette fois du point de vue du vendeur, a retenu que « *le vendeur d'un immeuble ne conserve un intérêt à agir, même pour les dommages nés antérieurement à la vente, et nonobstant l'action en réparation qu'il a intentée avant cette vente sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, que si l'acte de vente prévoit expressément que ce vendeur s'est réservé le droit d'agir* ». L'énoncé de la solution interpelle grandement du fait de la corrélation qui est faite entre l'intérêt à agir et la présence d'une clause réservant expressément le droit d'agir. Il est certes, bienvenu de permettre au vendeur d'avoir recours au jeu des clauses du contrat pour se réserver une possibilité d'agir, mais c'est une autre affaire que l'absence d'une telle clause menace le droit d'action du vendeur alors même qu'il justifierait bel et bien d'un intérêt à agir. Cette solution n'ayant pas encore été à ce jour combattue<sup>717</sup>, les rédacteurs d'actes ont tout intérêt à prévoir très précisément dans les actes de vente que le vendeur se réserve le droit d'agir contre les constructeurs, notamment sur le terrain de la garantie décennale. C'est au demeurant l'objectif affiché poursuivi par la Cour de cassation lors de l'arrêt du 10 juillet et ce, de l'aveu des conseillers référendaires de la Cour de cassation en ces termes : « *cette jurisprudence a pour finalité d'inciter les rédacteurs d'actes à préciser le titulaire de l'action pour l'ensemble des désordres en cause. En effet, le vendeur, tenu à une obligation de conseil, doit informer l'acquéreur des procédures en cours. Si ce vendeur diminue le prix de vente du bien en raison des désordres ou malfaçons affectant l'immeuble, il appartiendra dès lors aux parties de préciser, dans l'acte, que la procédure est poursuivie par ce vendeur qui conserve un intérêt personnel et direct à agir* ».

---

<sup>715</sup> Cass. Civ. 3, 10 juil. 2013, n° 12-21.910, *Bull. civ.* III n° 102.

<sup>716</sup> Cass. Civ. 3, 5 nov. 2013, n° 12-13.923.

<sup>717</sup> Elle semble même se confirmer comme le démontre un arrêt récent du 15 septembre 2016 dans lequel la Cour de cassation décidait que, sauf clause contraire, l'indemnité d'assurance au titre de la garantie dommages-ouvrage bénéficie à l'acquéreur de l'ouvrage nonobstant le fait que la déclaration de sinistre soit survenue avant la vente. Cass. Civ. 3, 16 sept. n° 15-21.630, *D.* 2016, 1861.



**182. Propos conclusifs** – La garantie décennale est entendue par la jurisprudence comme une garantie *propter rem*, donc attachée à la propriété de l'ouvrage d'où il suit qu'elle se transmet aux propriétaires successifs. Il en va de la même manière pour la garantie dommages-ouvrages qui l'accompagne de même que pour l'action en responsabilité contractuelle de droit commun. La jurisprudence se montre extrêmement favorable aux acquéreurs successifs de l'ouvrage lesquels bénéficient du droit d'agir pour les désordres postérieurs mais aussi antérieurs à la vente. L'analyse de la jurisprudence laisse en effet à penser qu'il y aurait une sorte de présomption de transmission de l'action à l'acquéreur, présomption induite de la seule circonstance du transfert de propriété de l'immeuble. Cette jurisprudence libérale au profit de l'ayant cause à titre particulier tranche fondamentalement avec la sévérité réservée à l'action du vendeur. Ce dernier ne peut désormais prétendre au bénéfice de l'action en garantie décennale que dans la mesure où non seulement il dispose d'un intérêt à agir mais de surcroît, seulement si une clause prévoyait expressément dans l'acte de vente qu'il se réservait le droit d'agir contre les constructeurs au titre de la garantie décennale ou de toutes autres garanties ou responsabilités.

## ***Section 2 : Rapports réciproques entre coobligés***

**183.** Le régime protecteur de la responsabilité décennale relève du bénéfice exclusif du maître de l'ouvrage, lequel est de ce fait seul à même d'invoquer l'application des articles 1792 et suivants du Code civil et du régime prétorien des désordres évolutifs. En revanche, les constructeurs ou réputés comme tels ne sauraient se prévaloir de ces dispositifs dans le cadre de leurs rapports horizontaux, pas plus que dans le cadre des recours entre eux lorsqu'un maillon de la chaîne des constructeurs a été condamné à indemniser le maître de l'ouvrage. En effet, les locataires d'ouvrage intervenus lors du processus de construction de l'ouvrage sont tenus *in solidum* à l'égard du maître ou de l'acquéreur de l'ouvrage (§1). Ces derniers peuvent adopter une stratégie indemnitaire consistant à choisir de poursuivre le débiteur de la garantie le plus solvable. Celui-ci, s'il ne peut bénéficier du régime de la garantie décennale dans ses rapports avec ses coobligés, n'est pas pour autant privé de tout recours (§2).

## §1 Le principe d'une responsabilité *in solidum* des constructeurs

**184. Principe général** – L'article 1310 du Code civil prévoit : « *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas* ». La solidarité passive permet à un créancier ayant plusieurs débiteurs d'une même dette de réclamer à chacun d'eux la totalité de la somme. Comme une exception à l'énonciation de l'article 1310 du Code civil, la jurisprudence a de longue date décidé d'accorder au créancier indemnitaire une protection particulière en retenant que les coauteurs sont tenus *in solidum*. Cette jurisprudence permet au créancier d'éviter un éclatement des poursuites de même qu'elle a l'intérêt de limiter les risques liés à l'insolvabilité des débiteurs. La Chambre des requêtes a ainsi pu décider en reprenant la logique jurisprudentielle déjà installée que « *chacun des coauteurs d'un même dommage, conséquence de leurs fautes respectives, doit être condamné in solidum à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité entre les coauteurs, lequel n'affecte que les rapports réciproques de ces derniers, mais non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la victime du dommage* »<sup>718</sup>. Il résulte de cette formulation que la victime d'un dommage engendré par plusieurs responsables dispose d'autant de recours qu'il y a d'auteurs composant le dommage. Chacun des coresponsables est alors appréhendé comme ayant causé l'intégralité du dommage<sup>719</sup>. Bien que la responsabilité solidaire d'origine légale ou conventionnelle et l'obligation *in solidum* partagent une logique commune consistant dans les deux cas à faciliter l'indemnisation du créancier, elles se distinguent cependant et la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond emploient les deux qualifications à bon escient<sup>720</sup>. En matière civile, la responsabilité solidaire des débiteurs ne se présume pas mais elle doit être soit prévue par le contrat qui lie ceux-ci soit prévue par la loi. De ce fait, les juges ne peuvent pas en principe, de leur propre chef, assortir de la solidarité une décision condamnant plusieurs personnes. Ils ont ainsi détourné les prescriptions de l'article 1310 du Code civil précité et ont élaboré une notion très voisine, celle de l'obligation *in solidum*. Cette notion s'applique surtout dans le domaine de la responsabilité civile, au sein duquel elle permet des condamnations *in solidum*. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage sans que l'on puisse imputer à telle

---

<sup>718</sup> T. confl. 14 févr. 2000, req. n° 02929.

<sup>719</sup> J. Julien, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action éd. 2021/2022, n° 2132.102.

<sup>720</sup> *Ibid*, Il a été rappelé que la plupart des effets secondaires de la solidarité n'accompagnent pas la situation des débiteurs tenus *in solidum* et ce en l'absence d'une communauté d'intérêts. Ainsi par exemple, pour la responsabilité *in solidum*, la chose jugée à l'égard de l'un n'a pas autorité pour tous, de même que la poursuite contre l'un n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres.

ou telle d'entre elles un élément particulier de ce dommage, elles peuvent ainsi être condamnées *in solidum* à le réparer.

La différence entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum*, est difficilement décelable. On peut néanmoins remarquer que la plupart des effets secondaires de la solidarité ne se produisent pas entre les débiteurs tenus *in solidum*, en l'absence de communauté d'intérêts. Il en ressort notamment que la chose jugée à l'égard de l'un n'a pas autorité à l'égard de tous, que la poursuite contre l'un n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres ou encore que l'appel interjeté par l'un ne bénéficie pas aux autres<sup>721</sup>.

C'est au demeurant en raison de ces différences d'effets que la doctrine a pu évoquer une « solidarité imparfaite » s'agissant de l'obligation *in solidum*<sup>722</sup>. Aussi, lorsqu'aucun texte ne prévoit précisément que ces derniers sont solidairement responsables envers le maître de l'ouvrage, la jurisprudence retient régulièrement qu'ils peuvent être responsables *in solidum* dès lors que chacun d'entre eux a contribué à la survenance du désordre. Indépendamment de l'obligation *in solidum* de nature prétorienne, il demeure possible d'organiser en amont une solidarité entre les constructeurs par convention. En pareil cas, le juge doit rechercher si cette solidarité « ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, alors même que celle-ci n'a pas été qualifiée de solidaire »<sup>723</sup>.

**185. Application à la responsabilité des constructeurs** – Le chantier de construction regroupe un ensemble complexe d'intervenants, tous liés par l'objectif commun de livrer un ouvrage sain, exempt de tout désordre. En l'absence d'un tel résultat, tous ces acteurs qui recouvrent pourtant des corps de métiers différents, sont exposés à une responsabilité *in solidum* alors même que l'échec de la construction serait dû à la défaillance d'un seul d'entre eux. Ainsi, à défaut de pouvoir faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur eux par la preuve d'une cause étrangère ou éventuellement par la preuve de l'absence d'imputabilité du désordre à leur action<sup>724</sup>, tous les constructeurs sont tenus envers le maître de l'ouvrage. L'obligation *in solidum* permet au maître d'ouvrage de s'adresser pour le tout à n'importe lequel de ses débiteurs dès lors qu'un dommage indivisible est dû à l'action combinée et indissociable des

---

<sup>721</sup> Ph. Le Tourneau, J. Julien, *Rép. Civ.* févr. 2018, n° 162.

<sup>722</sup> *Ibid.*, n° 157.

<sup>723</sup> Cass. Civ. 3, 26 janv. 2005, n° 03-11.646, *Bull. civ.* III n° 14.

<sup>724</sup> V. *Supra* n°67.

divers intervenants à l'acte de construction. Sur ce point, la Cour de cassation précise bien que « *chaque responsable d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité* »<sup>725</sup>. Ou encore que les fautes « *se pénètrent et se complètent quant à leurs conséquences dans des conditions telles qu'elles forment un tout indivisible* »<sup>726</sup>. C'est ainsi en raison du caractère indivisible du dommage que les constructeurs seront condamnés à le réparer *in solidum*. La doctrine autorisée précise en ce sens que « *la seule condition d'ordre général (de la responsabilité in solidum) est que le fait reproché au défendeur ait réellement "causé" le dommage auquel le tiers a également participé. En d'autres termes, il faut que les conséquences de l'activité des coauteurs soient indissociables, que le dommage soit indivisible, car s'ils ont provoqué des dommages distincts, chacun ne répond évidemment que de son propre fait* »<sup>727</sup>. Ainsi, une condamnation *in solidum* – qu'il convient par ailleurs de distinguer de l'obligation solidaire<sup>728</sup> – suppose la réunion d'un ensemble de conditions parmi lesquelles figure l'existence d'un dommage unique. Elle doit en outre concerner les constructeurs dont l'intervention a joué un rôle causal dans la réalisation du désordre, autrement dit, dont l'imputabilité de l'action est avérée<sup>729</sup>. Dès lors que le comportement du constructeur a contribué à la survenance d'un désordre indivisible, sa responsabilité peut être légitimement inquiétée. La doctrine évoque ainsi des « fautes conjuguées et communes » pour qualifier ce concours d'interventions des divers constructeurs<sup>730</sup>. En revanche, la responsabilité *in solidum* déploiera ses effets même si le dommage indivisible est le résultat de fautes de nature distinctes, de même qu'il importe peu que l'action menée à leur encontre fasse l'objet de divers fondements, délictuels pour les uns ou contractuels pour les autres<sup>731</sup>. Aussi, dès lors que les conditions précitées sont réunies, le juge pourra prononcer une condamnation *in solidum* sans limiter les condamnations à la part qui incombe à chaque constructeur en fonction de son degré d'implication. Ainsi que le précise la Cour de cassation : « *chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du*

---

<sup>725</sup> Cass. Civ. 3, 9 avr. 2014, n° 13-13.414, *RDI* 2014, p. 413.

<sup>726</sup> Cass. Civ. 3, 29 nov. 1969, *Bull. civ.* III, n° 509.

<sup>727</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, n° 420.

<sup>728</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2016, n° 15-16.105.

<sup>729</sup> Cette imputabilité peut résider dans l'existence d'une faute contractuelle ou délictuelle ayant participé à la survenance du désordre. L'imputabilité permettra de retenir la responsabilité de n'importe quel maillon de la chaîne des constructeurs dans la mesure où « chacune des fautes a concouru à produire l'entier dommage », suivant la formule issue d'un arrêt ancien de la chambre des requêtes. Cass. Req., 19 juin 1929.

<sup>730</sup> Ph. Malinvaud, *RDI* 1997, p. 450. – H. Périnet-Marquet, *RGDA* 2002, p. 726.

<sup>731</sup> Cass. Civ. 3, 29 avr. 1974, n° 73-10.504, *Bull. civ.* III n° 174. – Cass. Civ. 3, 25 mars 1980, n° 78-16.619, *Bull. civ.* III n° 69. – Cass. Civ. 3, 25 nov. 1998, n° 97-11.395.

*partage de responsabilité auquel il est procédé entre eux et qui n'affecte pas l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée* »<sup>732</sup>.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, il convient de préciser qu'une condamnation *in solidum* pourra être prononcée sans qu'il puisse être reproché au créancier victime d'avoir poursuivi un seul ou seulement certains coauteurs. La contribution du constructeur au dommage indivisible suffit à ce qu'il soit tenu de le réparer, à charge pour lui ensuite d'agir contre le reste des coauteurs. L'esprit de l'ancien article 1203 du Code civil est ainsi maintenu. Ce dernier disposait « *le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division* ».

En revanche, la question de la validité d'une clause au contrat écartant l'obligation *in solidum* d'un constructeur a fait l'objet d'une évolution en jurisprudence dont il convient de s'interroger sur l'applicabilité à la responsabilité décennale.

**186. La question d'une prise en compte des clauses excluant la solidarité issue d'une condamnation *in solidum*** – Dès lors que les constructeurs ayant chacun une part de responsabilité sont exposés à être condamnés *in solidum* envers le maître de l'ouvrage, la question fut posée de savoir s'il est possible que ces derniers insèrent dans le contrat les liant au maître de l'ouvrage, une clause qui viendrait les exonérer d'une responsabilité *in solidum* au profit d'une limitation de responsabilité à hauteur de leur faute personnelle.

La jurisprudence a pendant très longtemps été réfractaire à admettre une telle possibilité. Elle décidait traditionnellement que « *la clause du contrat d'architecte excluant la solidarité ne saurait avoir pour effet d'empêcher une condamnation in solidum entre l'architecte et les entrepreneurs* »<sup>733</sup>. La jurisprudence retenait régulièrement que l'obligation *in solidum* étant une règle d'ordre public, il n'était pas envisageable de l'écarter par contrat. Néanmoins, un arrêt du 19 mars 2013 est venu bouleverser la régularité de la solution. Aux termes de cet arrêt de principe, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « *le juge est tenu de respecter les stipulations contractuelles excluant les conséquences de la responsabilité solidaire ou in solidum d'un constructeur à raison des dommages imputables à d'autre intervenants* »<sup>734</sup>. Dès lors apparaît une question sous-jacente résidant dans la transposition de

---

<sup>732</sup> Cass. Civ. 3, 22 nov. 1978, *Bull. civ.* III, n° 356. – Cass. Civ. 1, 22 avr. 1992, n° 90-14.598, *Bull. civ.* I n° 127. – Cass. Civ. 3, 4. nov. 2008, 07-17.834. Sur ce point, V. M.Huet, L'obligation in solidum des constructeurs et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs, *RDI* 1983 p. 11.

<sup>733</sup> Cass. Civ. 3, 18 juin 1980, n° 78-16.096, *Bull. civ.*, III, n° 121.

<sup>734</sup> Cass. Civ. 3, 19 mars 2013, n° 11-25.266, *RDI* 2013, p. 376, obs. Boubli.

la solution au cas où la clause litigieuse viendrait exclure la responsabilité décennale du champ de l'obligation *in solidum*. En effet, cet arrêt concernait des faits relevant de la responsabilité de droit commun des constructeurs. Or, la responsabilité décennale est conformément à l'article 1792-5 du Code civil une responsabilité d'ordre public<sup>735</sup> d'où il suit que l'on ne peut y déroger par convention. Ainsi, l'arrêt précité ne saurait de toute évidence s'appliquer à la garantie décennale de plein droit. D'ailleurs, les décisions suivantes ayant appliquées la solution de l'arrêt de 2013 sont toujours relatives à l'exclusion conventionnelle de la responsabilité de droit commun des constructeurs<sup>736</sup>.

**187. Propos conclusifs** – Dans le silence des textes, la jurisprudence a mis en place une responsabilité *in solidum* des constructeurs favorable au maître de l'ouvrage. Cette responsabilité trouve un écho particulier en termes de dommages évolutifs dans la mesure où nonobstant l'écoulement d'un temps long dont il pourrait résulter une série d'impossibilités pour le maître de l'ouvrage de retrouver les constructeurs concernés, ce dernier conserve bien l'espoir d'une réparation. Ainsi, tous les constructeurs sont tenus envers le maître de l'ouvrage. L'obligation *in solidum* permet à ce dernier de s'adresser pour le tout à n'importe lequel de ses débiteurs dès lors qu'un dommage indivisible est dû à l'action de chacun des divers intervenants à l'acte de construction. Il en va de la sorte peu importe que le dommage soit issu de fautes de nature distinctes ou que la responsabilité des différents coresponsables soit l'objet de fondements différents. En revanche, la condition de l'imputabilité du désordre à l'action du constructeur reste de rigueur.

## §2 Les recours des coobligés *in solidum*

**188. Une action subrogatoire contestable** – Le constructeur condamné *in solidum*, ayant de ce fait indemnisé et désintéressé totalement ou partiellement le maître de l'ouvrage ou ses ayants causes pourra se retourner à son tour contre les véritables responsables du désordre. On pourrait penser que l'intervenant à l'acte de construire dont la responsabilité a été retenue

---

<sup>735</sup> *Supra* n°186.

<sup>736</sup> M.-L. Pagès de Varenne, Clauses excluant les conséquences de la responsabilité solidaire ou *in solidum*, *Const.-Urb.*, avril 2014, comm 47. – H. Groutel, Contrat d'architecte : exclusion de l'obligation *in solidum*, RCA n° 5, mai 2019, comm. 135. – F.-X. Ajaccio, Responsabilité contractuelle : une reconnaissance tonitruante de la clause excluant les condamnations *in solidum* !, *Gaz.Pal.*, 21 mai 2019 p. 79.

*in solidum* puisse disposer d'une action récursoire subrogatoire conformément aux articles 1346 et suivants du Code civil. En réalité la jurisprudence a pris le contrepied de cet axiome en décidant par un arrêt du 8 juin 2011 que « *les personnes responsables de plein droit en application des articles 1792 et suivants du code civil, lesquelles ne sont pas subrogées après paiement dans le bénéfice de cette action réservée au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs de l'ouvrage en vertu des articles précités, ne peuvent agir en garantie ou à titre récursoire contre les autres responsables tenus avec elles au même titre, que sur le fondement de la responsabilité de droit commun applicable dans leurs rapports* »<sup>737</sup>. Cet arrêt devrait satisfaire une partie de la doctrine réticente à admettre le bénéfice d'une action subrogatoire au constructeur. Elle avance au soutien de cette réticence que chaque constructeur condamné ne paie en réalité que sa propre dette. A défaut de subrogation possible, la question se pose de savoir quel est le fondement du recours exercé par le constructeur condamné *in solidum*. La Cour de cassation adopte une position claire sur ce point, le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son assureur n'est pas fondé sur la garantie décennale mais est de nature contractuelle si ces constructeurs sont contractuellement liés ou bien de nature quasi délictuelle<sup>738</sup>. Ainsi, la jurisprudence refuse toute action récursoire de nature contractuelle dès lors qu'aucun lien contractuel n'est avéré entre le *solvens* et le *coobligé*<sup>739</sup>. En outre, elle se garde d'utiliser le terme de « subrogatoire » à propos d'un recours fondé sur une action contractuelle qu'elle aurait accepté.

**189. Une action récursoire contractuelle** – En pratique, si le plus souvent les co-constructeurs sont des tiers les uns par rapport aux autres, l'existence d'un lien contractuel entre eux est moins rare qu'il n'y paraît. Cette hypothèse peut par exemple se trouver dans les groupements momentanés d'entreprises pour lesquels l'article 3.1.7 de la norme AFNOR P. 03-001 donne la définition suivante « *sont des entrepreneurs groupés, les entrepreneurs titulaires conjoints ou solidaires pour l'exécution de travaux concourant à la réalisation d'un même ouvrage, et après avoir soumissionné par l'intermédiaire de l'un d'eux, choisi comme mandataire commun. Les entrepreneurs groupés sont conjoints lorsque, les travaux étant divisés par lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs, chacun d'eux est engagé pour le ou les lots qui lui sont assignés* ». Par ailleurs, le terrain privilégié de l'action contractuelle récursoire est certainement celui de la vente d'immeuble à construire ou encore celui du recours

---

<sup>737</sup> Cass. Civ. 3, 8 juin 2011, n° 09-69.894, Bull. civ. III n° 93, D. 2011. 1682 ; RDI 2011 p. 574.

<sup>738</sup> Cass. Civ. 3, 8 févr. 2012, n° 11-11.417, Bull. civ. III n° 23, Constr.- Urb. n° 4, Avril 2012, comm. 69.

