

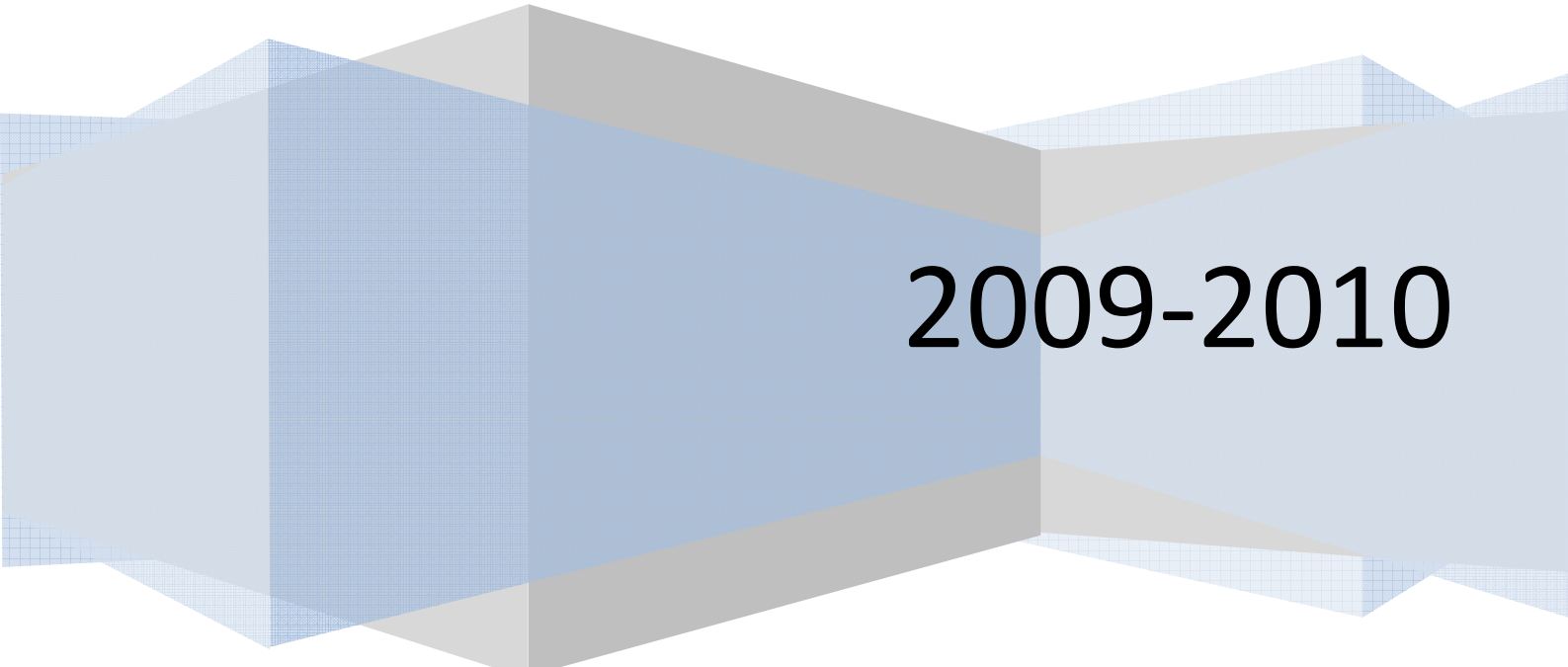
FDEG

Le sort du maître de l'ouvrage en cas de défaillance du constructeur

Droit de l'immobilier et de son financement

DEBENNE Anthony

sous la direction de M. LEFEBVRE



2009-2010

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	3
PARTIE 1 : L'INEXECUTION DU CONTRAT DE CONSTRUCTION PAR LE CONSTRUCTEUR : CONSEQUENCES ET SOLUTIONS POUR LE MAITRE DE L'OUVRAGE	6
CHAPITRE 1: LA PERIODE D'OBSERVATION ET SES CONSEQUENCES SUR LE MAITRE DE L'OUVRAGE	7
<i>Section 1 : La parfaite exécution du contrat de construction</i>	<i>8</i>
<i>Section 2 : Le délicat recouvrement des créances de sommes d'argent par le maître de l'ouvrage.....</i>	<i>20</i>
CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE DES SURETES DU DOMAINE DE LA CONSTRUCTION	32
<i>Section 1 : La délicate détermination de la nature des suretés applicables au domaine de la construction.....</i>	<i>32</i>
<i>Section 2 : Les modalités de mise en œuvre des garanties du secteur de la construction en cas de défaillance du constructeur</i>	<i>40</i>
PARTIE 2 : LA PROTECTION ACCRUE DU MAITRE DE L'OUVRAGE FACE A LA MAUVAISE EXECUTION DES TRAVAUX: L'ASSURANCE CONSTRUCTION.....	49
CHAPITRE 1: L'ASSURANCE DOMMAGES-OUVRAGE COMME OUTIL DE PROTECTION DU MAITRE DE L'OUVRAGE ...	51
<i>Section 1 : L'autonomie de l'assurance dommages-ouvrage protectrice du maître de l'ouvrage.....</i>	<i>51</i>
<i>Section 2 : L'efficacité de la garantie en raison de son étendue temporelle.....</i>	<i>61</i>
CHAPITRE 2 : LES LIMITES A LA PROTECTION DU MAITRE DE L'OUVRAGE	72
<i>Section 1 : Les conditions de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage.....</i>	<i>72</i>
<i>Section 2 : La neutralisation de la garantie pour faute</i>	<i>77</i>
CONCLUSION GENERALE	83
BIBLIOGRAPHIE.....	85

INTRODUCTION

L'immobilier est le secteur économique dans lequel les effets de la crise ont été les plus virulents. Bien entendu, le gel des prêts bancaire a annihilé toute transaction portant sur un immeuble en raison du coût qu'un tel achat implique pour l'acquéreur, mais il a également fortement compromis les chances des propriétaires de vendre leur bien immobilier, si bien que tout réinvestissement des fonds était très conditionnel.