<sup>739</sup> La jurisprudence admet cependant la subrogation lorsque le recours est exercé par l'assureur, celle-ci trouvant alors sa source dans le droit des assurances.

à l'encontre du fabricant<sup>740</sup>. Pour ces recours fondés sur une action contractuelle récursoire, le point de départ du délai de l'action a suscité des interrogations auxquelles la jurisprudence a semblé mettre un terme avec succès.

Dans un premier temps, on a pu assister à un mouvement jurisprudentiel tendant à calquer le recours contractuel sur la garantie décennale en l'enfermant dans le délai de dix ans à compter de la réception. L'arrêt topique en la matière est celui de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 16 octobre 2002 connu sous le nom d'arrêt « *Bottemer* »<sup>741</sup>. Dans cette espèce il s'agissait d'une action récursoire d'un constructeur de maisons individuelles à l'encontre d'un architecte plus de dix ans après l'expiration de la garantie décennale. La Cour de cassation refusait de faire droit au recours du constructeur de maisons individuelles à l'encontre du maître d'œuvre auquel il était lié contractuellement suivant le motif que ce recours avait été exercé postérieurement à l'expiration de la garantie décennale courant à compte de la réception. Dix ans plus tard, la Cour de cassation opéra un franc revirement de jurisprudence en soutenant que « *le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son assureur n'est pas fondé sur la garantie décennale, mais est de nature contractuelle si ces constructeurs sont contractuellement liés, et de nature quasi délictuelle s'ils ne le sont pas, de sorte que le point de départ du délai de cette action n'est pas la date de réception des ouvrages* »<sup>742</sup>. La solution retenue ainsi par la troisième chambre civile est limpide, la nature du recours dirigé contre un constructeur est soit contractuelle lorsque les constructeurs sont contractuellement liés entre eux, soit quasi délictuelle lorsqu'ils ne le sont pas. Le point de départ du délai est fonction de chaque type d'action et non pas celui de la réception de l'ouvrage. Lorsque le lien est contractuel, la Cour de cassation a décidé que le délai commence à courir à partir du moment où celui qui exerce l'action a connu les faits lui permettant de l'exercer. Un récent arrêt du 16 janvier 2020 est à cet égard riche d'enseignement. La Cour de cassation a en l'espèce retenu s'agissant du recours entre constructeurs que le délai de la prescription de ce recours et son point de départ ne relèvent pas des dispositions de l'article 1792-4-3 du Code civil qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants. La Haute juridiction ajoute que fixer la date de réception comme point de départ du délai de prescription de l'action d'un constructeur contre

---

<sup>740</sup> Pour une définition, V. *supra* n° 3.

<sup>741</sup> Cass. Civ. 3, 16 oct. 2002, n° 01-10.330, *Bull. civ.* III n° 205 ; *Constr.-Urb.* 2003, comm. 7

<sup>742</sup> Cass. Civ. 3, 8 févr. 2012, préc.



un autre constructeur pourrait avoir pour effet de priver le premier, lorsqu'il est assigné par le maître de l'ouvrage en fin de délai d'épreuve, du droit d'accès à un juge<sup>743</sup>.

L'action récursoire contractuelle doit s'inscrire dans le contentieux global engagé par la victime contre les constructeurs et ce par le jeu des appels en garantie. Ce recours donnera lieu à un partage de responsabilité entre coobligés dans la contribution à la dette selon la part et portion de chacun. Le constructeur condamné *in solidum* ne saurait donc réclamer l'intégralité du versement auprès des autres constructeurs. Le partage des responsabilités et de la portion de l'indemnité y afférente est déterminé par le juge saisi qui doit déterminer les manquements de chaque constructeur à leurs obligations contractuelles<sup>744</sup>. Si certains débiteurs s'avèrent insolubles, le montant de l'indemnité sera réparti entre le reste des codébiteurs solvables et celui qui a été tenu *in solidum*<sup>745</sup>. Par ailleurs, lorsque ce dernier n'a en réalité été aucunement responsable du désordre, il peut se retourner pour la totalité de sa condamnation contre les véritables responsables lesquels pourront être condamnés *in solidum* à son égard<sup>746</sup>.

**190. Une action récursoire délictuelle** – Lorsque les constructeurs ne sont pas contractuellement liés les uns aux autres, il reste la possibilité d'un recours fondé sur une action délictuelle. Cette action revêt en quelque sorte une double casquette puisqu'elle concerne aussi bien la situation du constructeur invoquant un préjudice propre, que celle dans laquelle il se retourne contre un coresponsable après avoir été condamné à réparer le dommage subi par le maître de l'ouvrage.

La Cour de cassation décide que l'action est dans ce cadre directe et personnelle en ce que le préjudice du constructeur lui est propre. L'action est ainsi fondée sur les articles 1240 et suivants du Code civil ce qui implique notamment que le constructeur doit établir la faute du coresponsable. La Haute juridiction souligne à cet égard que le recours entre constructeurs, non contractuellement liés, ne peut avoir qu'un fondement quasi-délictuel et que « *coauteurs, obligés solidairement à la réparation d'un même dommage, ces constructeurs ne sont tenus entre eux que chacun pour sa part, déterminée à proportion du degré de gravité des fautes respectives* »<sup>747</sup>.

---

<sup>743</sup> Cass. Civ. 3, 16 janv. 2020, n° 18-25.915, P.

<sup>744</sup> À cet égard le vendeur réputé constructeur ou tenu des obligations du constructeur occupe une place particulière par le rôle hybride qu'il tient. À la fois constructeur et maître d'ouvrage, il peut à l'instar du maître de l'ouvrage, se retourner pour le tout contre les constructeurs.

<sup>745</sup> Sur ce point, V. : M.-L. Pagès-de Varenne, En l'absence d'un contradicteur, répartition en fonction de la totalité de la dette, *Constr.-Urb.*, n° 2, Février 2018, comm. 22.

<sup>746</sup> Cass. Civ. 3, 4 nov. 1992, n° 90-17.871, *Bull. civ.* III n°285.

<sup>747</sup> Cass. Civ. 3, 14 sept. 2005, n° 04-10.241, *Bull. civ.* III n°164, *Constr.-Urb.* 2005 comm. 237.

En revanche, un recours de cette nature n'est pas envisageable lorsque le constructeur a été condamné pour une faute qui lui était personnelle et sans rapport avec celle des autres<sup>748</sup>. Le délai de cette responsabilité délictuelle est celui du droit commun autrement dit de cinq ans<sup>749</sup>. La Cour suprême l'a clairement affirmé lors de l'arrêt précité du 16 janvier 2000 en ces termes : « *le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant relève des dispositions de l'article 2224 du code civil (...) il se prescrit donc par cinq ans à compter du jour où le premier a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »<sup>750</sup>. Cette solution est autrement plus opportune que celle qui consisterait à retenir l'application de l'article 1792-4-3 dont il pourrait résulter l'existence d'un délai beaucoup trop bref laissé au constructeur pour agir.

En pratique, les recours entre les coobligés sont facilités par la mobilisation de l'assurance responsabilité décennale dont la souscription est obligatoire pour l'ensemble des intervenants à l'acte de construction. Cette mobilisation a donné lieu à une problématique pratique intéressante, dans le cadre d'un litige mettant en scène un assureur portant la double qualité d'assureur dommages-ouvrage et de responsabilité civile décennale<sup>751</sup>. La Cour de cassation a précisé à cette occasion et de façon salutaire, que la double casquette portée par l'assureur, ne saurait faire obstacle à la mobilisation de l'assurance de responsabilité décennale du constructeur qu'il assure en parallèle du maître de l'ouvrage. L'assureur ne peut raisonnablement pas limiter son recours aux seuls constructeurs qu'il n'assure pas<sup>752</sup>.

**191. Propos conclusifs** – En l'absence d'une disposition légale instaurant une responsabilité solidaire des colocateurs d'ouvrage et à défaut de prévision contractuelle en ce sens, la jurisprudence décide que les constructeurs doivent être tenus *in solidum* des désordres décennaux affectant l'ouvrage. Le constructeur condamné *in solidum* ayant indemnisé et désintéressé totalement ou partiellement le maître de l'ouvrage ou ses ayants causes a tout le loisir de se retourner à son tour contre les véritables responsables du désordre. Doctrine comme jurisprudence sont réticents à admettre que ce recours puisse consister à une action subrogatoire.

---

<sup>748</sup> J-B Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ 12<sup>e</sup> éd., n°1206.

<sup>749</sup> Sur l'évolution des solutions sur ce point V. : S. Bertolaso, Délai de recours entre constructeurs : une clarification nécessaire, *Constr.-Urb.* 2014, chr. n°6 ; J.-P. Karila, Prescription des actions à l'encontre des constructeurs. Précisions et interrogations persistantes, *JCP G* 2020, 414.

<sup>750</sup> Cass. Civ. 3, 16 janv. 2020, préc.

<sup>751</sup> Cass. Civ. 3, 8 nov. 2018, n° 17-13.833, P., *D.* 2018. 2184.

<sup>752</sup> C. Charbonneau, L'assurance de responsabilité décennale est susceptible d'être invoquée par le constructeur dans le cadre de son appel en garantie, *RDI* 2019, p. 169.

A défaut de subrogation possible, la question du fondement du recours exercé par le constructeur condamné *in solidum* s'est posée. La Cour de cassation adopte une position claire sur ce point, le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son assureur n'est pas fondé sur la garantie décennale mais est de nature contractuelle si ces constructeurs sont contractuellement liés ou bien de nature quasi délictuelle. Aussi, l'obligation à la dette dont est tenu chaque constructeur ayant contribué à la réalisation du désordre, est contrebalancée par la contribution finale de chacun à la dette en fonction des recours exercés les uns contre les autres.



## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

**192.** Le désordre évolutif s'inscrivant dans une idée de long terme doit nécessairement être mis en perspective avec un certain nombre de règles procédurales intéressant non seulement le maître de l'ouvrage et son ayant cause, mais aussi le constructeur ayant été condamné à réparer ce désordre.

Il arrive fréquemment que lors de la survenance du désordre évolutif, le propriétaire de l'immeuble ne soit plus le maître de l'ouvrage. Parfois même, l'acquéreur a pu lui-même céder l'immeuble à son tour et la question se pose légitimement de savoir si les actions en justice concernant cet immeuble se transmettent aux acquéreurs successifs. Nonobstant les tergiversations doctrinales portant sur la recherche d'un fondement adéquat à cette transmission de l'action, la jurisprudence a de longue date admis une telle possibilité sans véritablement se soucier de l'assise théorique attenante. Elle est en cela aidée par le législateur qui a de façon implicite admis la transmission de l'action à travers l'article 1792 du Code civil qui prévoit que le constructeur est responsable envers le maître de l'ouvrage « ou l'acquéreur ». Bien qu'elle fasse abstraction des subtilités inhérentes à la règle de l'accessoire, la jurisprudence retient que la garantie décennale est une garantie *propter rem*, autrement dit attachée à la propriété de l'ouvrage et se transmettant de ce fait à tous les propriétaires successifs. Il y aurait alors une sorte de présomption de transmission de l'action à l'acquéreur, présomption induite de la seule circonstance du transfert de propriété de l'immeuble.

Aussi, dès lors que la transmission de l'action en réparation du désordre notamment évolutif est acquise, il convient d'analyser sa mise en œuvre pratique à travers le mécanisme de l'obligation *in solidum*. Cette dernière permet au maître d'ouvrage de s'adresser pour le tout à n'importe lequel de ses débiteurs dès lors qu'un dommage indivisible est dû à l'action combinée et indissociable des divers intervenants à l'acte de construction. Cette responsabilité *in solidum* a un intérêt particulier pour le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur qui se prévaut d'un désordre évolutif. En effet, une longue période s'étant écoulée depuis la construction de l'ouvrage, il pourrait exister une série d'impossibilités pour le maître de l'ouvrage et a fortiori pour l'acquéreur de retrouver les constructeurs concernés mais ils conservent bel et bien un espoir de réparation par le biais du mécanisme de la responsabilité *in solidum*. Les constructeurs ne sont par ailleurs pas délaissés par la jurisprudence qui a organisé un régime leur permettant

d'exerçant des recours entre eux lorsque l'un d'eux a été condamné *in solidum*. Contrairement à son désintérêt pour le fondement de la transmission de l'action, la jurisprudence est très attentive au fondement de l'action entre coobligés qui ne saurait être une action subrogatoire. Soutenue par une partie de la doctrine, elle conclut davantage à une action récursoire contractuelle ou délictuelle selon que les constructeurs sont ou non liés par contrat.

Le travail de la jurisprudence s'agissant tout aussi bien de la transmission de l'action que des recours entre constructeurs coobligés semble herculéen tant les théories juridiques qu'ils contiennent s'entrecroisent et les évolutions législatives les affectant sont nombreuses. L'activité des juges semble davantage relever en la matière d'un pragmatisme nécessaire que d'un attachement profond aux concepts juridiques ce qui laisse perplexe quant à la survie des solutions établies.

## **CHAPITRE II : PERSPECTIVES D'EVOLUTION DE REGIME DU DESORDRE EVOLUTIF**

**193.** Le désordre évolutif entendu dans son sens le plus large, subit toute sortes d'influences qui pourraient éventuellement menacer la pérennité du régime au demeurant déjà fragilisé par le manque d'assise textuelle. En effet, le régime de la responsabilité décennale à raison des désordres futurs et évolutifs étant essentiellement d'origine prétorienne, le risque majeur tient à des variations jurisprudentielles fréquentes dont il résulte une menace pour la sécurité juridique des parties (**Section 1**). En outre, la stabilité des solutions est mise en péril par des influences plus extérieures telles que la réforme de la responsabilité civile ou encore le droit de l'Union européenne (**Section 2**).

### ***Section 1 : Les risques et opportunités d'une liberté inconditionnée des juges dans l'élaboration du régime du désordre évolutif***

**194.** Nous avons précédemment évoqué la particularité que revêt le principe de l'autorité de la chose jugée lorsque l'on est en présence d'un désordre aggravé<sup>753</sup>. En ce point, la jurisprudence a usé d'une certaine liberté en manipulant le concept de façon très habile et pour le moins largement souhaitable pour le maître de l'ouvrage (**§1**). Si le traitement consacré à l'autorité de la chose jugée est le parfait exemple de ce que la liberté accordée au juge en matière d'évolution du désordre, permet à ce dernier d'adapter ses solutions afin de trouver un juste équilibre des intérêts en présence ; d'autres situations viennent en revanche souligner les risques encourus d'une liberté inconditionnée des juges. Ces risques s'inscrivent dans le champ plus global du pouvoir de modulation du juge, dont il pourrait résulter une atteinte à la sécurité des divers acteurs engagés dans le désordre évolutif (**§2**).

---

<sup>753</sup> *Supra* n°143.

## §1 L'instrumentalisation de l'autorité de la chose jugée bénéficiant au maître de l'ouvrage

**195. Fonction première de l'autorité de la chose jugée** – L'opportunité d'emprunter le chemin de l'autorité de la chose jugée pour la réparation d'un désordre aggravé semble discutable dans la mesure où la théorie du désordre évolutif est la voie la plus naturelle à ce dessein. Néanmoins, compte tenu des conditions jurisprudentielles qui ne cessent de restreindre l'application de la garantie légale aux désordres évolutifs *stricto sensu*, la recherche d'une alternative devient légitime. Ceci dit, le désordre aggravé n'échappe pas aux méandres de la notion d'autorité de la chose jugée. De prime abord, on pourrait penser que le désordre ayant déjà été réparé sur le fondement de la garantie décennale mais subissant par la suite une aggravation, se heurte fondamentalement à la règle de l'autorité de la chose jugée.

En effet, la fonction première de l'autorité de la chose jugée est d'éviter la répétition devant le juge, d'un litige précédemment tranché. Les auteurs s'accordent à dire que l'autorité joue ainsi de façon négative dans la mesure où son rôle est d'empêcher que le bien-fondé d'une action soit de nouveau soumis à un juge. La fin de non-recevoir est ainsi opposée soit par le défendeur à l'action initiale si la demande a été rejetée, ou bien par le demandeur à l'action lorsque la demande a été accueillie favorablement et que le défendeur tente d'y revenir<sup>754</sup>. Pour que la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée soit valablement opposée, trois conditions prévues par l'article 1355 du Code civil doivent être réunies et consistent dans la triple identité des parties, de l'objet et de la cause du litige. Les trois conditions précitées ont pour chacune posées un certain nombre de difficultés en jurisprudence. L'article 1355 du Code civil prévoit notamment « *il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause* ». Ces deux éléments portant sur l'identité de la « chose demandée » et de la « même cause » posent des difficultés évidentes en ce qu'elles n'ont pas leur pareil dans le Code de procédure civile. Aussi, les juges doivent de ce fait et de façon assez subjective en fonction des cas qui sont soumis à leur appréciation, déterminer si le contenu de la chose est le même. S'agissant de la cause de la demande, depuis un arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006, celle-ci correspond à l'ensemble des faits existants lors de la formation de la demande. En cas de faits identiques fondés sur des moyens différents, la Cour de cassation décide que

---

<sup>754</sup> V. : C. Bouty, Chose jugée, Rép. pr. Civ., Dalloz, n° 701 s.



l'autorité de la chose jugée s'oppose à une nouvelle demande<sup>755</sup>. Les difficultés se poursuivent et s'intensifient s'agissant de la notion « d'objet de la demande ». De prime abord, l'objet entendu au sens large correspondrait à ce sur quoi porte la demande. Néanmoins, d'un point de vue procédural, l'article 4 du Code de procédure civile prévoit que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Or, la notion de prétention n'est pas plus claire que celle d'objet en ce sens que la frontière avec les moyens de fait ou de droit, autrement dit avec la cause, est très poreuse<sup>756</sup>. La notion de résultat recherché pour déterminer l'objet de la demande n'a pas davantage obtenu les faveurs de la majorité doctrinale dans la mesure où son caractère excessivement subjectif et fluctuant ne permet pas d'en faire un critère raisonnable. Par ailleurs, du point de vue de l'identité des parties, on peut préciser que les ayants causes bénéficient ou sont tenus de l'autorité de la chose jugée au profit ou à l'encontre de leur auteur<sup>757</sup>.

Ainsi, nonobstant les difficultés liées à l'application des critères de l'autorité de la chose jugée, celle-ci entendue de façon négative ferait vraisemblablement obstacle à la réparation d'un désordre ayant déjà obtenu une réparation devant le juge compétent. Cependant, la jurisprudence a usé d'une interprétation surprenante de l'autorité de la chose jugée dont elle a en quelque sorte renversé la charge des conséquences.

**196. L'autorité de la chose jugée, instrument à double tranchant défavorable au constructeur** – Suivant l'effet négatif de la chose jugée, le maître de l'ouvrage se verrait opposer une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée dans la mesure où la demande tendant à la réparation du même désordre a déjà été tranchée en justice. Or, la jurisprudence a très tôt admis que l'autorité de la chose jugée n'était pas un obstacle à la réparation du désordre qui s'est aggravé. Plus encore, non seulement cette autorité ne peut pas être opposée au maître d'ouvrage mais de surcroît, ce dernier va pouvoir au contraire l'invoquer pour justifier sa demande en réparation. C'est là que se situe une certaine instrumentalisation de l'autorité de la chose jugée qui s'avère être à double tranchant pour le constructeur visé.

---

<sup>755</sup> Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. ass. plén.* n° 8. En l'espèce, la Cour de cassation approuvait la décision des juges d'appel en ces termes : « *Mais attendu qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ; Qu'ayant constaté que, comme la demande originale, la demande dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait à obtenir paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière, la cour d'appel en a exactement déduit que Gilbert Y... ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* ».

<sup>756</sup> C. Bouty *op cit.*

<sup>757</sup> S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9<sup>e</sup> éd. 2018/2019, n° 421.102.

Deux anciens arrêts dont la portée et l'application sont toujours d'actualité, témoignent parfaitement de cette double fonction de l'autorité de la chose jugée. Le premier arrêt a été rendu le 21 janvier 1975 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>758</sup>. En l'espèce, un maître d'ouvrage a fait construire une villa dont la réception est intervenue le 7 novembre 1966, soit à l'intérieur du délai décennal. Les constructeurs ont plus tard été condamnés à payer des travaux de consolidation suite à des désordres apparus en 1960. Néanmoins, ces désordres s'étant par la suite aggravés ont conduit à une nouvelle condamnation par la cour d'appel à effectuer des travaux de reprise et de réfection. Les constructeurs faisaient valoir à l'appui de leur pourvoi que l'objet d'une demande en réparation ne consiste pas dans les modalités de cette réparation mais dans le préjudice dont il est demandé réparation. Ils concluaient donc à une identité d'objet entre la demande passée et la nouvelle demande, dont il résulterait que l'autorité de la chose jugée devrait empêcher la réparation du désordre aggravé. Mais la troisième chambre civile n'a pas été sensible à cette argumentation et a rejeté le pourvoi des constructeurs en soutenant la cour d'appel ayant jugé que les nouveaux désordres étaient bien l'aggravation des premiers régulièrement dénoncés à l'intérieur du délai décennal, mais qu'ils constituaient un préjudice non encore réparé, d'où il suivait qu'il n'y avait pas identité d'objet entre les deux demandes. Elle a donc rejeté l'exception de chose jugée en l'absence d'une telle identité d'objet.

Dans le second arrêt une société a réalisé un revêtement en mosaïque sur la façade d'une résidence au cours des années 1961-1962<sup>759</sup>. En 1971, la société a été assignée par le syndicat des copropriétaires en réparation de désordres constatés sur la façade et a été condamnée à ce titre au paiement des travaux de consolidation. Ces travaux ayant été entrepris tardivement et mal réalisés, une aggravation des désordres s'est révélée d'où il suivait une nouvelle action à l'encontre de la société. Les juges du fond ont à nouveau condamné la société à la réparation des désordres aggravés, retenant que la responsabilité de ces désordres et la remise en état avait été judiciairement constatée au cours de la période de la garantie décennale par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Le jugement de la cour d'appel fut choqué d'un pourvoi par les constructeurs, qui soutenaient que l'obligation constatée par le premier jugement de procéder à la remise en état de la façade, ne pouvait valoir que pour les désordres dénoncés à cette date et non pour ceux survenus postérieurement au jugement et à l'expiration du délai de la garantie décennale. Ils soulignaient que l'action ayant donné lieu au premier jugement ne pouvait interrompre la prescription de l'action subséquente n'ayant ni le même

---

<sup>758</sup> Cass. Civ. 3, 21 janv. 1975, n° 73-13.789, *Bull. civ.* III n° 19.

<sup>759</sup> Cass. Civ. 3, 25 oct. 1977, 76-10.236, *Bull. civ.* III n° 353.

objet ni la même cause puisqu'elle tendait à la réparation d'un préjudice distinct résultant de nouveaux désordres. La Cour de cassation adoptait cependant un raisonnement analogue à celui des juges du fond et rejetait le pourvoi des constructeurs dans un attendu on ne peut plus clair ici reproduit : « *Mais attendu que, dans les deux instances, le syndicat des copropriétaires a demandé que soit reconnu son droit à réparation d'un même dommage : la remise en état de la façade affectée de désordres ; qu'ainsi les deux demandes ayant la même cause et le même objet, c'est à juste titre que la cour d'appel a estimé, dès lors, qu'il y avait identité de parties, que l'autorité de chose jugée s'attachait à la disposition du jugement du 22 novembre 1972 par laquelle le tribunal avait décidé que la responsabilité des désordres incombait à la société (...)* la cour d'appel a légalement justifié sa décision »<sup>760</sup>.

La contradiction qui résulte de ces deux arrêts – dont il convenait de retranscrire pourtant la similarité des faits et de la procédure – est saisissante. Alors que dans les deux cas il s'agissait de déterminer si la deuxième demande en réparation partageait le même objet que la première, la Cour de cassation répondait par l'affirmative dans l'un et par la négative dans l'autre. En effet, dans la première espèce les constructeurs soutenaient que la demande de réparation d'un désordre aggravé avait le même objet que la demande de réparation du désordre initial, ce qui leur permettrait d'opposer au maître de l'ouvrage l'autorité de la chose jugée. Or la Cour de cassation refusait ici de reconnaître une identité d'objet et rejetait de ce fait l'exception de chose jugée. À l'inverse dans le second arrêt dont le cas de figure est quasi identique au premier, les constructeurs arguaient du fait que les deux demandes, passée et postérieure, n'ayant pas le même objet, la première d'entre elles n'interrompait pas la prescription pour la seconde. Ici la Cour de cassation décidait que les deux demandes avaient le même objet, ce dont il résultait que l'autorité de la chose jugée attachée à la première action était de nature à autoriser la réparation du nouveau désordre. Autrement dit, le principe de la condamnation des constructeurs à réparer le désordre était déjà acquis lors de la première action, si bien que ce premier jugement servirait en quelque sorte d'assise à la réparation du désordre qui n'en est que l'aggravation. Ces deux décisions ont régulièrement été réitérées par la Cour de cassation laquelle, au grès des circonstances qui sont portées à son appréciation, retient tantôt l'identité d'objet des demandes, tantôt la rejette, procédant de cette sorte à une instrumentalisation de l'autorité de la chose jugée au bénéfice du maître de l'ouvrage<sup>761</sup>.

---

<sup>760</sup> Cass. Civ. 3, 25 oct. 1977, 76-10.236, *Bull. civ.* III n° 353.

<sup>761</sup> Cass. Civ. 3, 8 oct. 2003, n° 01-17.868, *Bull. civ.* III n° 170. – Cass. Civ. 3, 23 juin 2015, n° 13-25.278, *AJDI* 2015 p.621.

En réalité, cette interprétation dualiste de l'autorité de la chose jugée relève de deux logiques distinctes. La première, ayant trait au premier arrêt étudié, consiste simplement à une appréciation plus ou moins libérale de la condition de l'identité de l'objet. La seconde logique quant à elle, s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel plus global, consistant à accorder un effet positif à l'autorité de la chose jugée. La doctrine majoritaire reconnaît en effet aujourd'hui cette notion d'effet positif de chose jugée que l'on peut définir de façon sommaire comme le mécanisme grâce auquel une partie peut s'appuyer sur ce qui a déjà été jugé lors d'un premier procès, pour en tirer des conséquences juridiques à l'occasion d'un second procès<sup>762</sup>. La Cour de cassation applique couramment cet effet positif notamment en matière de réparation des préjudices corporels, bien que la notion en elle-même n'ait pas encore été officiellement consacrée. L'analyse des décisions a toutefois permis aux auteurs de définir avec davantage de précision l'effet positif de chose jugée<sup>763</sup>. Il en résulte que ce dernier intervient lorsque la décision rendue à l'issue d'un premier procès, servira de soutien aux prétentions soulevées à l'occasion d'un nouveau procès. Néanmoins, « l'identité de matière litigieuse »<sup>764</sup> entre les deux actions n'est que partielle. De ces deux axes d'analyse, il ressort que l'effet positif de la chose jugée apparaît comme un mécanisme à double détente : d'une part, l'objet des deux demandes étant différent puisque la nouvelle demande consiste à la réparation de l'aggravation d'un préjudice alors que la première demande tendait à la réparation du préjudice initial, le défendeur ne peut légitimement invoquer l'autorité de la chose jugée ; d'autre part, la victime peut se prévaloir de l'autorité de la chose jugée attachée à la première décision ayant définitivement statué sur le principe de l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage.

**197. Propos conclusifs** – La liberté dont jouit la jurisprudence pour forger le régime applicable aux désordres futurs et évolutifs s'exprime avec force à travers l'utilisation particulière qu'elle fait de l'autorité de la chose jugée. Alors que celle-ci devrait par essence être un obstacle à la réparation du désordre aggravé, elle devient au contraire un argument juridique favorable au maître de l'ouvrage désireux d'obtenir une telle réparation.

---

<sup>762</sup> C. Bouty, Chose jugée, préc.

<sup>763</sup> Sur ce point, V. : R.-P. Bouty, Le dommage évolutif, naissance et disparition d'une espèce, *RDI* 2010, p. 486 ; J.-F. Péricaud, L'aggravation des désordres affectant le bâtiment construit ou rénové, *Gaz.Pal.*, 25 oct. 2007, n° 298, p.3.

<sup>764</sup> C. Bouty, Chose jugée, préc.

En effet, si en principe, la fonction première de l'autorité de la chose jugée est d'éviter la répétition devant le juge, d'un litige précédemment tranché, une interprétation plus libérale de la notion permet à une partie de s'appuyer sur ce qui a déjà été jugé lors d'un premier procès, pour en tirer des conséquences juridiques à l'occasion d'un second procès. Autrement dit, dès lors que le principe même de la responsabilité du constructeur a été retenu à l'issue de la première action, cette responsabilité est définitivement acquise, si bien que ce dernier ne peut pas légitimement soulever l'exception de la chose jugée pour le désordre qui ne constitue en définitive que l'aggravation de celui pour lequel il a été condamné. Cet effet positif de l'autorité de la chose jugée se dédouble et en cela, est redoutable pour le constructeur. Il implique en effet également et paradoxalement, que dans la mesure où l'objet des deux demandes diffère légèrement, puisque la nouvelle demande consiste à la réparation de l'aggravation d'un préjudice alors que la première demande tendait à la réparation du préjudice initial, le défendeur ne peut invoquer l'autorité de la chose jugée. Sans doute cette manipulation de l'autorité de la chose jugée permet-elle de palier la rigidité des critères d'application du désordre évolutif *stricto sensu*, est-ce à dire pour autant que la seule invocation de l'autorité de la chose jugée suffise pour le maître de l'ouvrage à obtenir réparation du désordre aggravé ? Répondre par l'affirmative reviendrait à sonner le glas du désordre évolutif et ne retranscrirait pas fidèlement le contenu des décisions ayant implicitement employé l'effet positif de la chose jugée. En réalité, il s'agirait davantage de freiner les velléités du constructeur tendant à se soustraire à sa responsabilité pour les désordres aggravés, que de dispenser le maître d'ouvrage d'apporter tout autre élément caractérisant le lien entre les désordres passés et postérieurs.

## §2 L'insécurité juridique de l'ensemble des acteurs en raison d'une activité jurisprudentielle en constante modulation

**198. Confrontation entre mutation du régime du désordre évolutif et droit à un procès équitable** – Si les articles 1792 et suivants du Code civil ont l'avantage de « planter le décor » de la garantie décennale, ils s'avèrent insuffisants du point de vue du régime dont l'élaboration est en réalité essentiellement d'ordre jurisprudentiel. Les désordres futurs et évolutifs quant à eux sont de pures créations prétoriennes et en cela, souffrent des écueils inhérents à tout régime totalement ou partiellement jurisprudentiel. Le risque majeur réside dans le pouvoir dont disposent les juges de modifier les solutions qui semblaient acquises et dans lesquelles les acteurs en présence pouvaient légitimement croire. Nous avons par exemple

souligné précédemment la menace qui semble actuellement peser sur le maintien de l'effet interruptif d'une reconnaissance de responsabilité par le débiteur de la garantie décennale<sup>765</sup>. Plus encore, si la jurisprudence décide d'abandonner clairement la solution consistant à admettre l'interruption du délai par la reconnaissance de responsabilité, la question se pose inévitablement de l'application dans le temps d'une telle modification. Un arrêt du 6 septembre 2018, bien que non publié, a été retentissant sur ce point<sup>766</sup>. En l'espèce, des maîtres d'ouvrage ont obtenu la prise en charge par leur assureur dommages-ouvrage, de désordres affectant la façade de l'ouvrage à l'intérieur du délai décennal. Néanmoins, l'assureur refusait plus tard de réparer les nouveaux désordres de même nature affectant d'autres endroits de l'ouvrage mais s'étant révélés postérieurement à l'expiration des dix ans suivant la réception<sup>767</sup>. Les maîtres d'ouvrage se sont alors vu opposer par la cour d'appel l'irrecevabilité de leur demande tendant à la mise en œuvre de la garantie dommages-ouvrage pour les désordres postérieurs. Ils excipaient entre autres, que le principe de sécurité juridique et le droit à un procès équitable s'opposent à ce que la règle nouvelle issue d'un revirement de jurisprudence soit appliquée au cours d'une instance introduite antérieurement au prononcé de la décision consacrant la règle nouvelle. Le revirement en question était celui du 18 janvier 2006 dont nous avons précédemment fait l'étude, lequel instaurait que les nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal qui est un délai d'épreuve, ne peuvent être réparés au titre de l'article 1792 du Code civil que s'ils trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration dudit délai. Ainsi, les maîtres de l'ouvrage dans l'arrêt du 6 septembre 2018, reprochaient à la cour d'appel d'avoir déclaré leur recours en garantie irrecevable en s'appuyant sur la solution jurisprudentielle de 2006 alors même que les désordres ont été déclarés antérieurement à la survenance de ce revirement<sup>768</sup>. La Cour de cassation, par un attendu pour le moins expéditif et détournant la problématique de la sécurité juridique et du droit au procès équitable soulevée par le maître de l'ouvrage, décidait de rejeter le pourvoi : « *ayant relevé que la notion de désordre évolutif était définie, aux termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 2006, opérant un revirement de jurisprudence, comme de nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal, qui trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même*

---

<sup>765</sup> *Supra* n° 91 s.

<sup>766</sup> Cass. Civ. 3, 6 sept. 2018, n° 17-22.370.

<sup>767</sup> Bien que l'arrêt de la Cour de cassation ne permette pas en lui-même d'extraire la situation selon laquelle les désordres nouveaux affectaient d'autres parties de l'ouvrage, le jugement critiqué de la cour d'appel de Versailles le précise.

<sup>768</sup> Cass. Civ. 3, 6 sept. 2018, n° 17-22.370, préc.

*nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration de ce délai, que cette nouvelle définition rappelait que le délai décennal était un délai d'épreuve et qu'un ouvrage ou une partie d'ouvrage, qui avait satisfait à sa fonction pendant dix ans, avait rempli l'objectif recherché par le législateur et constaté que la réception était intervenue le 23 novembre 1993 et que le premier acte introductif d'instance, dont pouvaient se prévaloir M. et Mme X..., datait du 24 mai 2006, donc après le délai décennal qui expirait le 23 novembre 2003, la cour d'appel en a exactement déduit, sans méconnaître les exigences de sécurité juridique et le droit à un procès équitable, que la demande en garantie formée contre l'assureur dommages-ouvrage était irrecevable ».* La Haute juridiction semble ici se contenter de vérifier les conditions d'application du revirement de 2006 à l'espèce, sans pour autant se prononcer sur l'application dans le temps d'un tel revirement. Mais l'explication à cet attendu sommaire est à rechercher dans le contenu de la procédure devant les juges du fond. En effet, la condition liée à la nature du délai d'épreuve est de nature à surplomber le reste des arguments avancés par les maîtres de l'ouvrage mais cela s'explique davantage par la circonstance que la cour d'appel n'a en réalité jamais eu à se prononcer sur le point relatif à la sécurité juridique et au droit au procès équitable. L'argument n'a en effet pas été soulevé auprès des juges du fond devant lesquels les débats se sont portés sur la recevabilité de l'action eu égard au délai d'épreuve de la garantie décennale mais aucunement sur la question de l'aggravation. Dès lors, la cour d'appel ne s'est pas appuyée sur le revirement de jurisprudence en lui-même mais seulement sur le rappel par l'arrêt de 2006 de ce que le délai décennal est un délai d'épreuve, ce qui au demeurant est de jurisprudence constante. Ainsi, dans la mesure où à la vérité, la cour d'appel n'avait pas appliqué au litige en cours la nouvelle définition jurisprudentielle du désordre évolutif, la Cour de cassation ne s'est à juste raison, pas attardée sur la question de la sécurité juridique et du droit à un procès équitable<sup>769</sup>. Pour autant, l'arrêt a le mérite de soulever cette question qui peut tout aussi bien se poser en d'autres circonstances ayant trait au désordre évolutif et il est fort à penser que les réticences de la Haute cour quant à l'admission de ce type d'argumentation, trouve un écho en notre matière.

**199. La question de l'adaptation ou de la limitation des effets de la jurisprudence dans le temps** – Il a été souligné, à propos de l'arrêt précité du 6 septembre 2018, que l'argumentation des maîtres de l'ouvrage était somme toute « maladroite » compte tenu de la

---

<sup>769</sup> V. sur ce point l'analyse de Monsieur Karila : J.-P. Karila, Désordres évolutifs et impact d'un revirement jurisprudentiel sur un procès engagé antérieurement : sécurité juridique et droit à un procès équitable, *RGDA* nov. 2018, p. 489. ; V. aussi : J.-D. Pellier, Nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée, pas même un consommateur, *D. actu.*, 14 déc. 2020.

réticence notoire de la Cour de cassation à admettre qu'un plaideur puisse invoquer le bénéfice d'une jurisprudence abandonnée<sup>770</sup>. En effet, selon une célèbre formulation de la Haute Cour : « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* »<sup>771</sup>. Il a encore été admis que « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* »<sup>772</sup>. Ces solutions se comprennent parfaitement d'un point de vue purement pragmatique. En effet, les juges statuant sur des circonstances antérieures, la jurisprudence s'inscrit intrinsèquement dans le temps. Cette évidence a conduit les auteurs à souligner que la jurisprudence est rétroactive par nature par opposition à la loi qui n'est rétroactive que de façon conditionnée<sup>773</sup>. Néanmoins, la question de l'adaptation ou de la limitation des effets de la jurisprudence dans le temps a depuis longtemps été soulevée par la doctrine. Un rapport remis au premier président de la Cour de cassation par le groupe de travail présidé par Monsieur MOLFESSIS était consacré à la question des revirements de jurisprudence<sup>774</sup>. Le rapport soulevait pertinemment que le fait d'imposer aux parties l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont, de surcroît, ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils agissaient, était de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique et à contredire illégitimement leurs prévisions. Il prônait de ce fait « *l'opportunité d'instaurer, dans notre système juridique, un droit transitoire des revirements de jurisprudence* ». Le groupe de travail suggérait ainsi que la Cour de cassation reconnaisse la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence, en appréciant selon les circonstances, les motifs impérieux d'intérêt général justifiant une modulation. De la sorte, les effets des revirements seraient en règle générale rétroactifs et par exceptions non rétroactifs, ces exceptions consistant d'une part aux attentes légitimes des justiciables et d'autre part à l'existence d'un impérieux motif d'intérêt général. La jurisprudence sensible à ces propositions a apporté davantage de nuance à ses positions comme le démontre l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2006 à l'occasion duquel la Cour de cassation, s'exprimant à propos d'une action fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence et décidait que : « *si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle*

---

<sup>770</sup> J. Roussel, Désordres évolutifs vs réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, *RDI* 2018, p. 605.

<sup>771</sup> Cass. Civ. 1, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249, *D.* 2001. 3470.

<sup>772</sup> Cass. Civ. 1, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *D.* 2000. 593.

<sup>773</sup> J.-Cl., fasc. 10, 7 mai 2021, spéc. n° 39 et s.

<sup>774</sup> N. Molfessis, Les revirements de jurisprudence (*dir.*), Litec 2005, n° 1.1.1.



constatait que Mme X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge »<sup>775</sup>. Il apparaît à la seule lecture de cet attendu, toute la difficulté pratique d'une modulation des effets d'un revirement de jurisprudence. En effet, alors même que la Cour de cassation reconnaît que c'est à tort que la cour d'appel s'est prononcée en écartant le moyen de prescription, allant ainsi dans le sens de la partie qui invoquait le bénéfice du revirement, elle répond dans le même temps à cette partie au procès qu'elle n'obtiendrait toutefois pas gain de cause. L'acceptabilité d'une telle solution par le justiciable se prévalant d'un revirement de jurisprudence est peu probable. En outre, des auteurs ont fait valoir qu'énoncer une règle en refusant de l'appliquer, conduit à contrevenir à la prohibition des arrêts de règlement<sup>776</sup>. En effet, en énonçant une nouvelle règle jurisprudentielle lors d'un litige, tout en refusant de l'appliquer à cette affaire, le juge expose à coup sûr l'interprétation qu'il retiendra dans l'avenir ce qui s'apparente à un arrêt de règlement<sup>777</sup>.

En tout état de cause, il apparaît désormais que la jurisprudence accepte de procéder à la modulation des effets de ses revirements en fonction des cas d'espèce qui sont soumis à son appréciation. Il ressort que l'analyse concluant à une disproportion manifeste entre les avantages et les risques d'une modulation pour les parties en présence, servira à déterminer l'applicabilité du revirement. À cet égard, la notion d'atteinte au droit d'accès au juge semble être le pivot de cette recherche de proportionnalité des intérêts et risques inhérents à la modulation. En témoigne un arrêt récent par lequel la Cour de cassation décidait que « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge* »<sup>778</sup>.

---

<sup>775</sup> Cass. ass. plén. 21 déc 2006, n° 00-20.493, *Bull. civ.* ass. plén. n° 15, D. 2007. 835. – Antérieurement : Cass. Civ. 2, 8 juil. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.* II n° 387.

<sup>776</sup> Ph. Théry, A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs, *RTD civ.* 2005, p. 176.

<sup>777</sup> J.-Cl. préc.

<sup>778</sup> Cass. Civ. 2, 18 avril 2019, n° 17-21.189, P., *D. Actu.*, 10 mai 2019.

La Cour de cassation reste donc le maître de l'horloge et module sa jurisprudence en fonction des cas qui lui sont présentés. S'agissant des désordres futurs et évolutifs, ce pouvoir absolu est un facteur certain d'insécurité juridique tant pour le constructeur que pour le maître de l'ouvrage. En effet, nous avons déjà souligné la dimension bancaire de la nature du délai décennal empruntant à la fois à la forclusion et à la prescription<sup>779</sup>, ce pouvoir de modulation accordé aux juges ne fait qu'exacerber le caractère instable du régime de la garantie décennale et consécutivement, celui des désordres futurs et évolutifs.

**200. Propos conclusifs** – Les désordres évolutifs relèvent d'un régime purement prétorien et en cela, souffrent des risques inhérents à tout régime totalement ou partiellement jurisprudentiel. Le pouvoir dont disposent les juges de modifier les solutions qui semblaient acquises et dans lesquelles les acteurs en présence pouvaient légitimement croire, est source d'une grande insécurité juridique pour l'ensemble des acteurs. Ce risque s'inscrit dans un débat plus global portant sur le pouvoir de modulation des juges pour lequel à ce jour, aucun garde-fou n'a été trouvé. En effet, la Cour de cassation est tout à la fois celle qui édicte les revirements de jurisprudence et celle qui en détermine l'application dans le temps ce qui laisse perplexe notamment du point de vue de l'interdiction des arrêts de règlement. Il est à espérer que le régime actuel des désordres évolutifs, bien qu'étant imparfait, ne soit désormais retouché par la jurisprudence qu'avec la plus grande circonspection ou dans le meilleur des cas, qu'il acquiert une assise textuelle légitimant son existence.

## ***Section 2 : Les risques et opportunités d'un large contexte légal sur le régime des désordres évolutifs***

**201.** Bien que la responsabilité décennale des constructeurs relève d'un régime spécial de responsabilité, nous avons observé à diverses reprises qu'elle subit inévitablement des influences plus globales. Ainsi, la garantie décennale et consécutivement les désordres évolutifs, doivent nécessairement être mis en perspective avec les grands courants légaux en mutation qui pourraient les impacter même indirectement. À cet égard, il est utile d'étudier les retombées sur la garantie légale du projet de réforme de la responsabilité civile dont l'état actuel, bien loin d'être embryonnaire, permet dès à présent d'anticiper les éventuelles difficultés

---

<sup>779</sup> *Supra* n°82.