Outre la perte pour l'Etat d'une manne financière importante en raison de la fiscalité grevant les ventes immobilières, les constructeurs ont eux aussi considérablement subi les effets de la crise. Alors que nombre d'entre eux ont dû se résigner à céder les derniers actifs de leur entreprise, d'autres se partagent les rares contrats émanant de quelques maîtres d'ouvrage disposant de capitaux plus que convenable justifiant l'attribution d'un prêt bancaire, ou ont réussi à céder leur bien immobilier là où d'autres vendeurs ont échoué.

Hormis ces deux hypothèses, peu de personnes disposent actuellement des fonds nécessaires pour lancer un tel projet de construction qui nécessitent des moyens financiers importants. En raison des difficultés économiques qui ravagent les entreprises de construction, nombre d'entre elles ont déjà disparu.

Ce constat suppose des problèmes pour les contrats en cours puisque les faillites de constructeurs entraînent des conséquences en cascade. En effet, le maître de l'ouvrage va devoir faire face à l'abandon de chantier du constructeur et aspire à terminer les travaux le plus rapidement possible.

Par ailleurs, le maître de l'ouvrage qui subit des malfaçons grevant son immeuble va naturellement se retourner contre l'entreprise qui a édifié l'ouvrage. Ici aussi, il pourrait se retrouver dénué de toute solution en cas de faillite de ce dernier qui ne pourrait assumer la réparation des désordres.

Pourtant, les dommages affectant les ouvrages ne sont pas des préjudices marginaux. Alors que les délais pour exécuter les travaux sont relativement

courts, les constructeurs ont une fâcheuse tendance à favoriser la rapidité des travaux en dépit de leur qualité. De plus, avant 1998, aucun diplôme n'était requis pour exercer la profession de constructeur, favorisant le développement d'entreprises de construction dépourvues de toute connaissance en la matière. Le résultat est sans appel et en raison du nombre effarant de malfaçons grevant les immeubles, le législateur est intervenu en instaurant un niveau d'étude minimal pour pouvoir exercer une telle profession, tout en autorisant les entreprises créées avant cette date de poursuivre leur activité.