(§1). Par ailleurs, la garantie décennale n'échappe pas au contexte communautaire, lui aussi en perpétuel mouvement (§2).

## §1 Les impacts sur la garantie décennale et les désordres évolutifs du projet de réforme de la responsabilité civile

**202. Les raisons de l'inquiétude des retombées du projet de réforme de la responsabilité civile sur la responsabilité des constructeurs** – Le 13 mars 2017, le projet de la Chancellerie portant réforme de la responsabilité civile a été présenté par le garde des sceaux. Ce projet fait suite à d'autres avant-projets doctrinaux dont le célèbre avant-projet de l'association Capitant dirigé par les professeurs CATALA et VINEY présenté le 22 décembre 2002 et dans le même temps, celui de l'Académie des sciences morales et politiques sous la direction du professeur TERRÉ. Le projet de la Chancellerie s'inscrit dès lors dans un contexte particulier, nourrit par les nécessités de simplification, de clarification et d'accessibilité du droit, objectifs certes louables, mais atteignables surtout par une prise en charge de la question du foisonnement des normes. Par ailleurs, cet avant-projet apparaît comme la suite logique de l'ordonnance du 10 février 2016 ayant porté réforme du droit des contrats<sup>780</sup>. Bien que la responsabilité décennale relève d'un régime spécial de responsabilité, les interférences avec le droit commun de la responsabilité sont nombreuses, de même qu'à bien des égards, le régime relève de la pure création prétorienne. En cela, se pose naturellement la question de savoir dans quelle mesure les régimes spéciaux de responsabilité seraient impactés par une adoption en l'état du texte projeté. Cette question est d'autant plus légitime s'agissant de la responsabilité décennale, que cette dernière n'est pas incluse dans la subdivision que consacre l'avant-projet à certains régimes spéciaux. En effet, le chapitre V intitulé « Les principaux régimes spéciaux de responsabilité » recouvre seulement la responsabilité du fait des produits défectueux et du fait des véhicules terrestres à moteur. L'absence de la responsabilité décennale au sein de ce chapitre conduit à s'interroger sur le maintien de sa spécificité. Comme le soutenait Monsieur PÉRINET-MARQUET, il eut été judicieux ou bien de déplacer le régime de la responsabilité des constructeurs au sein de ce chapitre, ou alors d'adopter une disposition analogue à celle de l'article 1105 du Code civil issue de l'ordonnance précitée<sup>781</sup>. Ce dernier article en ses deuxième

---

<sup>780</sup> G. Viney, Après la réforme du contrat nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité, *JCP* 2016. 99.

<sup>781</sup> H. Périnet-Marquet, La réforme de la responsabilité civile impactera-t-elle le droit de la construction ? Premier regard, *Constr.-Urb.* n°7-8, juillet 2016, rep. 7.

et troisième alinéas, permet en effet de conserver le caractère spécifique de certaines règles en ces termes : « *Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Finalement, le projet définitif de la Chancellerie a à son tour prévu une disposition similaire puisque l'article 1232 prévoit « *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent sous réserve des dispositions propres aux régimes spéciaux* ». Dans le même courant, Madame DURAND-PASQUIER propose de créer une subdivision au chapitre dédié aux régimes spéciaux, qui consacrerait le régime spécial de la responsabilité des constructeurs. Elle soulève à juste raison l'incohérence actuelle de la place des articles 1792 et suivants du Code civil au sein du régime du seul contrat de louage d'ouvrages alors même que ces dispositions, loin d'être cantonnées aux seuls locataires d'ouvrages, s'appliquent à une pléiade d'autres acteurs tels que les vendeurs après achèvement, les vendeurs d'immeubles à construire, ou encore les promoteurs immobiliers<sup>782</sup>. Les propositions de ces auteurs sont d'une grande pertinences et contribueraient à solidifier le régime de la responsabilité décennale dans la mesure où l'adage « *specialia generalibus derogant* » n'a, en lui-même, aucune force juridique contraignante. La Cour de cassation lui attribue une valeur directive abstraite mais ne l'invoque pour ainsi dire jamais expressément<sup>783</sup>.

**203. Risques d'une résurgence de la confusion entre désordres futurs et désordres évolutifs** – La distinction entre les désordres futurs et évolutifs est le fruit d'une longue et pour ainsi dire laborieuse recherche jurisprudentielle, dont on peut se satisfaire aujourd'hui du résultat qu'il conviendrait de préserver. En effet, les désordres futurs et les désordres évolutifs souffrent à bien des égards, d'une instabilité des solutions. En revanche, les éléments découverts par la jurisprudence permettant de les distinguer sont eux, nettement établis. S'il fallait encore le rappeler, le désordre évolutif est celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action au titre de la garantie décennale, est la suite logique des désordres d'origine, qui présentaient lors de leur dénonciation judiciaire dans le délai de garantie, les conditions de gravité propres à la garantie décennale. Par opposition, le désordre futur est celui qui, lors de sa dénonciation, n'avait pas atteint la gravité requise mais dont on sait avec certitude qu'il revêtira une telle gravité à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception. Ces solutions ne sont appuyées par aucune disposition textuelle, si bien que les préconisations contenues dans le projet de la Chancellerie, consistant à l'inclusion dans le Code civil d'un texte définissant le

---

<sup>782</sup> G. Durand-Pasquier, L'incidence de la future réforme des conditions de la responsabilité civile sur le droit immobilier et de la construction, *RDI* 2017, p. 579.

<sup>783</sup> G. Cerveau, Les disposition spéciales dérogent aux dispositions générales, *Gaz.Pal.* 5 mars 2019, p. 64.

dommage futur, laissent craindre que la survie des solutions ne soit compromise. En effet, l'article 1236 du projet indique que « *Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel* ». Le caractère faussement générique de la formulation ne doit pas induire en erreur quant aux éventuelles conséquences d'une telle définition sur le désordre futur de construction. Ainsi, si cette formulation reprend à l'identique la solution jurisprudentielle applicable au désordre futur « classique », elle ne correspond aucunement à la définition du désordre futur de construction ni *a fortiori* à celle du désordre évolutif. Plus encore, elle semble contrevenir aux solutions prétoriennes en la matière eu égard aux définitions ci-dessus rappelées. Plus précisément, on peut se demander ce qu'il adviendra de la spécificité du désordre futur de construction entendu comme celui dont on sait qu'il interviendra à l'intérieur du délai légal, face à cette nouvelle définition qui ne subordonne la réparation à aucune limite temporelle. Il semblerait que l'adage *specialia generalibus derogant* ne soit que d'un maigre secours pour le désordre futur dont le régime est uniquement jurisprudentiel. Par ailleurs, l'insertion d'une pareille mesure dans le Code civil conduirait inévitablement à reléguer les solutions sur les désordres futurs au rang d'une jurisprudence si ce n'est *contra legem* du moins concurrente à la loi en ce qu'elle ajoute une condition précise, celle de la survenance du désordre à l'intérieur du délai décennal. Du reste, ces difficultés ne sont pas propres au droit de la construction mais concernent plus largement les liens brumeux qui existent non seulement entre droit spécial et droit commun mais aussi entre loi et jurisprudence. Certains auteurs ont en effet parfaitement démontré que les règles de conflits entre le droit commun et le droit spécial sont assurément confuses<sup>784</sup>. De même, la loi et la jurisprudence entretiennent des rapports tout aussi complexes, les deux « *se complètent ou se concurrent, se stimulent ou s'opposent* »<sup>785</sup>.

**204. Risques sur le régime réparatoire des désordre futurs et évolutifs** – L'article 1261 du projet de réforme en ses alinéas premier et deuxième prévoit : « *La réparation en nature ne peut être imposée à la victime. Elle ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime* ».

---

<sup>784</sup> N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?, *D.* 2015, p. 699 ; G. Lardeux, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences, *RDC* 2008, p. 1251 ; Balat N., *Essai sur le droit commun*, thèse de doctorat, 2014, université Panthéon Assas.

<sup>785</sup> N. Molfessis, *V<sup>e</sup> République*, spéc. p. 87 et s., éd. Seuil 2008.

Cette disposition appelle plusieurs observations. Que la réparation en nature ne puisse pas être imposée à la victime se situe bien dans les solutions jurisprudentielles retenues en matière de responsabilité décennale. Nous avons en effet soulevé précédemment que le rapport de confiance entre les deux parties ayant été rompu, il serait douteux de refuser au maître de l'ouvrage une réparation en équivalent au profit d'une réparation en nature effectuée par celui-là même qui est à l'origine du désordre. La Cour de cassation a, à cet égard, retenu que « *l'entrepreneur, responsable de désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi par celle-ci* »<sup>786</sup>. En revanche, la notion de proportionnalité de la réparation entre en confrontation directe avec le principe de la réparation intégrale, éminemment important en matière de désordres futurs et évolutifs. En soi, cette disposition n'est pas exceptionnellement novatrice, la réforme du droit des contrats avait consacré cette nécessité d'une réparation proportionnée en matière d'exécution forcée en nature pour les contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>787</sup>. L'article 1221 nouveau du Code civil dispose désormais : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Ce concept de proportionnalité apparaissait longtemps comme un serpent de mer dans les discussions doctrinales sans avoir jamais trouvé de sens absolu, ce qui ne semble pas pour autant être de nature à freiner le législateur quant à son emploi. La notion de proportionnalité est issue de la pratique des tribunaux notamment dans le cadre de la recherche d'un équilibre contractuel, et est par ailleurs présente dans toutes les branches du droit<sup>788</sup>. Insaisissable, la notion découle de diverses inspirations si bien qu'il serait malaisé d'en donner une définition précise. D'un point de vue philosophique, la proportionnalité serait étroitement liée à l'idée de nécessité. Madame BOMSTAIN souligne la proximité des notions dont elle trouve une illustration en droit communautaire. L'article 5.4 du Traité sur l'Union européenne dispose en effet qu'« *en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* »<sup>789</sup>. En droit interne également, l'expression de mesures « nécessaires » est courante notamment en droit public lorsqu'il s'agit d'observer la concordance entre le but recherché et les moyens mis en œuvre par la puissance

---

<sup>786</sup> Cass. Civ. 3, 28 sept. 2005, n° 04-14.586, *Bull. civ.* III, n° 180.

<sup>787</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>788</sup> N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, *in* Colloque : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 1998/117, p 21.

<sup>789</sup> Bomstain J., *Étude de l'équilibre indemnitaire dans le contrat de transport de marchandises*, thèse, Toulouse, 2018.

publique. Néanmoins, comme en convient Madame BOMSTAIN à juste raison, il apparaît que si les deux notions sont proches, elles ne se confondent pas pour autant dans la mesure où la recherche de la nécessité de la mesure n'est pas indispensable pour en déterminer le caractère proportionné. Une mesure peut tout à fait être disproportionnée alors même que sa nécessité est admise. En réalité, la nécessité apparaît comme l'une des composantes de la proportionnalité, elle peut en être un indice, mais les deux notions ne sauraient être synonymes. Par ailleurs, la définition de la proportionnalité a pu être recherchée dans l'idée de « raisonabilité » d'une situation juridique donnée. La notion de proportionnalité est alors ramenée à une « exigence, un peu vague, d'équilibre raisonnable »<sup>790</sup>. Ce raisonnable se définit comme « ce qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) »<sup>791</sup>. Cependant, là encore les deux notions s'entrecroisent sans se confondre. Le caractère raisonnable revêt en réalité une dimension plus générale et abstraite, procédant de l'admissible ou encore du « modèle », en somme, d'un standard juridique<sup>792</sup>. La proportionnalité en serait davantage l'une des applications concrètes, mais « elle n'est pas tout le raisonnable »<sup>793</sup>. Ainsi donc, la notion de proportionnalité demeure insaisissable dans sa définition ce qui n'empêche pas son emploi généralisé par la jurisprudence et le législateur. À cet égard, le concept apparaît avec force en matière de réparation afin d'assurer un certain équilibre indemnitaire. C'est cette recherche d'équilibre que la jurisprudence a semblé mettre en œuvre lorsqu'elle reprochait aux juges du fond d'avoir ordonné la destruction d'une maison individuelle sans avoir observé si cette sanction était « proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient »<sup>794</sup>. La jurisprudence ne semble donc pas insensible au standard de proportionnalité en matière de responsabilité décennale ce qui est surprenant compte tenu de la nature de cette dernière. En effet, la responsabilité décennale a été conçue comme une responsabilité de plein droit et donc insensible à toute idée de faute du constructeur. Dès lors qu'un désordre suffisamment grave est constaté, le maître de l'ouvrage doit pouvoir obtenir la réparation intégrale de celui-ci. Cela a pu par exemple conduire les juges à retenir la nécessité d'une destruction en vue d'une reconstruction de l'ouvrage, estimant qu'il s'agissait

---

<sup>790</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, coll. Quadrige, PUF, 2004, n°53.

<sup>791</sup> G. Cornu (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13<sup>e</sup> éd. 2020.

<sup>792</sup> J.-F. Van Drooghenbroeck, *La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité ?* Mélanges Paul Martens, Bruxelles, Larcier, 2007

<sup>793</sup> M Behar-Touchais, Rapport introductif, in *Colloque Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *LPA* 1998/117, p3, n° 11 s.

<sup>794</sup> Cass. Civ. 3, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ.* III, n° 293.; *RDI* 2016 p. 27, obs. D. Tomasin. – *JCP* 2016.51, note M. Behar-Touchais.

de l'unique moyen permettant de réparer intégralement le dommage<sup>795</sup>. Cette solution semblant empreinte de radicalité, n'en est pas moins le parfait reflet de ce qui est l'essence de la responsabilité décennale, à savoir une responsabilité objective, destinée à protéger le maître de l'ouvrage regardé comme la partie la plus faible, sans égard pour les circonstances intéressant le constructeur. Dès lors, si radicalité il y a dans le mode de réparation, elle est justifiée par l'impérieuse nécessité de protéger le maître de l'ouvrage, à l'instar par exemple de la protection allouée au propriétaire subissant l'empiètement de son terrain. En effet, dans ce dernier cas de figure, il était de jurisprudence constante que tout propriétaire était en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action ne puisse être considérée comme fautive, peu important l'étendue de l'empiètement, l'absence de gêne occasionnée, la bonne ou mauvaise foi des voisins, ou encore l'absence de mesure conservatoire prise par le propriétaire en temps utile. Néanmoins, la sanction de l'empiètement n'a pas davantage résisté aux sirènes de la proportionnalité que le droit de la responsabilité décennale<sup>796</sup>. En notre matière, cette « proportionnalité conquérante »<sup>797</sup> se heurte dans une certaine mesure au principe de la réparation intégrale qui est au cœur du régime de la responsabilité décennale. Dans une certaine mesure seulement en ce sens qu'à y regarder de plus près, la proportionnalité apparaît déjà en filigrane de la réparation intégrale, dans l'implication négative de cette dernière. Il ressort effectivement de notre analyse de la réparation intégrale, que celle-ci a un effet « inhibiteur » ou « négatif » dans la mesure où la réparation doit porter sur « tout le préjudice mais rien que le préjudice »<sup>798</sup>. Le principe de la réparation intégrale circonscrit donc la réparation au préjudice effectivement subi et ne doit aucunement dépasser le cadre de celui-ci, ce qui en quelque sorte implique un juste rapport de proportion. En revanche, le contrôle de proportionnalité dans le versant « activateur » ou « positif » de la réparation intégrale, est moins acceptable lorsqu'il s'agit de réparer un désordre décennal, et ce, pour les raisons de protection du maître de l'ouvrage que nous avons soulevées. Bien que la jurisprudence ne semble plus aussi hostile au contrôle de proportionnalité qu'elle a pu l'être par le passé, l'accueil par le Code civil de l'article 1261 du projet de réforme serait une assise textuelle et un risque supplémentaire

---

<sup>795</sup> Cass. Civ. 3, 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 90-17.685. La Cour de cassation approuve en l'espèce la cour d'appel ayant retenu qu'en raison du caractère disgracieux, inesthétique et aléatoire de travaux de reprise, la seule réparation adéquate consistait en une reconstruction

<sup>796</sup> P.-L. Niel, *Empiètement et constructions sur la propriété d'autrui : bilan et perspectives du contrôle de proportionnalité*, *AJDI* 2020 p.255 ; A. Caston, M. Poumarède, *L'obligation de démolir l'immeuble*, *RDI* 2020 p.647 ; J.-L. Bergel, *Démolition : « proportionnalité » ?*, *RDI* 2020. 377.

<sup>797</sup> M. Behar-Touchais, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 oct. 2015, n° 14-23.612.

<sup>798</sup> *Supra* n°52 s.



pour les maîtres de l'ouvrage de voir systématiquement les constructeurs et leurs assureurs, leur opposer le coût déraisonnable ou excessif de la réparation.

**205. Propos conclusifs** – Le manque d'encadrement textuel de la responsabilité décennale à raison des désordres futurs et évolutifs a une résonance particulière à l'aune de la réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie. Si l'adage *specialia generalibus derogant*, implique que la règle spéciale déroge à la règle générale, il ne se conçoit que difficilement lorsque son application est recherchée pour un régime de réparation essentiellement jurisprudentiel. En cela, l'impact que pourrait avoir le projet de réforme sur la responsabilité décennale des constructeurs est certain. Deux dispositions ont particulièrement attiré notre attention. La première met directement en péril non seulement la distinction clairement établie entre les désordres futurs et les désordres évolutifs, mais aussi le régime du désordre futur de construction. La seconde disposition du projet de réforme menace quant à elle le régime de la réparation intégrale, pierre angulaire de la réparation du désordre décennal et du désordre décennal évolutif, en ce qu'elle consiste à consacrer textuellement l'exigence d'un contrôle de proportionnalité.

## §2 Les impacts sur la garantie décennale et les désordres évolutifs du droit de l'Union européenne

**206. Assurance de responsabilité des constructeurs, une spécificité française encourageant une déstabilisation** – Les marchés privés de construction sont eux aussi concernés par les difficultés que rencontrent les accédants à la propriété immobilière dans d'autres pays européens. Plus précisément, l'édification d'un immeuble sur le territoire national par un constructeur étranger entraîne une série de questionnements liées aux exigences du marché européen. En effet, le consommateur immobilier européen connaît une protection variable selon les pays. Le système d'assurance construction en France est pour sa part singulier du point de vue du système de double détente que nous connaissons. Ce dernier consiste en une double obligation d'assurance, l'une à la charge du maître d'ouvrage, l'autre à la charge des constructeurs. Face à ce qui est une spécificité française, se pose la question du maintien de ce système à double détente au regard des règles européennes. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité, lorsque l'on observe la volonté de l'Union européenne de renforcer le marché

unique européen et d'y assurer une libre circulation des services, des biens et des personnes<sup>799</sup>. Ainsi, notre système assurantiel pourrait sans doute paraître constituer à certains égards, une entrave à cette libre circulation des services. En effet, indépendamment des entraves fondées sur une mesure discriminatoire directement liée à la nationalité qui sont naturellement exclues, il y a celles qui peuvent simplement s'analyser comme des mesures nationales indistinctement applicables à l'ensemble des prestataires, quels que soient leur nationalité et lieu de résidence, mais qui ont un effet restrictif pour certains prestataires. À cet égard, l'exigence française d'une assurance de responsabilité décennale, si elle ne s'analyse pas comme une discrimination directe en tant que telle, pourrait constituer une entrave indirecte selon le second cas de figure. Cette exigence a d'ailleurs été la cible de vives critiques, certains la décrivant comme attentatoire à la libre prestation de services des constructeurs dans la mesure où ces derniers connaîtraient les plus grandes difficultés à l'obtention du contrat d'assurance. Néanmoins, le droit européen offre une perspective de sortie à l'assurance de responsabilité décennale puisqu'il admet, nonobstant son caractère entravant, le maintien d'une mesure nationale dès lors qu'elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle est nécessaire et proportionnée<sup>800</sup>. Il reste donc à savoir si l'exigence française d'une assurance de responsabilité décennale répond à ces critères. Par ailleurs, on peut se demander, si l'on peut parler de loi de police à son sujet auquel cas cela permettrait d'écarter le libre choix de la loi applicable par les parties et le risque sous-jacent de contournement des assurances obligatoires. Les lois de police sont des lois dont l'importance est telle pour un État, qu'il en exige l'application à une situation juridique donnée dès lors qu'elle présente un lien avec son territoire. Le règlement Rome I<sup>801</sup> précise qu'il s'agit de dispositions « *dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». On peut légitimement être tenté de qualifier l'assurance de responsabilité décennale de loi de police entrant dans la catégorie de l'intérêt économique national et qui de ce fait, s'appliquerait automatiquement à tout immeuble édifié en France. Pour autant, tel n'est pas la réalité des textes français et européens qui ne font de l'assurance responsabilité décennale française qu'une loi de

---

<sup>799</sup> Pour une étude sur l'ensemble de la question, V. : J. Roussel, Assurance construction, *Rép. dr. immo.*, septembre 2016, n° 37 s.

<sup>800</sup> J. Sénéchal, Directive service et avenir de l'assurance construction française, *RDI* 2010, p.431.

<sup>801</sup> Règlement CE, n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

police conditionnée à la soumission du contrat de construction immobilière au droit français<sup>802</sup>. De plus, la jurisprudence mettant en situation des contrats internationaux de construction n'a pas davantage souscrit à cette analyse comme en témoigne un jugement de la cour d'appel de Paris du 8 avril 2010 ayant retenu que « les dispositions impératives de la loi française sur la responsabilité décennale des constructeurs ne trouvent d'application qu'en droit interne, qu'elles ne constituent pas une disposition dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays, que ne s'agissant pas d'une loi de police ces dispositions ne sont applicables qu'en droit interne et non pas en droit international »<sup>803</sup>. Une telle solution est assurément regrettable dans la mesure où cela pourrait conduire à un éclatement des responsabilités sur un même chantier, ce qui contreviendrait à l'esprit même de la responsabilité décennale voulue comme une responsabilité de plein droit et *in solidum* des constructeurs.

**207. La recherche d'une solution visant à écarter la qualification d' « obstacle à la libre circulation des services »** – Afin de se prémunir contre l'éventuel reproche qui pourrait lui être fait d'entraver la libre circulation des services par l'obligation d'assurance de responsabilité décennale, la fédération française de l'assurance a créé un dispositif qui permet aux constructeurs étrangers, de pouvoir souscrire à ce type de contrat lorsque le chantier est localisé en France. Dans le même ordre d'idées, une initiative européenne des 27 États alors membres a été entreprise au début des années 2010 et œuvrait pour un rapprochement des régimes de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la construction<sup>804</sup>. Cette initiative intitulée ELIOS (*European Liability Insurance Organisation Schemes*), a fait l'objet d'un rapport déposé en 2010. Ce dernier a mis en exergue des similitudes évidentes en terme de besoin de sécurité et de garantie, entre les 27 états de l'Union européenne. Monsieur ROUSSEL faisait observer à cet égard, que l'assurance responsabilité décennale à la française n'est pas la seule de ce type à exister<sup>805</sup>. Bien que le système à double détente ainsi que la notion d'impropriété à la destination constituant la gravité décennale, demeurent des spécificités françaises, l'assurance de responsabilité décennale des constructeurs quant à elle trouve son

---

<sup>802</sup> J. Sénéchal, préc.

<sup>803</sup> CA Paris, 8 avr. 2010, n° 07/17965.

<sup>804</sup> La tentative n'est pas nouvelle puisque précédemment, les institutions européennes avaient déjà exprimé le souhait d'une harmonisation des législations sur ce sujet. Ce fut en premier lieu le rapport de C. Mathurin sur les responsabilités, les garanties et les assurances des constructeurs en vue d'une harmonisation au niveau communautaire, puis les travaux du Groupe des associations interprofessionnelles européennes de la construction (GAIPEC) dont le rapport final a été déposé en 1992.

<sup>805</sup> J. Roussel, Assurance décennale et construction européenne, *RDI* 2010, p. 190 ; Également : J. Roussel, L'étude Elios et l'assurance construction en Europe, *RGDA* 2012. 575.

pareil dans de nombreux États de l'Union européenne. Dans la très grande majorité des États européens en effet, des dispositions semblables sont appliquées spécifiquement aux constructeurs et visent, elles aussi, à renforcer leurs responsabilités pour mieux protéger l'accédant à la propriété. C'est ainsi par le biais de mécanismes assurantiels ou de garanties obligatoires ayant pour objet de garantir les risques post-réception pendant une durée de dix ans, que les états poursuivent cet objectif de protection du consommateur immobilier. Monsieur ROUSSEL remarque que l'étude ELIOS permet de mettre en lumière la similitude des protections organisées par le modèle anglo-saxon et par le droit français. De la même manière, l'étude fait apparaître que cinq pays connaissent aussi, à l'instar de la France, une assurance décennale rendue obligatoire par une disposition légale. Il s'agit de la Suède, de la Finlande, de l'Espagne, de l'Italie et du Danemark. Ainsi, de nombreux pays membres de l'Union européenne partagent une même logique réparatoire, à savoir la prise en charge par l'assurance de construction, des dommages post-réception les plus graves pendant une durée de dix ans. Le rapport ELIOS a ainsi permis de dresser un état des lieux des législations européennes, il en résulte qu'il existe une certaine proximité des mécanismes d'assurance, mais cette proximité n'est pas de nature à gommer le risque identifié par le rapport, consistant à ce que le domaine de l'assurance soit un obstacle pour certaines activités transfrontalières. Ainsi, le Parlement européen, fort de ces constatations, a décidé d'adopter un nouveau projet faisant suite à l'étude ELIOS.

À la suite d'un appel d'offres lancé en juillet 2011, la Commission européenne a décidé de confier à un groupement constitué par le Centre d'études d'assurances la mise en œuvre, sur trois ans, d'un nouveau projet pilote relatif aux régimes nationaux de responsabilité et d'assurance construction dans les vingt-sept États de l'Union européenne. Ce groupement a ensuite été élargi pour intégrer d'autres compétences et pour viser un champ d'analyse plus large, de façon à prendre en compte les différentes cultures assurantielles européennes. Les missions fixées par le cahier des charges consistent notamment à mettre en place un observatoire européen des pathologies et des indicateurs de qualité permettant aux assureurs et réassureurs de mieux évaluer les risques, mais aussi à favoriser une plus grande convergence ou une reconnaissance mutuelle des différents régimes d'assurance.

**208. Propos conclusifs** – Le consommateur immobilier européen connaît une protection variable selon les pays ce dont il résulte un certain nombre d'interrogations à l'heure où le domaine de la construction est lui aussi concerné par l'harmonisation des législations des États membres de l'Union européenne. Le système d'assurance construction en France est

singulier s'agissant du système de double détente selon lequel une obligation d'assurance pèse non seulement sur le maître d'ouvrage, mais aussi sur les constructeurs. La stabilité de ce système est source d'inquiétude dans la mesure où il peut tout à fait être perçu comme une entrave à cette libre circulation des services. Si tel est le cas, un éclatement des responsabilités sur un même chantier est à craindre. Cependant, si le système à double détente est une spécificité française, le principe d'une assurance de responsabilité lui, est répandu au sein de l'Union européenne. Ainsi, cette similitude des mécanismes assurantiels restreint le risque d'atteinte à l'assurance responsabilité décennale et permet d'entrevoir une harmonisation acceptable à l'échelle européenne.



## **CONCLUSION DE CHAPITRE**

La responsabilité décennale à raison des désordres futurs et évolutifs est sujette à des assauts de toute part, dont il résulte une insécurité juridique pour l'ensemble des acteurs.

Le manque cruel d'assise textuelle se fait particulièrement ressentir lorsque l'on observe les remous jurisprudentiels en la matière. S'il est vrai que la liberté laissée aux juges dans l'élaboration du régime des désordres évolutifs est par moment opportune, elle est dans le même temps source d'inquiétude en ce que l'imprévisibilité des modifications des solutions est un risque certain pour les parties. Ainsi, d'une part, l'adaptation tout à fait remarquable de l'autorité de la chose jugée à la spécificité d'un désordre évoluant dans le temps est souhaitable et bénéfique au maître de l'ouvrage. D'autre part en revanche, les variations et modulations des solutions jurisprudentielles constituent un risque majeur pour les parties qui pouvaient légitimement espérer obtenir gain de cause au regard d'une jurisprudence qui semblait établie.

Par ailleurs, le régime des désordres évolutifs subit également des influences plus extérieures mais tout aussi inquiétantes pour sa pérennité. En ce sens, le projet de réforme de la responsabilité civile mené par la Chancellerie contient des dispositions dont on a pu observer l'impact considérable qu'elles pourraient causer globalement sur le régime de la responsabilité décennale et particulièrement aussi sur celui des désordres évolutifs. Par ailleurs, les retombées du droit de l'Union européenne et de l'objectif d'harmonisation des législations nationales qu'elle poursuit, si elles ne doivent pas être négligées, sont cependant plus mesurées en ce que l'effort collectif des États membres pour trouver des solutions communes est certain.





## **CONCLUSION DE TITRE**

**209.** Le régime du désordre évolutif est sous l'influence de diverses matières juridiques.

La première d'entre elles concerne la procédure entendue, non seulement en termes de transmission de l'action aux acquéreurs successifs de l'ouvrage, mais aussi aux rapports et recours des constructeurs entre eux, lorsque l'un d'eux a été condamné *in solidum* à la réparation du désordre. Du point de vue de la transmission de l'action, il apparaît que la garantie décennale étant une garantie *propter rem*, est attachée à la propriété de l'immeuble. Elle est un accessoire juridique de l'immeuble qui en préserve les qualités essentielles si bien qu'elle passe légitimement d'un propriétaire à un autre. Pour parvenir à cette solution, la jurisprudence n'a fait que peu de cas des subtilités théoriques relatives au fondement de cette transmission. Du point de vue à présent des recours entre coobligés, la jurisprudence, dans le silence des textes, a mis en place une responsabilité *in solidum* des constructeurs favorable au maître de l'ouvrage. Cette responsabilité trouve un écho particulier en termes de dommages évolutifs dans la mesure où nonobstant l'écoulement d'un temps long, dont il pourrait résulter une série d'impossibilités pour le maître de l'ouvrage de retrouver les constructeurs concernés, ce dernier conserve bien l'espoir d'une réparation. Ainsi, tous les constructeurs sont tenus envers le maître de l'ouvrage. L'obligation *in solidum* permet à ce dernier de s'adresser pour le tout à n'importe lequel de ses débiteurs dès lors qu'un dommage indivisible est dû à l'action de chacun des divers intervenants à l'acte de construction. Le constructeur condamné *in solidum* ayant indemnisé et désintéressé totalement ou partiellement le maître de l'ouvrage ou ses ayants causes a tout le loisir de se retourner à son tour contre les véritables responsables du désordre sur le fondement de la responsabilité contractuelle. L'obligation à la dette dont est tenu chaque constructeur ayant contribué à la réalisation du désordre, est ainsi contrebalancée par la contribution finale de chacun à la dette en fonction des recours exercés les uns contre les autres.

Par ailleurs, la responsabilité décennale à raison des désordres évolutifs est susceptible de subir de façon plus indirecte, l'influence du droit de l'Union européenne dans une certaine mesure, mais surtout de la réforme projetée de la responsabilité civile. Cette dernière prévoit en effet certaines dispositions dont la consécration textuelle fait craindre le maintien des solutions prétoriennes applicables à la garantie décennale. Le principe de proportionnalité ainsi que la définition du désordre futur sont les dispositions les plus menaçantes pour le régime des désordres évolutifs décennaux.



## **CONCLUSION DEUXIEME PARTIE**

**210.** Le désordre évolutif se distingue par son mécanisme, du désordre futur. Alors que ce dernier permet une réparation en amont de l'apparition effective du désordre, le désordre évolutif lui, permet de renouveler la réparation. La proximité notionnelle des désordres futurs et évolutifs dont l'idée commune est la prise en compte par la garantie légale de malfaçons s'aggravant dans le temps, ne doit pas faire perdre de vue l'effort fourni par la jurisprudence pour les distinguer.

Le désordre évolutif obéit ainsi à un régime propre et le contentieux le concernant est abondant. Pour autant, nonobstant la multiplicité des litiges abordés sur le terrain du désordre évolutif, ce contentieux ne trouve pas les faveurs du législateur dont le désintérêt est à cet égard criant.

Ce silence gardé par le législateur a poussé la jurisprudence à peaufiner le régime applicable au désordre évolutif. Ainsi, les conditions permettant de caractériser le désordre évolutif et conséquemment, d'activer la garantie décennale, ont subi une longue évolution jurisprudentielle dont il ressort qu'elles sont aujourd'hui drastiques. Ce renforcement des conditions réduit à peau de chagrin le domaine des désordres évolutifs, sans pour autant qu'en parallèle, cela ne décourage la victime d'espérer encore la réparation de ce type de désordres. En effet, le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur est animé par une croyance légitime dans le désordre évolutif et les variations jurisprudentielles en cette matière créent une véritable insécurité juridique pour le consommateur immobilier.

Par ailleurs, l'effectivité du désordre évolutif est encore mise à mal par le refus des assureurs dommages-ouvrage de prendre en charge le désordre évolutif contrairement au désordre futur. Il existe cependant une porte de sortie pour le maître de l'ouvrage qui aurait un meilleur intérêt à soulever le préfinancement insuffisant par l'assureur. Il pèse effectivement sur ce dernier une obligation d'efficacité et de pérennité des travaux de réparation qu'il a préfinancés. Ainsi, au fur et à mesure de notre analyse, il est apparu que la réparation du désordre évolutif est désormais tributaire de la stratégie procédurale et indemnitaire que le maître de l'ouvrage choisira d'emprunter. Cela exige nécessairement une parfaite connaissance des solutions jurisprudentielles rendues en matière d'efficacité du préfinancement des travaux de réparation, aussi bien qu'en matière d'application de l'autorité de la chose jugée, ou encore en termes de traitement jurisprudentiel de la notion de solution définitive apportée au litige.

L'ensemble de ces voies juridiques permettraient au maître de l'ouvrage de renforcer ses chances d'obtenir la réparation du désordre en situation d'aggravation, si tant est que la jurisprudence opte pour le maintien des solutions.

En effet, les dernières digues du désordre évolutif entendu en un sens large sont sur le point de céder si l'on observe particulièrement le projet de réforme de la responsabilité civile mené par la Chancellerie. À cet égard, si le principe pratique veut que la règle spéciale déroge à la règle générale, il est d'application plus qu'incertaine s'agissant d'un régime exclusivement prétorien tel que celui de la garantie décennale à raison des désordres futurs et évolutifs. Ce projet de réforme laisse planer un horizon brumeux en cette matière déjà fragilisée par une jurisprudence en dent de scie, dont on ne parvient que difficilement à faire émerger un régime précis.

## CONCLUSION GENERALE

**211.** Le fil conducteur de notre étude consistait à s'interroger sur les mécanismes permettant au maître de l'ouvrage d'obtenir la réparation de désordres de construction évoluant dans le temps, soit qu'ils s'intensifient (désordres futurs), soit qu'ils se renouvellent (désordres évolutifs). Il découlait de cette interrogation générale la nécessité d'analyser une série de questions : La nature du délai décennal est-elle suffisamment malléable pour permettre la réparation des désordres futurs et évolutifs par la garantie légale ? La jurisprudence, en l'absence de toute implication du législateur, est-elle parvenue à stabiliser le régime respectif des désordres futurs et des désordres évolutifs ? La protection du consommateur immobilier est-elle suffisante s'agissant des désordres futurs ou évolutifs qu'il subit ?

**212. La nature complexe du délai décennal nécessitant une sécurisation textuelle** – Le délai décennal est l'instrument privilégié de la double protection du maître de l'ouvrage et du constructeur. En effet, nous avons observé que le délai décennal a été conçu comme un délai d'épreuve permettant au maître de l'ouvrage de vérifier la fonctionnalité et la solidité de l'ouvrage dans le temps, de même qu'il permet au constructeur de se libérer de sa responsabilité à l'issue du délai. En ce sens, il est compris comme un délai de nature hybride, empruntant à la fois au régime de la prescription et à celui de la forclusion. Son caractère d'ordre public est indéniable bien que la jurisprudence n'en fasse pas un moyen d'ordre public dont il aurait résulté le relevé d'office.

Toutefois, cette nature duale complexifie davantage le régime du délai décennal compte tenu de l'imbroglio régnant en matière de délais de forclusion et de prescription, pour lesquels le législateur ne donne pas d'éléments de définition ou de distinction précis. Le délai décennal n'échappe pas à cette confusion or, la distinction entre les deux catégories de délai revêt nécessairement un aspect théorique mais a surtout une portée pratique indéniable. Ainsi par exemple, l'expertise prescrite avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne suspend pas la forclusion selon l'article 2238 du Code civil alors qu'elle suspend la prescription, de la même manière, la possibilité pour les parties d'aménager la durée de la prescription ou de prévoir des causes d'interruption ou de suspension conventionnelles, dépend de la nature de forclusion ou de prescription du délai considéré.

## *Conclusion générale*

Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'adonne donc à un périlleux exercice d'équilibriste en s'efforçant de trouver des solutions cohérentes, là où la dichotomie de la nature du délai décennal entraîne des conséquences inconciliables. Ainsi, alors qu'en tant que délai de forclusion, le délai décennal ne supporte ni les causes de suspension classiques, ni l'aménagement conventionnel, il peut toutefois être interrompu par une demande en justice ou bien par la reconnaissance de responsabilité du constructeur. À cet égard, s'il est vrai que l'article 2241 du Code civil prévoit désormais expressément que la demande en justice interrompt aussi la forclusion, ce texte ne fait pas mention de la reconnaissance de responsabilité du débiteur, si bien que, s'agissant de la garantie décennale, la solution est purement jurisprudentielle. Cette situation que certains qualifient « d'oubli » du législateur n'est pas sans risque pour le maître de l'ouvrage qui a un intérêt à soulever l'interruption du délai par la reconnaissance du débiteur de la garantie. Ce risque est d'autant plus réel que quelques premiers bruissements jurisprudentiels laissent présager un possible abandon de la solution.

Dès lors, il n'est pas souhaitable, eu égard à l'insécurité juridique qui émane de l'absence de critères légaux de distinction, de se satisfaire des règles jurisprudentielles dont la stabilité est menacée. Il est de ce fait impératif de consolider l'équilibre jurisprudentiel jusqu'à lors trouvé, et ce par l'insertion d'une disposition à caractère spécial, complétant l'article 1792-4-1 du Code civil.

Il semblerait opportun d'ajouter à cet article deux alinéas qui prévoiraient :

« Les délais de forclusion visés par le présent article sont insusceptibles de suspension ou d'interruption.

Par exception aux dispositions de l'alinéa précédent, le délai de la responsabilité décennale peut être interrompu par la cause mentionnée à l'article 2241 du Code civil de même que par la reconnaissance de responsabilité du constructeur ».

Une telle modification aurait pour avantage de sécuriser les solutions émises par la jurisprudence et d'éclairer sur la nature complexe du délai décennal.

Par ailleurs, si l'interruption du délai décennal a pour effet d'ouvrir un nouveau délai de même nature que celui qui est interrompu, pour les désordres dénoncés ou reconnus, il est important que la jurisprudence se prononce sur la rigueur de ce nouveau délai. Plus précisément, le nouveau délai s'applique aux désordres dénoncés et à ceux qui en sont l'aggravation, mais il est nécessaire que le constructeur soit à un moment libéré de sa responsabilité pour ces désordres. La réparation du désordre évolutif en particulier devrait donc être strictement enfermée dans le nouveau délai ayant commencé à courir à compter de l'interruption.

**213. Une stabilité précaire du régime du désordre futur et du désordre évolutif –**

Le désengagement criant du législateur en matière de désordres futurs et de désordres évolutifs, a contraint la jurisprudence à redoubler d'efforts afin de trouver le plus juste équilibre entre les intérêts antagonistes des acteurs en présence. Néanmoins, la spécificité pratique de ces désordres a eu raison de toute tentative de pérennisation des solutions dégagées par les juges. Une seule certitude peut être dégagée, celle des critères de distinction des deux catégories de désordres. Ainsi, il est désormais acquis que la différence majeure entre les deux types de désordre se situe dans le moment de consolidation du dommage décennal. D'une part le désordre futur est celui qui, dénoncé judiciairement dans le délai de dix ans suivant la réception, ne revêt pas lors de sa dénonciation les conditions de gravité inhérentes à la garantie décennale, mais dont on sait de façon certaine que, dans le délai décennal, il présentera ces caractéristiques. D'autre part, le désordre évolutif est celui qui, apparu postérieurement à l'expiration du délai d'action au titre de la garantie décennale, est la suite directe des désordres d'origine, qui présentaient lors de leur dénonciation judiciaire dans le délai de garantie, les conditions de gravité propres à la garantie décennale. Au-delà d'une simple distinction notionnelle, la jurisprudence s'efforce de cloisonner les deux désordres selon leur logique réparatoire intrinsèque. Alors que le désordre évolutif consiste à réitérer la réparation, le désordre futur lui, doit conserver sa nature anticipatoire. Par ailleurs, l'aggravation de ce dernier malgré une première réparation ne le fait pas pour autant tomber dans le compartiment adverse, celui du dommage évolutif. En effet, les prévisions erronées du devenir du désordre ne justifient pas un renouvellement de la réparation mais procèdent davantage d'une rectification de ce qui a été mal évalué ou encore mal réparé.

En revanche, la clarté disparaît dès lors que l'on analyse isolément le régime applicable à chacun des deux désordres. D'importantes failles ont été mises en lumière, dont il résulte un risque d'insécurité juridique tant pour le maître de l'ouvrage que pour le constructeur. Ainsi, s'agissant du désordre futur, alors qu'il est admis que le désordre en germe devra revêtir la gravité requise à l'intérieur du délai de dix ans suivant la réception, cette exigence peut finalement être contournée par des mécanismes de réparation facilitée du désordre aggravé, à travers l'adaptation de principes tels que l'autorité de la chose jugée ou encore en déplaçant le point de départ de l'interruption du délai décennal jusqu'à ce que le désordre objet du litige ait trouvé sa solution définitive. Ces mécanismes sont au demeurant tout aussi utiles pour contourner la rigueur des critères de qualification du désordre évolutif. En effet, ce dernier ne cesse de subir les circonvolutions de la jurisprudence quant à la détermination des critères de sélection du désordre évolutif. Sans doute par soucis de préserver la rigueur du délai d'épreuve

de la garantie décennale, les juges déploient leurs efforts pour conserver l'exceptionnalité du désordre évolutif, il s'ensuit une certaine instrumentalisation des critères de déterminations de ce dernier.

L'incertitude des solutions en matière de désordres futurs et évolutifs n'est assurément pas satisfaisante compte tenu des effets négatifs qui en résultent pour la situation juridique des bénéficiaires comme des débiteurs de la garantie légale. Le législateur doit s'emparer du domaine des désordres de construction évoluant dans le temps, lequel représente au demeurant un contentieux considérable en termes de volume des litiges intéressant cette matière.

**214. L'échec de la protection du consommateur immobilier** – L'esprit de la garantie décennale consiste à prémunir le maître de l'ouvrage, considéré comme la partie faible au contrat de louage d'ouvrage, contre l'apparition des désordres les plus graves, ceux qui affectent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination. Cette gravité est doublement préjudiciable lorsque le désordre s'inscrit dans un temps long. Nonobstant cette importance conférée à la responsabilité décennale et consécutivement aux désordres évolutifs entendus en un sens large, les efforts jurisprudentiels ne suffisent pas à accorder au créancier de la garantie une protection adéquate. L'explication de cet échec réside sans nul doute dans le caractère purement prétorien du régime applicable à ces désordres, dont il résulte une instabilité non souhaitable. En effet, nous avons pu observer que la jurisprudence qui dispose entièrement de son pouvoir d'interprétation du droit, s'octroie celui de le créer et emploie régulièrement son pouvoir de modulation de ses décisions. En ce sens, la « légisprudence » qui s'exprime avec une ampleur certaine en matière de désordres futurs et évolutifs est source d'une grande inquiétude pour l'ensemble des acteurs de la garantie légale. Par ailleurs, la Cour suprême se laisse régulièrement aller à des considérations de fait, rompant ainsi avec la tradition formaliste lui étant attachée.

Ainsi, de façon étonnante, alors que ces dernières années le consommateur commun a bénéficié d'une protection accrue, procédant parfois d'une quasi systématique déresponsabilisation, le consommateur immobilier lui, se heurte pour ce qui est des désordres futurs et évolutifs, au désintérêt du législateur et à une jurisprudence en demi-teinte. Pourtant, l'abondance du contentieux en ce domaine, de même que le coût que représente la construction pour le maître de l'ouvrage doivent conduire à apporter aux désordres futurs et évolutifs l'assise textuelle qu'ils commandent.



# BIBLIOGRAPHIE

## I. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES MELANGES ET REPERTOIRES

*Dictionnaire Grand Larousse, Broché, 2022.*

*Dictionnaire Le petit Robert de la langue française, 2021.*

*Lexique des termes juridiques, Dalloz 2021/2022.*

*Vocabulaire illustré de la construction Broché, 2018.*

*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>e</sup> éd., LDGJ, 1993.*

**Allemand H.**, (dir), Lamy assurances, 2021.

**Bergel J.-L.** (dir), *Lamy droit immobilier*, tome 1, 2019.

**Bertolaso S.**, Garanties légales, régime, *J.-Cl*, fasc. 20, art 1788 à 1794, 20 mai 2020.

**Boubli B.**, Contrat d'entreprise, Responsabilité des constructeurs, *Rép. dr. immobilier*, novembre 2016.

**Bouty C.**, Chose jugée, *Rép. pr. Civ.*, Dalloz, mars 2018.

**Cadiet L.**, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998.

**Chantepie G.**, Contrats : effets, *Rép. civ.*, janvier 2018.

**Cornu G.**, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13<sup>e</sup> éd. 2020.

**Fournier S.**, Action en réparation, Prescription, *J.-Cl*, fasc. 222, 28 janvier 2020.

**Gerbay N.**, Responsabilité civile et Assurances, *J.-Cl Décision judiciaire* fasc. 224, 20 Juin 2021.

**Gaudemet S.**, Application de la loi dans le temps, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 2, fasc.10 et fasc. 20, mai 2021.

**Julien J., Le Tourneau Ph.**, Solidarité, *rép. dr. civ.*, février 2018.

**Le Tourneau**, Responsabilité : généralités, *rép. dr civ.*, mai 2009.

**Linditch F.**, Responsabilité décennale, *Rép. dr. immobilier*, mars 2016.

**Molfessis N.** (dir), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.

**Roussel J.**, Assurance construction, *Rép. dr. immo.*, septembre 2016.

**Roland H. et Boyer L.**, Adages du droit français, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

**Tournafond O.**, Vente d'immeuble à construire, *rép. dr. civ.*, mars 2004.

**Van Drooghenbroeck, J.-F.** *La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité ?* Mélanges Paul Martens, Bruxelles, Larcier, 2007.

## **II. OUVRAGES, MANUELS, THESES**

**Abbad M.-F.**, *Droit de la construction* 3<sup>e</sup> éd., 2016, Gualino.

**Ajaccio F.-X., A. Caston et R. Porte**, *L'assurance construction*, Le moniteur 3<sup>e</sup> éd. 2019.

**Alleaume P., O. Bodin O., M. Jarrault, B. Klein**, *L'expertise construction*, Le moniteur, 2<sup>e</sup> éd. 2018.

**Amrani-Mekki S**, *Les causes de suspension et d'interruption de la prescription» in La prescription extinctive, étude de droit comparé*, Bruxelles, Schulthess et Bruylant, 2010.

**Atias C.**, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM 3<sup>e</sup> éd., 2006.

**Auby J.-B., H. Périnet-Marquet et R. Noguellou**, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2020.

**Balat N.**, *Essai sur le droit commun*, thèse, 2014, Université Panthéon Assas.

**Barry B.**, *La réparation en nature*, thèse, Préf. M. Poumarède, PUT, 2015.

**Bascoulergues A.**, *Les caractères du préjudice réparable : réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Lyon, 2011.

**Baudry-Lacantinerie G et Tissier A.**, *Traité théorique et pratique de droit civil, de la prescription*, t. 3, Paris, Sirey, 1905.

**Bénabent A.**, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, Thèse, LGDJ, 1973, « Anthologie du droit », 2013.

**Benabent A.**, *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19<sup>e</sup> éd., 2021.

**Bomstain J.**, *Étude de l'équilibre indemnitaire dans le contrat de transport de marchandises*, thèse, Toulouse, 2018.

**Brun Ph.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

**Brushi M.**, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Economica, 1997.

**Cadiet L.**, *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in Mélanges offerts à P. Drat, Paris, Dalloz, 2000.

**Capitant H., Terre F., Lequette Y. et Chenede F.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz 13<sup>e</sup> éd., 2015.

**Carbonnier J.**, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, coll. Quadrige, PUF, 2004.

**Caston A., F.-X. Ajaccio, R. Porte, M. Tendeiro**, *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8<sup>e</sup> éd., 2018.

**Chagny M. et L. Perdrix**, *Droit des assurances*, Issy les Moulineaux, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2018.

**Y. Chartier**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, collection droit privé, éd. 1996.

**Chenede F.** ; *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018.

**Coutant- Lapalus**, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002.

**Durand-Pasquier G.**, *Bâtiments et performance énergétique : données techniques, contrats, responsabilité*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011.

**Fisher J.**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, Préf. Ph. Le Tourneau, PUAM, 2004.

**Frossard J.**, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 1965.

**Ghestin J., Jamin Ch. et Billau M.**, *Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, in J. Jestin (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001.

**Goldie-Genicon C.**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial*, Préf. Y. Lequette, Bibl. dr. privé, LGDJ, 2009.

**Grelier Wyckoff P. et F. Stéphan**, *Pratique du droit de la construction*, Paris, Eyrolles, 9<sup>e</sup> éd., 2020.

**Guinchard S.** (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 10<sup>e</sup> éd., 2021.

**Houtcieff, D.**, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 5<sup>e</sup> éd. 2021.

**Jobard-Bachellier M.-N., X. Bachellier et J. Busk-Lament**, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2018.

**Julien J et Ph. le Tourneau**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 12<sup>e</sup> éd. 2020.

**Karila L., C. Charbonneau**, *Droit de la construction : Responsabilités et assurances*, Lexis Nexis 3<sup>e</sup> éd, 2017.

**Kohl B.**, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe : vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction ?*, Thèse, Bruxelles, 2008.

**Malinvaud Ph.**, (dir.), *Droit de la construction*, Dalloz action, 7<sup>e</sup> éd., 2018.

**Mazeaud H.-L., J. Mazeaud et Tunc A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. Capitant, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., t. II, 1965.

Mémento Pratique, *Urbanisme Construction*, Francis Levebvre, éd. 2021.

**Mouly Ch.**, *Les revirements de jurisprudence*, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française, 1994.

**Moussa T.**, (dir), *Droit de l'expertise*, Dalloz action, 4<sup>e</sup> éd., 2020.

**Mure A.**, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble-Alpes, 2016.

**Nicolas E.**, *Le rôle de la jurisprudence dans la responsabilité des constructeurs*, thèse Toulouse, 1999.

**Noguellou R.**, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ 12<sup>e</sup> éd, 2020.

**Périer M.**, *Risques et assurances construction*, Préf. J. Bigot, L'argus de l'assurance, 2<sup>e</sup> éd., 2012.

**Rochfeld J.**, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

**Saint Alary-Houin C et M. Poumarède**, *Droit de la construction*, Paris, Dalloz, collection Mémentos, 11<sup>e</sup> éd., 2021.

Séminaire Risques, assurances, responsabilités, *Le temps dans la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009.

Séminaire Risques, assurances, responsabilités, *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Paris, Dalloz, 2000.

**Starck B., H. Roland et L. Boyer**, *Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998.

**Tapinos D.**, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L'Harmattan, 2008.

**Terre F., Ph. Simler et Y. Lequette**, *Droit civil: les obligations*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2018.

**Thioye. M.**, *Droit des intermédiaires immobiliers*, Lexis Nexis, 4<sup>e</sup> éd. 2020.

**Tomasin D.**, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 1975.

**Le Tourneau Philippe (dir.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12<sup>e</sup> éd., 2020.

**Viney G., P. Jourdain et S. Carval**, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

**Visser't Hooft H. Ph.**, *Causalité et sens commun : essai d'une analyse conceptuelle*, in *Études de logique juridique*, vol. 5, C. Perelman (dir.), Bruylant, 1973.

**Zavaro M.**, *La responsabilité des constructeurs*, Lexis Nexis, 3<sup>e</sup> éd., 2013.

**Zalewski-Sicard V, Thioye M., Laurent J, Poumarède M. et Gantschnig D.**, *Vente d'immeuble*, Lexis pratique, 3<sup>ème</sup> éd. 2021.

### **III. ARTICLES DE REVUES ET CHRONIQUES**

**Ajaccio F-X.**, Responsabilité contractuelle : une reconnaissance tonitruante de la clause excluant les condamnations in solidum !, *Gaz.Pal.*, 21 mai 2019 p. 79.

**Atias C.**, L'obligation de délivrance conforme, *D.* 1991, p. 1.

**Balat N.**, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?, *D.* 2015, p. 699.

**Balat N.**, Forclusion et prescription, *RTD civ.* 2016, p. 751.

**Bandrac M.**, La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile, *RDC* 2008., n° 4, p.1413.

**Barbier H.**, Extension de l'interruption de la prescription d'une action à une autre : qu'est-ce au juste que deux actions « tendant à un seul et même but » ?, *RTD Civ.* 2019, p. 590.

**Becqué-Ickowicz S.**, Responsabilité du vendeur d'immeuble à construire : appréciation des dommages décennaux et délai pour agir en garantie des vices apparents., *RDI* 2015, p. 400.

**Behar-Touchais M.**, Rapport introductif, in Colloque Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, 30 septembre 1998, p. 3.

**Bénabent A.**, Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, *D.* 1994, chron. 115.

**Bergel J-L.**, Démolition : « proportionnalité » ?, *RDI* 2020, p. 377.

**Berly J-M.**, Le recours du maître de l'ouvrage condamné en qualité de vendeur sur le fondement de la théorie des dommages intermédiaires, *Constr.-Urb.*, juin 2001, chron. 16.

**Bertolaso S.**, Quelle réparation en cas d'aggravation des désordres de construction ?, *RDI*, 2011, p. 54.

**Bertolaso S.**, Le contentieux des désordres de construction à l'épreuve de l'article 2239 du Code civil, *Constr.-Urb.*, avril 2012, étude 4.

**Bertolaso S.**, Responsabilité des constructeurs - La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable ?, *Constr.-Urb.*, septembre 2013, étude 9.

**Bertolaso S.**, Délai de recours entre constructeurs : une clarification nécessaire, *Constr.-Urb.*, juil. 2014, chron. n°6 .

**Bigot J.**, Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue, Ord. 8 juin 2005, *JCP* 2005. I. 148.

**Bonardi I.**, La sanction de l'inefficacité des travaux préfinancés par l'assureur dommages-ouvrage, *RDI* 2017, p. 416.

**Borghetti J-S.**, Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va, *D.* 2015, p. 1376.

**Bouty R-P.**, Le dommage évolutif, naissance et disparition d'une espèce, *RDI* 2010, p. 486.

**Brisac M.**, Responsabilité au visa de l'article 1792 de l'expert judiciaire en l'absence de la désignation d'un maître d'œuvre ?, *RDI* 2001 p.514.

**Caston A.**, Performance énergétique : le droit à l'épreuve des faits, *RDI* 2014, p.1.

**Caston A., M. Poumarède**, L'obligation de démolir l'immeuble, *RDI* 2020 p. 647.

**Casu G.**, Assurance décennale et réception tacite ... encore du nouveau !, *BJDA*, n° 63, mai 2019, comm. 19.

**Casu G., Bonnet S.**, Prouver et réparer des désordres de construction, *D. actu.*, 9 juin 2020.

**Casu G., Bonnet S.**, Construction : le délai de l'article 1792-4-3 du Code civil est un délai de forclusion *D. actu.*, 21 juin 2021.

**Cerveau G.**, Les disposition spéciales dérogent aux dispositions générales, *Gaz.Pal.*, 5 mars 2019, p. 64.

**Charbonneau C.**, Incidence de la réforme de la prescription civile en matière de construction, *Constr.-Urb.*, novembre 2008, étude 13.

**Charbonneau C.**, Le principe d'unicité de réception peut-il être remis en cause par la volonté des parties ?, *Constr.-Urb.*, mars 2011, étude 4.

**Charbonneau C.**, Le principe de la réparation intégrale, un principe à nuancer, *RLDC*, 1<sup>er</sup> sept. 2013, n° 107.

**Charbonneau C.**, Défaut d'implantation : entre droit spécial et droit commun », *RDI* 2016, p. 253.

**Charbonneau C.**, Responsabilité et travaux sur existants, *LPA* 14 oct. 2016, p. 25.

**Charbonneau C.**, Quand le quasi-ouvrage emporte l'ouvrage, *RDI* 2018 p. 41.

**Charbonneau C.**, L'assurance de responsabilité décennale est susceptible d'être invoquée par le constructeur dans le cadre de son appel en garantie, *RDI* 2019, p. 169.

**Charbonneau C.**, Incidence de la qualité de l'assureur sur les délais d'action, *RDI* 2021, p. 368.

**Cavalier G.**, Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable, *D.* 2005, p. 46.

**Desportes F.**, La garantie décennale est-elle toujours une garantie des vices de la construction ?, *Gaz. Pal.* 1988, doct. p. 85.

**Dessuet P.**, Police RC décennale des constructeurs : un nouveau séisme, *RDI* 2005, p. 245.

**Dessuet P.**, Travaux sur existants : la responsabilité, *RDI* 2012, p. 128.

**Dessuet P.**, La non-performance énergétique peut engager la décennale, *Le Moniteur*, 13 déc. 2013.

**Dessuet P.**, Faut-il réformer le régime de responsabilité des constructeurs pour l'adapter à la nouvelle réglementation thermique applicable aux bâtiments ?, *RGDA* 2013, p. 2.

**Dessuet P.**, Après le vote de la loi de transition énergétique, quel est le régime applicable en matière de responsabilité et d'assurance dans le domaine de la performance énergétique ?, *RGDA* 2015 p. 436 et *RGDA* 2015 p. 508.

**Dessuet P.**, La RC décennale et le dommage ouvrage tournent le dos à la performance énergétique, *Le moniteur*, 24 févr. 2015.

**Dessuet P.**, Il est possible de réceptionner partiellement un ouvrage par lots, mais pas de réceptionner partiellement un lot..., *RGDA* févr. 2017, p. 129.

**Dessuet P.**, Le problème des travaux sur existants depuis les revirements de juin et septembre 2017, *RDI* 2018, p. 136.

**Dessuet P.**, Ombre et lumière sur le régime juridique applicable à l'assurance de l'élément d'équipement de l'ouvrage, *RGDA* déc. 2018, p. 526.

**Durand-Pasquier G.**, Réflexions sur le régime de responsabilité des constructeurs en cas de violation d'une norme, *RDI* 2012, p. 192.

**Durant-Pasquier G.**, L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs, *RDI* 2013, p.184.

**Durand-Pasquier G.**, L'incidence de la future réforme des conditions de la responsabilité civile sur le droit immobilier et de la construction, *RDI* 2017, p. 579.

**Esmein P.**, Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, *D.* 1964, chron. p. 205.

**Faure-Abbad M.**, Responsabilité des constructeurs et des vendeurs pour les désordres intermédiaires : unité ou diversité ?, *RDI* 2013, p.456.

**Faure-Abbad M.**, La transmission des actions contre les constructeurs d'immeubles : à la recherche d'un ordre, *RDC* 1<sup>er</sup> déc. 2014, n° 04, p. 785.

**Faure-Abbad M.**, Fourniture et pose d'une pompe à chaleur : la standardisation de la chose n'empêche pas la spécificité de l'installation et le jeu de la garantie décennale, *RDI* 2021, p. 32.

**Fournier A.**, Garantie décennale : rappel de l'importance de la qualification préalable d'ouvrage et précision de la date de la réception tacite présumée, *RDI* 2021, p. 102.

**Guérin O.**, Les désordres futurs en matière de garantie décennale, *JCP G* n° 20, 14 mai 2003, II 10077.

**Groutel H.**, Contrat d'architecte : exclusion de l'obligation *in solidum*, *RCA* n° 5, mai 2019, comm. 135.

**Heisser-Vernet J.-M.**, Expertise bâtiment et maîtrise d'œuvre : histoire d'une confusion des genres, *Experts*, févr. 2014, n° 112.

**Huet M.**, L'obligation *in solidum* des constructeurs et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs, *RDI* 1983 p. 11.

**Jourdain P.**, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, p. 51.

**Jourdain P.**, Comment traiter le dommage potentiel ? *RCA*, n°3, mars 2010, dossier 11.

**Jourdain P.**, Acquisition de l'immeuble et transmission des actions en justice : un désordre réparable, *RDC* n° 4, p. 795.

**Karila J.-P.**, « Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 », *Gaz.Pal.*, 1986, doctr.1, p. 469.

**Karila J.-P.**, Garantie décennale et désordres futurs. Nature de la responsabilité engagée en cas de désordres affectant des peintures à fonction esthétique, *D.* 2002 p. 833.

**Karila J.-P.**, Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparations d'ouvrages existants, *Constr.-Urb.* févr. 2006, étude 2.

**Karila J.-P.**, Faute dolosive du constructeur permettant à la victime de s'affranchir de la forclusion décennale : violation délibérée du constructeur, même sans intention de nuire, par dissimulation ou fraude, de ses obligations contractuelles, *JCP G*, n° 16, 17 avril 2017, p. 434.

**Karila J.-P.**, Nécessité d'une causalité identique des désordres initiaux et nouveaux, *RGDA* nov. 2018, n° 11.

**Karila J.-P.**, Désordres évolutifs et impact d'un revirement jurisprudentiel sur un procès engagé antérieurement : sécurité juridique et droit à un procès équitable, *RGDA* nov. 2018, p. 489.



**Karila J.-P.**, Prescription des actions à l'encontre des constructeurs. Précisions et interrogations persistantes, *JCP G* avril 2020, note 414.

**Karila J.-P.**, Une reconnaissance de garantie ne vaut pas reconnaissance de responsabilité, *RDI* 2009, p.371.

**Knetsch J.**, L'eupéanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ?, *D.* 2017, p. 18.

**Lambert-Faivre Y.**, De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité, *D.* 1992, chron. 311.

**Lardeux G.**, « Specialia generalibus derogant » ou la simplicité apparente des fausses évidences, *RDC*, 2008, p. 1251.

**Lecompte C.**, Le droit saisi par la technique : origine et rôle de l'expertise judiciaire. *Experts*, juin 2005, n°67.

**Leguay G.**, La fin des dommages évolutifs ?, *RDI* 2006, p. 108.

**Le Gallou C.**, Les actions de l'acheteur à raison d'un défaut de la chose : entre enchevêtrement et rationalisation, *AJ contrat* 2019, p. 71.

**Liet-Veaux G.**, Responsabilité décennale des constructeurs, *JCP G* n°7, 11 févr. 2004, doct. 110.

**Mallet B.**, La RT 2012 expliquée aux juristes, une tentative !, *RDI* 2015, p. 508.

**Malinvaud Ph., Jestaz P.**, La loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, *JCP* 1978, I, n° 2900, n° 35 s.

**Malinvaud Ph., Boubli B.**, Fissurations intérieures et extérieures graves », *RDI* 1983, p. 455.

**Malinvaud Ph., Boubli B.**, Responsabilité du constructeur. Interruption de la prescription, *RDI* 1990, p. 216.

**Malinvaud Ph., Boubli B.**, Responsabilité civile. Constructeurs, Ordre public, *RDI* 1991 p.351.

**Malinvaud Ph., Boubli B.**, Question des désordres de caractères esthétique, *RDI* 1993 p. 381.

**Malinvaud Ph., Boubli B.**, Conditions de la réception judiciaire des travaux, *RDI* 1993, p. 511.

**Malinvaud Ph.**, L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière, *RDI* 1998, p. 321.

**Malinvaud Ph.**, Définition de l'aggravation d'un désordre, *RDI* 2000 p. 344.

**Malinvaud Ph.**, Les dommages évolutifs, *RDI* 2001 p.171.

- Malinvaud Ph.**, L'expert judiciaire n'est pas un constructeur, *RDI* 2001 p.523.
- Malinvaud Ph.**, Les dommages consécutifs relèvent de l'article 1792, *RDI* 2002 p. 543.
- Malinvaud Ph.**, Dommages futurs, ou en est-on ?, *RDI* 2003, p. 87.
- Malinvaud Ph.**, Dommages futurs : l'éclaircie ?, *RDI* 2003 p.185.
- Malinvaud Ph.**, Les désordres évolutifs doivent être la conséquence ou l'aggravation des désordres initiaux, *RDI* 2004 p.121.
- Malinvaud Ph.**, De la distinction entre les désordres évolutifs et les désordres nouveaux, *RDI* 2006, p133.
- Malinvaud Ph.**, De la subtile distinction entre désordres évolutifs et dommages futurs, *RDI* 2006, p. 378.
- Malinvaud Ph.**, Dommages futurs : ils doivent impérativement revêtir la gravité requise dans le délai de dix ans, *RDI* 2007 p.162.
- Malinvaud Ph.**, Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption des délais, *RDI*, 2010, p.105.
- Malinvaud Ph.**, Les travaux de reprise peuvent constituer un ouvrage, *RDI* 2012, p. 229.
- Malinvaud Ph.**, L'impropriété à la destination s'apprécie par référence à la destination convenue, *RDI* 2012 p.630.
- Malinvaud Ph.**, Les désordres d'isolation thermique rendant l'ouvrage impropre à sa destination relèvent de la garantie décennale, *RDI* 2014 p. 53.
- Malinvaud Ph.**, Défaut de causalité : des travaux de reprise insuffisants ne sont pas la cause des désordres initiaux, *RDI* 2014, p. 411.
- Malinvaud Ph.**, Trois questions à propos des dommages évolutifs, *RDI* 2015, p. 308.
- Malinvaud Ph.**, L'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur est une condition d'application de l'article 1792, *RDI* 2015 p.310.
- Malinvaud Ph.**, Garantie décennale : la condition d'imputabilité des désordres à l'intervention d'un constructeur, *RDI* 2015, p. 420.
- Malinvaud Ph.**, À propos des éléments d'équipement dissociables : observations sur le pouvoir du juge, *RDI* 2018. 230.
- Melennec L.**, La responsabilité civile des experts judiciaires et des médecins experts en particulier, *RDSS* 1972 p.1.
- Mignot M.**, Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription, *Gaz.Pal.*, 10 sept. 2014.

**Miniato L.**, La loi du 17 juin 2008 rend- elle caduque la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ?, *D.* 2008, Chron. 2952.

**Molfessis N.**, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, *in* Colloque : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 1998, 117, p 21.

**Niel P-L.**, Empiètement et constructions sur la propriété d'autrui : bilan et perspectives du contrôle de proportionnalité, *AJDI* 2020 p.255.

**Pagès de Varenne M-L.**, Désordres affectant un complexe d'isolation et d'étanchéité : ouvrage et processus de dégradation évolutif, *Constr.-Urb.* n° 9, sept. 2008, comm. 143.

**Pagès de Varenne M-L.**, *Constr.-Urb.* n° 6, juin 2012, comm. 106.

**Pagès-de Varenne M-L.**, Étendue de la réparation du dommage décennal, *Constr. Urb.*, n° 1, janvier 2014, comm. n° 12.

**Pagès de Varenne M-L.**, Clauses excluant les conséquences de la responsabilité solidaire ou *in solidum*, *Const.-Urb.*, avril 2014, comm 47.

**Pagès-de Varenne M-L.**, En l'absence d'un contradicteur, répartition en fonction de la totalité de la dette, *Constr.-Urb.*, n° 2, février 2018, comm. 22.

**Pellier J-D.**, Nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée, pas même un consommateur, *D. actu.*, 14 déc. 2020.

**Péricaud J-F.**, L'aggravation des désordres affectant le bâtiment construit ou rénové, *Gaz.Pal.*, 25 oct. 2007, n° 298, p. 3.

**Périer J-P.**, Assurance construction, *RGDA* 2006, p. 464.

**Périnet-Marquet H.**, La réception des travaux : état des lieux, *D.* 1988. Chron. 287.

**Périnet-Marquet H.**, La responsabilité relative aux travaux sur existants, *RDI* 2000 p. 483.

**Périnet-Marquet H.**, La performance énergétique au cœur de l'actualité, *Revue Opérations immobilières*, novembre-décembre 2013.

**Périnet-Marquet H.**, *Les délais en droit de la construction*, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement *Droit et Ville*, 2018, Vol.86 (2), p.91 s.

**Périnet-Marquet H.**, La réforme de la responsabilité civile impactera-t-elle le droit de la construction ? Premier regard, *Constr.-Urb.* n°7, 8 juillet 2016, rep. 7.

**Périnet-Marquet H.**, Le dol ou le syndrome assumé de la porte étroite, *Constr.-Urb.* 2017, n°2, rep. 2.

**Praud J.-L.**, Requalifier la réception des travaux, *RDI* 2016 p.259.

- Poumarède M.**, Les actions, accessoires de l'immeuble, *JCP N.* 16 nov. 2018, 1341.
- Poumarède M.**, Performance énergétique du bâtiment : l'introuvable responsabilité ?, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement *Droit et Ville*, 2012, Vol.73 (1), p.103 s.
- Poumarède M.**, La vente immobilière au prisme de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, *RDI* 2017, p. 560.
- Ponce C.**, Le délai décennal en droit de la construction à l'heure du bilan, *Constr.-Urb.* n° 6, juin 2008, étude 7.
- Reynaud J.**, La réception des travaux en droit de la construction, *Rev. Droit et ville* 1981 n° 13.
- Robert A.**, La responsabilité civile de l'expert judiciaire, *D.* 11 avr. 2013, n° 13, p. 855.
- Roussel J.**, Assurance décennale et construction européenne, *RDI* 2010, p. 190 .
- Roussel J.**, L'assureur dommages-ouvrage doit préfinancer une réparation pérenne et efficace, *RDI* 2011, p. 509.
- Roussel J.**, L'étude Elios et l'assurance construction en Europe, *RGDA* 2012 p. 575.
- Roussel J.**, Désordres évolutifs vs réparation efficace à la charge de l'assureur dommages-ouvrage, *RDI* 2018, p. 605.
- Rouvière F.**, La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion, *LPA* 31 juill. 2009, n° 152, p. 7.
- Sabatier J.-J.**, A la recherche des existants, *Gaz.Pal.* 1995 doct p.17.
- Sénéchal J.**, La garantie des désordres et des défauts non apparents dans la vente d'immeubles à construire : des concepts sous influences, *RDI*, 2012, p. 43.
- Sénéchal J.**, Directive service et avenir de l'assurance construction française, *RDI* 2010, p.431.
- Théry Ph.**, A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs, *RTD civ.* 2005, p. 176.
- Thioye M.**, Retour sur un thème rémanent du droit de la construction : la réparabilité des dommages futurs et évolutifs, *RDI* 2004, p. 229.
- Thioye M.**, Le problème des dommages futurs et évolutifs en matière de responsabilité décennale des constructeurs , *Droit et ville*, Université de Toulouse 1, n° 63, 2007.
- Thioye M.**, La VEFA, une bombe à retardement? , *Droit et ville*, Institut des études juridiques de l'urbanisme et de la construction, n° 75, 2013.
- Thioye M.**, Responsabilité décennale et travaux (neufs) sur (ouvrages) existants, *Droit et Ville*, 2014, n° 77 fasc.1, p. 217.

**Thioye M.**, La responsabilité décennale à raison de l'impropriété de l'immeuble à sa destination, *Droit et Ville*, 2016, n° 80, fasc. 2, p.53.

**Thioye, M.**, Le contrat de « sous-traitance » dans le domaine de la construction immobilière, Sécuriser la sous-traitance, *Presses de l'Université Toulouse I Capitole*, Collection des actes de colloques de l'IFR, 2019.

**Thioye, M.**, Un bien-construction : l'ouvrage (une chose appropriée au confluent du droit des biens et du droit de la construction), Mélanges en l'honneur du Professeur Deen Gibirila, *Presses Université Toulouse I*, 2021.

**Tomasin D.**, Préjudice futur et dommages évolutifs : même combat ?, *RDI* 2001, p. 387.

**Tournafond O., J.-P. Tricoire**, Où l'on voit un défaut de conformité se métamorphoser en dommage décennal et l'impropriété à la destination s'apprécier par référence aux promesses particulières du contrat, *RDI* 2013, p.156.

**Tricoire J.-Ph.**, Défauts de conformité aux normes parasismiques et responsabilité décennale, *LPA* 12 avril 2010, p. 15.

**Tricoire J.-Ph.**, Pas d'évolution pour les dommages évolutifs..., *RDI* 2011, p.576.

**Viney G.**, Après la réforme du contrat nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité, *JCP* 2016 p. 99.

**Zavaro M.**, Les règles de l'art, *Gaz.Pal.*, 4 nov. 2000, n° 309, p. 3.

## **IV. JURISPRUDENCE**

### **Ajaccio F-X. :**

Comm. sous Civ. 3 civ. 29 mars 2018, n° 17-15.042, *Bull. civ. III*, n° 37, *BJDA* n° 57.

### **Atias C. :**

Obs. sous Civ. 3, 23 oct. 2002, n° 01-00.206, *Bull. civ. n° 207*, *D.* 2003, p. 136.

### **Beauchard J. :**

Note sous Civ. 3, 29 mars 2000, n° 98-19.505, *Bull. civ. III*, n° 67, *RGDA* 2001, p. 157.

### **Becqué-Ickowicz S. :**

Comm. sous Civ. 3, 20 mai 2015, n° 14-15.107, *Bull. civ. III* n° 48, *RDI* 2015 p.400.

Obs. sous Civ. 3, 3 juin 2015, n° 14-15.796, *Bull. civ. III* n° 55, *RDI* 2015, p. 400.

### **Béhar-Touchais M. :**

Note sous Civ. 3, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ. III*, n° 293, *RDI* 2016 p. 27.

### **Bertolaso S. :**

Obs. sous Civ. 3, 19 mars 2020, n° 19-13.459, *JCP G* 2020, 420.

### **Boulbi B. :**

Obs. sous Civ. 3, 1<sup>er</sup> févr. 1984, *RDI* 1984, p. 314.

Obs. sous Civ. 3, 13 avr. 1988 n° 86-17.824, *Bull. civ. III*, n° 67, *RDI* 1989, p.55.

Obs. sous CA Paris, 23 janv. 1990, *RDI* 1990, p. 373.

Obs. sous Civ. 3, 13 févr. 1991, n° 89-12.535, *Bull. civ. III*, n° 105, *RDI* 1991, p. 222.

Obs. sous Civ. 3, 11 mars 1992 n° 90-15.633, *Bull. civ. III*, n° 78, *RDI* 1992, p. 218.

Obs. sous Civ. 3, 17 nov. 1993, n° 92-11.026, *Bull. civ. III*, n° 146, *RDI* 1994, p. 53 et 252.

Obs. sous Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055, *Bull. civ. III*, n° 118, *RDI* 1994, p. 663.

Obs. sous Civ. 3, 9 nov. 1994, n° 92-20.804, *Bull. civ. n° 184*, *RDI* 1995, p. 106.

Note sous Civ. 3, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ. III*, n° 80, *RDI* 1995, p. 333.

Obs. sous Civ. 3, 19 juill. 1995, n° 93-21.879, *Bull. civ. III* n° 189, *RDI* 1995, p.755.

Obs. sous Civ. 3, 10 avr. 1996, n° 94-13.157, *RDI* 1996, p. 379.

Obs. sous Civ. 3, 10 juil. 1996, n° 94-19.500, *RDI* 1996, p. 578.

Obs. sous Civ. 3, 25 mars 2015, n° 13-27.584, *RDI* 2015, p. 310.

### **Cavarroc F. :**

Avis sous Ass. plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plen. n°12*, *Gaz. Pal.* 2006. 2, p. 3906.

### **Chao A. :**

Note sous Civ. 1, 2 mars 1971, n° 69-12.670, *Bull. civ I*, n°64, *D.*1971, p. 455.

### **Charbonneau C. :**

Obs. sous Civ. 3, 15 juin 2017, n° 16-19640, *P.*, *RDI* 2017, p. 409.

### **Cottet M. :**

Note sous Civ. 3, 10 juill. 2013, n° 12-21.910, *D.* 2013, p. 2448.

**Dejean de la Bâtie N. :**

Note sous Civ. 2, 1<sup>er</sup> fév. 1973, *JCP* 1974, II, n° 17882.

**Delaunay B. :**

Obs. sous CE, 31 mai 2010, n° 317006, Cne de Parnes, *RDI* 2010, p. 454.

**Delebecque Ph. :**

Note sous Ass plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plen.*, n°12, *D.* 2007 p. 1901.

Obs. sous Civ. 1, 18 déc. 1996, n° 95-10.658, *Bull. civ. I*, n° 239, *D.* 1997. somm. 289.

**Dessuet P. :**

Comm. sous Civ. 3, 25 sept. 2002, n° 00-21.614, *Bull. civ. III* n° 170, *RDI* 2003, p. 31.

**Ellul O. :**

Note sous Civ. 3, 9 janv. 1991, n° 89-15446 et 89-15463, *Bull. civ. III*, n° 11, *Gaz.pal.* 1992.1. p. 272.

**Fossereau J. :**

Note sous Civ. 3, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ. III*, n° 80, *JCP G* 1995, I, 3893, n° 31.

**Garcia F. :**

Obs. sous Civ. 3, 27 mars 2013, n°12-13.840, *Bull. civ. III*, n° 39, *D. actu.* 12 avr. 2013.

**Grountel H. :**

Comm. sous Civ. 2, 10 nov. 2009, n° 08-19.371, *RCA* 2010, n° 30.

Comm. sous Civ. 2, 3 sept. 2009, n° 08-18.068, *RCA* 2009, n° 340.

Comm. sous Civ. 3, 29 oct. 2015, n° 14-24.771, *RCA* 2016, n°6.

Comm. sous Civ. 3, 21 mars 2019, n° 17-28.021, *RCA* 2016, n° 1.

**Guérin O. :**

Comm. sous Civ. 3, 7 janv. 1981, *JCP G* n° 20, 14 Mai 2003, II 10077.

**Guinchard S. :**

Obs. sous Civ. 2, 8 oct. 1986, *Bull. civ. II*, n° 146, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 337.

**D'Hauteville A. :**

Obs. sous Civ. 1, 12 mai 1993, n° 90-14.444, *Bull. civ. I* n°161, *RGAT* 1993, p.834.

**Heugas-Darraspen H. :**

Obs. sous Civ. 1, 19 mars 2002, n° 00-11.907, *Bull. civ. III* n° 102, *AJDI* 2002. 867.

**Jestaz. P:**

Obs. sous Civ. 3, 24 oct. 1984, *Gaz.pal.* 1995, pan. p. 39.

**Karila J-P. :**

Obs. sous Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055, *Bull. civ. III*, n° 118, *RDI* 1994, p. 663.

Note sous Civ. 3, 16 mai 2001, n° 99-15.062, *Bull. civ. III*, n° 62, *D.* 2002, Jur. p 833

Note sous Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *Bull. civ.* III, n° 83, *D.* 2001, p. 2995

Note sous Civ. 3, 17 déc. 2003, n° 01-17.608, *Bull. civ.* III, n° 234, *RGDA* 2004, p. 100.

Note sous Civ. 3, 17 déc. 2003, n° 02-19.034, *Bull. civ.* III, n° 232, *RGDA* 2004, p. 102.

Note sous Civ. 3, 21 mai 2008, n° 07-13.561, *Bull. civ.* 2008, III, n° 91, *RGDA* 2008, p. 639.

**Lacoste N. :**

Obs. sous Civ. 3e civ. 29 mars 2018, n° 17-15.042, *Bull. civ.* III, n° 37, *RLDC*, mai 2008 n° 159.

**Leguay G. :**

Obs. sous Civ. 3, 30 mars 1994, n° 92-11.996, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 1994, p. 673.

Obs. sous Civ. 3, 19 juin 1996, n° 94-17.497, *Bull. civ.* III, n° 149, *RDI* 1996 p. 592.

**Liet-Veaux G. :**

Note sous Civ. 3, 10 juil. 1978, n° 77-12.595, *Bull. civ.* III, n° 285, *JCP* 1978. II. 19130.

**Malinvaud P. :**

Obs. sous Civ. 3, 1<sup>er</sup> févr. 1984, *RDI* 1984, p. 314.

Obs. sous Civ. 3, 13 avr. 1988 n° 86-17.824, *Bull. civ.* III, n° 67, *RDI* 1989, p.55. et 58 .

Obs. sous Civ. 3, 21 févr. 1990, n° 88-10.623, *RDI* 1990, p. 372.

Obs. sous Civ. 3, 13 févr. 1991, n° 89-12.535, *Bull. civ.* III, n° 105, *RDI* 1991, 222.

Obs. sous Civ. 3, 11 mars 1992 n° 90-15.633, *Bull. civ.* III, n° 78, *RDI* 1992, p. 218.

Obs. sous Civ. 3, 18 nov. 1992, n° 91-12.797, *Bull. civ.* III, n° 297, *RDI* 1993, p.84.

Obs. sous Civ. 3, 17 nov. 1993, n° 92-11.026, *Bull. civ.* III, n° 146, *RDI* 1994, p. 53 et 252.

Obs. sous Civ. 3, 9 nov. 1994, n° 92-20.804, *Bull. civ.* n° 184, *RDI* 1995, p. 106.

Obs. sous Civ. 3, 8 juin 1994, n° 92-18.055, *Bull. civ.* III, n° 118, *RDI* 1994, p. 663.

Note sous Civ. 3, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ.* III, n° 80, *RDI*. 1995, p. 333.

Obs. sous Civ. 3, 19 juill. 1995, n° 93-21.879, *Bull. civ.* III n° 189, *RDI* 1995, p. 755.

Obs. sous Civ. 3, 10 avr. 1996, n° 94-13.157, *RDI* 1996, p. 379.

Obs. sous Civ. 3, 10 juil. 1996, n° 94-19.500, *RDI* 1996. 578.

Note sous Civ 3, 30 juin 1998, 96-20.789, *RDI*. 1999, p. 105.

Obs. sous Civ. 3, 9 déc. 1998, n° 97-13.416, *RDI* 1999, p. 106.

Obs. sous Civ. 3, 7 févr. 2001, n° 99-17.535, *Bull. civ.* III, n° 14, *RDI* 2001, p. 176.

Obs. sous Civ. 3, 14 nov. 2001, n° 00-12.737, *RDI* 2002, p. 86.

Obs. sous Civ., 3, 20 juin 2001, n° 99-20.245, *RDI* 2001, p.519.

Obs. sous Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *Bull. civ.* III, n° 83, *RDI* 2001, p. 525.

Obs. sous Civ. 3, 26 juin 2002, n° 00-21.638, *Bull. civ.* III, n° 149, *RDI* 2002, p. 419.

Obs. sous Civ. 3, 10 juill. 2002, n° 01-02.243, *Bull. civ.* III n° 159, *RDI* 2002, p. 420.

Obs. sous Civ. 3, 29 janv. 2003, n° 01-13.034 et n° 01-14.698, *RDI* 2003, p.185.

Note sous Civ. 3, 18 juin 2003, n° 96-22.340, , *RDI* 2003, p. 467.

Obs. sous Civ. 3, 18 févr. 2004, n° 02-12.205, *RDI* 2004, p. 198.

Obs. sous Civ. 3, 22 sept. 2004, n° 03-10.923, *Bull. civ.* III, n°152, *RDI* 2004, p. 569.

Note sous Civ. 3, 11 mai 2004, n° 02-16.569, *RDI* 2004, p. 383.

Obs. sous Civ. 3, 22 juin 2005, n° 04-14.587, *RDI* 2005, p.338.

Obs. sous Civ. 3, 6 déc. 2005, n° 04-18.643, *RDI* 2006, p. 137.

Obs. sous Civ. 3, 11 mai 2006, n° 04-20.426, *Bull. civ.* III, n° 119, *RDI* 2006, p. 312.

Obs. sous Civ. 3, 24 mai 2006, n° 05-12.482, *RDI* 2006, p. 378.

Obs. sous Ass.plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plen.* n°12, *RDI* 2006, p. 502.

Obs. sous Civ. 3, 31 janv. 2007, n° 05-19.340, *RDI* 2007, p. 162.

Obs. sous Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-14.505, *Bull. civ.* III, n° 99, *RDI* 2009, p. 426.

Obs. sous Civ. 3, 8 sept. 2009, n° 08-17.336, *Bull. civ.* n° 179, *RDI* 2009, p. 599.

Obs. sous Civ. 3, 18 nov. 2009, n° 08-13.673, *Bull. civ.* III, n° 250, *RDI* 2010, p. 111.

Obs. sous Civ. 3, 16 nov. 2010, n° 10-10.828, *RDI* 2011, p. 285.

Obs. sous Civ., 3, 11 mai 2011, n° 10-11.713, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 2011, p. 405.



Note sous Civ. 3, 12 juin 2013, n° 11-12.283, *RDI* 2013, p. 438.  
Obs. sous Civ. 3, 23 oct. 2013, n° 12-24.201, *Bull. civ.* III, n° 133, *RDI* 2014, p. 49.  
Obs. sous Civ. 3, 25 mars 2015, n° 13-27.584, *RDI* 2015, p. 310.  
Obs. sous Civ. 3, 5 janv. 2017, n° 15-22.772, *RDI* 2017, p. 155.  
Obs. sous Civ. 3, 20 avr. 2017, n°16-11.724, *RDI* 2017, p. 300.

**Mazeaud H. :**

Note sous Req. 1er juin 1932, *DP* 1932, 1. 102, rapp. Pilon ; *S.* 1933. 1. 49.

**Mazeaud J. :**

Note sous Civ. 3, 18 déc. 1972, *D.* 1973, p. 272.

**Miel J. :**

Comm. sous Civ. 3, 4 mars 2021, n°19-20.280, *BJDA* n° 74, Mars 2021.

**Moussa T. :**

Obs. sous Civ. 2e, 8 oct. 1986, *Bull. civ.* II, n° 146, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 337.

**Pagès-de-Varenne M-L. :**

Comm. sous Civ. 3, 18 juin 2008, n° 07-12.977, *Bull. civ.* III, n° 106, *Constr.-Urb.* 2008, 143.  
Obs. sous Civ. 2, 19 juin 2008, n° 07-15.343, *Bull. civ.* II, n° 143, *Constr.-Urb.* 2008, 144.  
Comm. sous Civ. 3, 19 nov. 2008, n° 07-17.549, *Constr.-Urb.* 2009, 13.  
Comm. sous Civ. 3, 8 sept. 2010, n° 08-22.062, *Bull. civ.* III, n° 148, *Constr.-Urb.* 2010, 142.  
Comm. sous Civ. 3, 4 nov. 2010, n° 09-12.988, *Constr.-Urb.* 2011, 12.  
Obs. sous Civ. 3, 8 juin 2011, n° 09-69.894, *Bull. civ.* III n° 93, *Constr.-Urb.* 2011. 131.  
Obs. sous Civ. 3, 14 déc. 2011, n° 10-25.178, *Bull. civ.* III, n° 214, *Constr.-Urb.* 2012, n° 32.  
Comm. sous Civ. 3, 13 févr. 2013, n° 11-28.376, *Constr.-Urb.* 2013, 59.  
Comm. sous Civ. 3, 16 avr. 2013, n° 12-18.230, *Constr.-Urb.* 2013, 88.  
Comm. sous Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 15-24.289, *Constr.-Urb.* 2017, 9.  
Obs. sous Civ. 3, 16 nov. 2017, n° 16-11.052, *Constr.-Urb.* 2018, 8.  
Obs. sous Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-15.833, *Constr.-urb.* 2020, 132.  
Obs. sous Civ. 3, 16 nov. 2017, n° 16-11.052, *Constr.-Urb.* 2018, 8.  
Comm. sous Civ. 3, 21 mars 2019, n° 17-28.021, *Constr.-Urb.* 2019, 63.  
Comm. sous Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-15.833, *Constr.-Urb.* 2019, 32.  
Comm. sous Civ. 3, 27 juin 2019, n° 18-14.786, *Constr.-Urb.* 2019, 124.

**Pelet P. :**

Obs. sous Civ. 3, 30 janv. 2019, 18-10.197 ; 18-10.699, P., *D. actu.* 21 févr. 2019.

**Penneau J. :**

Obs. sous CA Lyon, 4 mars 1981, *D.* 1982, p. 271.

**Pericaud J-F. :**

Obs. sous Civ. 3, 25 oct. 1977, n° 76-10.236, *Bull. civ.* III n° 353., *Gaz.Pal.*, 25 oct. 2007.

**Périnet-Marquet H. :**

Obs. sous Civ. 3, 9 nov. 1994, n° 92-20.804, *Bull. civ.* n° 184, *RGAT* 1995, p. 124.  
Obs. sous Civ. 3, 27 avr. 1994, n° 92-17.658, *RGAT* 1994. 831.  
Note sous, Civ. 3, 30 avr. 2002, n° 00-15645, *RGDA* 2002, p. 726.  
Note sous Civ. 3, 4 juin 2009, n° 08-13.239, *Bull. civ.* III, n° 130, *Deffrénois* 2010, p. 229.

**Pietrila J-P. :**

Note sous CE, 31 mai 2010, n° 317006, Cne de Parnes, *CMP* 2010, n° 8-9, p.23.

**Poumarède M. :**

Obs. sous Civ. 3, 19 sept. 2019, n° 18-16.986, *RDI* 2019 p.627.

**Puig P. :**

Note sous Ass.plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plen.* n°12, *RDC* 2007 p. 410.

**R. Raffi :**

Obs. sous Civ. 3, 30 mars 1994, n° 92-11.996, *Bull. civ.* III, n° 70, *RDI* 1994. 673.

**Rias N.:**

Obs. sous Civ. 3, 12 nov. 2020, n° 19-18.213, *Gaz. Pal.*, 8 déc 2020 n° 392.

**Savetier R.:**

Note sous Civ. 2, civ., 28 oct. 1954, *Sem. Jur.* 1955.II., 8765.

**Tomasin D.:**

Obs. sous Civ. 3, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ. III*, n° 293, *RDI* 2016 p. 27.

**Tournafond O. :**

Obs. sous Ass. plen. 27 oct. 2006, n° 05-19.408, *Bull. civ. ass. plen.* n°12, *RDI* 2007. 89.

Note sous Civ. 3, 4 juin 2009, n° 08-13.239, *Bull. civ.* III, n° 130, *RDI* 2009, p. 474.

Note sous Civ. 3, 8 sept. 2010, n° 08-22.062, *Bull. civ.* III, n° 148, *RDI* 2010, p. 559 .

Note sous Civ. 3, 13 févr. 2013, n° 11-28.376, *RDI* 2013, p. 329.

**Tricoire J-Ph. :**

Note sous Civ. 3, 4 nov. 2010, n° 09-12.988, *RDI* 2011, p. 116.

Note sous Civ. 3, 13 févr. 2013, n° 11-28.376, *RDI* 2013, p. 329.

Obs. sous Civ. 3, 27 mars 2013, n°12-13.840, *Bull. civ.* III, n° 39, *RDI* 2013 p. 373.

**Van Lang A. :**

Obs. sous CE. 23 juil. 2014, n° 369964, *RDI* 2015 p. 56, obs.

**Viney G. :**

Note sous Civ. 3, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ.* III, n° 80, *JCP G* 1995, I, 3893, n° 31.

**Weber J-F. :**

Concl. sous Civ. 3, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *Bull. civ. III*, n° 83, *D.* 2001, p. 2995.

## **V. LOIS, ORDONNANCES, DECRETS, RAPPORTS**

Discussion du projet de Code civil, Séance du Conseil d'État du 14 nivôse an XII (15 janvier 1804).

Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

Loi « *Spinetta* », n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978, rapport du 1er avr. 1987.

Loi « *Spinetta* » n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Directive n° 99/44/CE du Parlement européen et du conseil, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

Ordonnance n° 2005-36, 17 févr. 2005 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur.

Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts.

Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

Rapport annuel d'activités Cour de cassation 2006, p.324.

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV), COM 2011, 635 final, 11 oct. 2011.

Réponse ministérielle, J.O., 3 mai 2011, p. 4564.

Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution.

Décret n° 2012-111 du 27 janvier 2012 relatif à l'obligation de réalisation d'un audit énergétique pour les bâtiments à usage principal d'habitation en copropriété de cinquante lots ou plus et à la réglementation thermique des bâtiments neufs, JORF n°0025 du 29 janvier 2012.

Loi dite « ELAN », n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

Ordonnance n°2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre Ier du code de la construction et de l'habitation

# INDEX

*Les chiffres indiqués ci-dessous renvoient aux numéros de paragraphes.*

## A

**Achèvement des travaux** : 18

**Acquéreur** : 13 s.

**Action** : 97 s.

- contractuelle : 178 s., 189
- au fond : 101.
- délictuelle : 190
- subrogatoire : 188, 135

**Absence d'ouvrage** : 72

**Architecte** : 1, 68, 121, 135, 188

**Assignation** : 100 s.

- au fond : 101 s.
- en référé : 103 s.
- désordre évolutif : 133, 168

**Assurance** :

- de responsabilité : 2, 135, 206
- domaine : 135 s.
- dommages-ouvrage (efficacité de la réparation) : 137
- double détente : 2
- obligation : 2, 135 s.
- reconnaissance de garantie : 92

## B

**Bâtiment** : 36, 39

## C

**Causalité** : 64

**Constructeurs** : 3 s.

**Contrat de louage d'ouvrage** : 14

**Copropriété** : 100

**Clause limitative de responsabilité** : 19, 156

## D

**Défaut de conformité** : 29, 44

**Défaut d'isolation phonique** : 44

**Délai décennal** :

- interruption : 97 s.
- nature : 82 s.
- point de départ : 16

**Demande en justice** :

- demande au fond : 101
- déclaration de sinistre : 98

**Désordre** :

- caché : 132
- désordre de construction : 55, 265

**Désordre évolutif** :

- critères : 155 s.
- distinction : 132
- esthétique : 133, 144

**Désordre futur**

- définition : 55
- préjudice futur : 53

**Domage** : V. désordre

**Domage intermédiaire** : 144

## **E**

**Effet de purge de la réception** : 16

**Élément d'équipement dissociables/ indissociables** : 39, 41

**EPERS** : 11, 104

**Expert** :

- mission : 58 s.
- responsabilité : 66 s.

**Existants** : 37, 146

## **F**

**Faute** : 73, 120 s., 123 s.

**Forclusion** (délai de) : 82 s.

## **G**

**Garantie de parfait achèvement** : 16

**Garantie décennale** :

- bénéficiaires : 13
- débiteurs : 3
- fondements : 1
- gravité décennale : 34 s.
- responsabilité (terme équivalent) : 14
- vice : 27

## **I**

**Impropriété à destination de l'ouvrage** : 40 s.

**Imputabilité** : 67

**Intérêt à agir** : 100 s., 180 s.

## **L**

**Livraison** : 15

**Louage d'ouvrage** : V. contrat

## **M**

**Maître d'ouvrage** : 13

**Mandataire** (*débiteur de la garantie*) : 3

## **N**

**Non-conformité** : V. défaut de conformité

**Norme AFNOR** : 17, 189

## **O**

**Obligation de moyens/résultat** : 63, 121

**Obligation *in solidum*** : 184 s.

**Ordre public** : 83, 93, 186

**Ouvrage** : 14

## **P**

**Performance énergétique** : 46

**Préjudice futur** : 53

**Prescription** :

- décennale : 83
- forclusion : 82, 84
- réforme : 19, 82, 84

**Présomption de responsabilité** : 1, 28, 67

## **R**

**Réception** :

- achèvement des travaux : 18
- effets : 16
- modalités : 17
- nature juridique : 15
- partielle : 18

**Référé** : 103 s.

**Réforme du droit des contrats** : 75, 204

**Réforme de la responsabilité civile** : 202

**Règlementation thermique** : 47

**Règles de l'art** : 30 s., 117

**Rénovation (travaux de)** : 37, 47

**Réparation :**

- anticipation : 71
- dommage intermédiaire : 144
- intégrale : 71
- nature : 73 s.
- réitération : 133 ; 141
- vétusté : 72

**Responsabilité décennale :**

- *in solidum* : 184 s.
- reconnaissance de : 91 s.
- recours entre coobligés : 188 s.
- V. aussi garantie décennale

**S**

**Solidité de l'ouvrage** : 35 s.

**Sous-traitant** : 12

**T**

**Transaction** : 142

**Travaux :**

- de reprise : 137, 146 s.
- sur existants : 37

**V**

- **VEFA** : 9
- **Vice** : 27
- **Vente** : 6 s.





# TABLE DES MATIERES

<b>Remerciements</b> .....	<b>5</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>7</b>
<b>Liste des abréviations</b> .....	<b>9</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>13</b>
<b>PREMIERE PARTIE</b> .....	<b>41</b>
<b>L'ANTICIPATION DE LA REPARATION A TRAVERS LE DOMMAGE FUTUR STRICTO SENSU</b> .....	<b>41</b>
<i>TITRE I</i> .....	43
<i>LA REPARATION ENCADREE D'UN DESORDRE A LA DECENNALITE ENCORE LATENTE</i> .....	43
CHAPITRE I : LA NATURE DU DESORDRE DESTINE A SE REALISER .....	45
Section 1 : La qualification du dommage voué à apparaître .....	45
§1 La nécessité d'une rigueur terminologique .....	46
§2 La nécessité d'une définition extensive du terme de dommage .....	53
Section 2 : La nature du désordre voué à apparaître .....	57
§1 La décennialité du désordre à travers l'appréciation jurisprudentielle rigoureuse de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou à l'un de ses éléments d'équipements indissociables .....	58
A) La protection du maître de l'ouvrage à travers la recherche d'un ouvrage stable .....	58
B) La protection du maître de l'ouvrage à travers la recherche d'une solidité de l'élément d'équipement indissociable .....	66
§2 La décennialité du désordre à travers l'appréciation jurisprudentielle extensive de l'impropriété à la destination de l'ouvrage .....	69
A) La prudente appréciation in abstracto de l'impropriété à la destination de l'ouvrage .....	70
B) Les écueils d'une appréciation in concreto de l'impropriété à la destination de l'ouvrage .....	77
CONCLUSION DE CHAPITRE .....	95
CHAPITRE II : LA REPARABILITE DU DESORDRE DESTINE A SE REALISER .....	97
Section 1 : La transposition de la théorie classique du préjudice futur .....	97
§1 L'admission traditionnelle du préjudice futur mais néanmoins certain .....	97
A) L'adaptation originaire du caractère certain à un préjudice futur .....	98
B) L'adaptation du dommage de construction au mécanisme du préjudice futur .....	101
§2 Le rôle prépondérant de l'expert judiciaire dans l'appréciation du dommage futur .....	105
A) L'amplitude des missions de l'expert judiciaire justifiant la mise en jeu de sa responsabilité .....	105
B) Une mise en jeu des responsabilités de l'expert judiciaire encore timide .....	110
Section 2 : La théorie du dommage futur soutenue par le principe de réparation intégrale du désordre imputable au constructeur .....	122
§1 L'imputabilité du dommage futur au constructeur .....	122
§2 L'indemnisation du dommage futur par le principe de réparation intégrale .....	126
A) Le principe de la réparation intégrale permettant une réparation par avance du dommage futur .....	127
B) La forme réparatoire répondant au principe de la réparation intégrale .....	130
CONCLUSION DE CHAPITRE .....	135
CONCLUSION DE TITRE .....	137
<i>TITRE II</i> .....	139

<i>LE MOMENT EFFECTIF DE LA DECENNALISATION DU DESORDRE RESTREIGNANT L'ACCES A LA REPARATION</i>	139
.....	139
CHAPITRE I : LE TRAITEMENT DES MANIFESTATIONS PREMIERES DU DESORDRE .....	141
Section 1 : L'exigence d'une dénonciation des désordres dans un délai décennal de nature mixte .....	141
§1 La singularité du délai décennal résidant dans sa nature hybride.....	142
§2 La nécessité d'une définition textuelle précisant la nature du délai décennal .....	147
Section 2 : Les évènements interruptifs du délai décennal permettant la réparation du dommage futur	
.....	154
§1 Les agissements du constructeur interrompant le délai décennal .....	155
A) Domaine de la reconnaissance de responsabilité .....	155
B) Conditions et effets de la reconnaissance de responsabilité .....	159
§2 L'action du maître de l'ouvrage interrompant le délai décennal .....	162
A) Les procédures initiées par le maître de l'ouvrage interrompant le délai légal .....	162
B) Les effets de l'interruption causée par le maître de l'ouvrage.....	169
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	175
CHAPITRE II : LE TRAITEMENT DE L'APPARITION EFFECTIVE DU DESORDRE .....	177
Section 1 : Les circonvolutions jurisprudentielles quant à la détermination du moment de réalisation	
du désordre.....	177
§1 L'ancienne solution libérale quant à la détermination du moment de réalisation du désordre	
.....	178
§2 La solution actuellement restrictive de la détermination du moment de réalisation du	
désordre .....	181
Section 2 : Les conséquences de l'absence de réalisation du désordre durant le délai décennal .....	188
§1 La théorie des dommages intermédiaires palliant l'absence de gravité décennale dans le délai	
.....	188
§2 Le dol palliant l'absence de gravité dans le délai décennal .....	193
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	199
CONCLUSION DE TITRE .....	201
<i>CONCLUSION PREMIERE PARTIE.....</i>	<i>203</i>
<b>DEUXIEME PARTIE .....</b>	<b>205</b>
<b>LA REITERATION DE LA REPARATION A TRAVERS LES DESORDRES EVOLUTIFS LATO SENSU.....</b>	<b>205</b>
<i>TITRE I.....</i>	<i>207</i>
<i>L'EXISTENCE D'UN DESORDRE A LA DECENNALITE DEJA PATENTE.....</i>	<i>207</i>
CHAPITRE I : LA SINGULARITE RELATIVE DE LA NOTION DE DOMMAGE EVOLUTIF .....	209
Section 1 : L'ampleur du désordre initialement dénoncé, facteur de distinction du dommage futur et	
du dommage évolutif.....	209
§1 Critères de la distinction.....	210
§2 Prise en charge assurantielle différenciée .....	217
Section 2 : La question d'une mutation d'un désordre futur en un désordre évolutif à raison d'une	
réparation infructueuse .....	223
§1 Conséquences du désordre mal évalué.....	224
§2 Conséquences du désordre mal réparé.....	232
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	241
CHAPITRE II : LA CLARTE RELATIVE DU REGIME APPLICABLE AU DOMMAGE EVOLUTIF .....	243
Section 1 : L'évolution des critères d'identification du désordre évolutif .....	243
§1 La supposée prééminence passée d'une continuité matérielle des désordres.....	243
§2 La supposée prééminence d'une continuité géographique des désordres .....	249
Section 2 : La pérennité incertaine du critère privilégié d'identification du désordre évolutif .....	253
§1 Le renouveau du critère de l'identité de cause menaçant le maintien de l'identité de siège du	
désordre .....	254
§2 L'incertitude des critères œuvrant au service de la lutte contre une responsabilité décennale	
perpétuelle .....	258
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	263

CONCLUSION DE TITRE .....	265
TITRE II .....	267
LE DESORDRE EVOLUTIF : MECANISME SOUS INFLUENCES.....	267
CHAPITRE I : LES IMPLICATIONS PROCEDURALES DU DESORDRE EVOLUTIF .....	269
Section 1 : La transmission de l'action en réparation du désordre évolutif.....	269
§1 La transmission de l'action à l'épreuve des dogmes juridiques .....	269
§2 La transmission de l'action à l'épreuve d'une application axiomatique par la jurisprudence	273
Section 2 : Rapports réciproques entre coobligés .....	279
§1 Le principe d'une responsabilité <i>in solidum</i> des constructeurs.....	280
§2 Les recours des coobligés <i>in solidum</i> .....	284
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	291
CHAPITRE II : PERSEPCTIVES D'EVOLUTION DE REGIME DU DESORDRE EVOLUTIF .....	293
Section 1 : Les risques et opportunités d'une liberté inconditionnée des juges dans l'élaboration du régime du désordre évolutif .....	293
§1 L'instrumentalisation de l'autorité de la chose jugée bénéficiant au maître de l'ouvrage ....	294
§2 L'insécurité juridique de l'ensemble des acteurs en raison d'une activité jurisprudentielle en constante modulation .....	299
Section 2 : Les risques et opportunités d'un large contexte légal sur le régime des désordres évolutifs .....	304
§1 Les impacts sur la garantie décennale et les désordres évolutifs du projet de réforme de la responsabilité civile .....	305
§2 Les impacts sur la garantie décennale et les désordres évolutifs du droit de l'Union européenne .....	311
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	317
CONCLUSION DE TITRE .....	319
CONCLUSION DEUXIEME PARTIE .....	321
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>323</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>327</b>
I. Dictionnaires, encyclopédies juridiques mélanges et répertoires .....	327
II. Ouvrages, manuels, thèses .....	328
III. Articles de revues et chroniques .....	331
IV. Jurisprudence.....	340
V. Lois, ordonnances, décrets, rapports.....	345
<b>Index .....</b>	<b>347</b>
Table des matières.....	351





## Résumé

Si le consommateur commun reçoit un régime de protection confinant parfois à une quasi-déresponsabilisation, le consommateur immobilier doit *a fortiori* pouvoir bénéficier d'une protection à la mesure des risques économiques qu'il encourt, compte tenu du coût élevé de la construction et de celui d'éventuelles réparations pour des désordres qui pourraient intervenir.

En effet, l'ouvrage n'est pas à l'abri de subir des désordres au cours de sa vie et la réception de ce dernier ne saurait à elle seule dispenser le constructeur de toute responsabilité postérieure. Ainsi, la garantie décennale a vocation à permettre la réparation des désordres les plus graves affectant l'ouvrage, dans le délai de dix ans suivant sa réception. La fonction du délai décennal procède alors d'une double logique protectrice. Du point de vue du maître de l'ouvrage, il permet à ce dernier de mettre à l'épreuve la solidité et la fonctionnalité de l'immeuble durant une période suffisamment longue. Du point de vue du constructeur, l'expiration du délai décennal fait office de preuve de la qualité de l'ouvrage et met fin à sa responsabilité décennale.

Néanmoins, une malfaçon née à l'intérieur du délai de la garantie peut tout à fait se mouvoir dans le temps, soit en s'intensifiant progressivement soit en se répétant. Le maître de l'ouvrage subissant ce type de désordres aussi graves qu'ondoyants, se trouverait en grande difficulté si la jurisprudence s'en était tenue à une rigueur absolue de la nature de délai d'épreuve attachée à la garantie légale. À cet égard, les désordres futurs et évolutifs constituant l'angle mort des textes régissant la garantie décennale, font l'objet d'un régime d'ordre exclusivement prétorien, ce qui n'est pas sans poser de nombreuses difficultés.

**Mots clés :** garantie décennale, désordres futurs, désordres évolutifs, délai

---

## Summary

If the common consumer receives a system of protection sometimes bordering on a quasi-discharge, the real estate consumer must be able to profit from a protection with the measurement of the economic risks which it incurs, taking into account the high cost of construction and that of possible repairs for the disorders which could intervene.

Indeed, the building is not safe from suffering from disorders during its life and its acceptance would not know how to exempt the builder from any later responsibility. Thus, the decennial warranty is intended to allow the repair of the most serious disorders affecting the work within ten years following its acceptance. The function of the ten-year period is thus based on a double protective logic. From the point of view of the client, it allows the client to test the solidity and functionality of the building for a sufficiently long period. From the builder's point of view, the expiration of the ten-year period serves as proof of the quality of the work and puts an end to his ten-year liability.

Nevertheless, a defect born within the time limit of the guarantee can completely move in time, either by gradually intensifying or by repeating itself. The client who suffers from this type of serious and undulating disorder would be in great difficulty if the jurisprudence had kept to an absolute rigor of the nature of the trial period attached to the legal warranty. In this respect, since future and evolving disorders constitute the blind spot of the texts governing the ten-year warranty, their regime is exclusively praetorian, which is not without its difficulties.

**Keywords :** decennial warranty, future damages, evolving damages, time lim