Il ne fait nul doute que le nombre de désordres affectant les immeubles ne devraient pas fortement diminuer, suscitant en conséquence des interrogations quant à la protection réelle du maître de l'ouvrage dans de pareilles circonstances.

Pour ces raisons, le législateur a jugé bon de créer un domaine à l'intérieur duquel le maître de l'ouvrage serait protégé contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat de construction. Appelé le secteur protégé du logement par opposition au secteur libre, il est subordonné à l'existence de trois conditions cumulatives, conformément à l'article L. 261-1 du Code de la Construction et de l'Habitation. Premièrement, l'immeuble doit être à usage d'habitation ou mixte d'habitation et professionnel. Le régime du secteur protégé trouve à s'appliquer pour un immeuble collectif dont dix pour cent de la superficie est affecté à l'un des deux usages susvisés. Deuxièmement, le constructeur doit procurer directement ou indirectement le terrain sur lequel il édifiera ledit immeuble. Troisièmement, le maître de l'ouvrage doit avoir versé des fonds avant l'achèvement de l'immeuble.

La qualification de secteur protégé rend impératives les règles légales qui sont en dehors de ce domaine supplétives. Dans le cadre des développements subséquents, la protection du maître de l'ouvrage sera abordée dans le cadre de ce secteur.

En conséquence, le maître de l'ouvrage bénéficiera de ces règles légales impératives pour lui permettre d'obtenir soit la parfaite exécution du contrat, soit la réparation des désordres survenant après la réception des travaux, le protégeant ainsi contre la défaillance du constructeur.

Cette défaillance s'entend de tous les cas où le constructeur ne pourra pas respecter ses engagements contractuels en raison de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre ou encore d'un abandon de chantier en dépit de son engagement contractuel de réaliser les travaux prévus. Mais le constructeur sera également défaillant lorsque, subséquemment à la réalisation des travaux, des désordres se manifestent subodorant une erreur de sa part dans l'édification de l'ouvrage.

La défaillance du constructeur suscite des interrogations quant à l'efficacité du dispositif législatif mis en place pour protéger le maître de l'ouvrage. Si le constructeur se trouve dans l'impossibilité de terminer les travaux, quelles solutions s'offrent au maître de l'ouvrage ? Est-il tenu de poursuivre l'exécution du contrat avec le même cocontractant ou peut-il demander à une tierce personne de se substituer à lui afin d'achever les travaux le plus rapidement possible ? Par ailleurs, en cas de mauvaise exécution des prestations, le maître de l'ouvrage ne bénéficie-t-il pas de la faculté de faire réaliser les travaux de réparations par un autre constructeur ? Afin de ne pas aggraver le désordre, on peut se demander si le droit n'organise pas un mécanisme permettant une réparation rapide des dommages.

Le maître de l'ouvrage désireux d'obtenir la parfaite exécution du contrat de construction peut être confronté à deux difficultés qui peuvent d'ailleurs se cumuler. Toutefois, dans le cadre du secteur protégé du logement, qu'il subisse l'inexécution du contrat (Partie 1) ou sa mauvaise exécution (Partie 2), sa protection est assurée par un dispositif législatif lui garantissant respectivement la bonne fin des travaux et la réparation des dommages.

Partie 1 : L'inexécution du contrat de construction par le constructeur : conséquences et solutions pour le maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage peut être confronté à l'inexécution des obligations contractuelles du constructeur. Parfois lié à un abandon de chantier pur et simple, ce problème se rencontre généralement lorsque le constructeur, subissant des difficultés économiques graves, ne peut plus faire face à ses obligations. Il se résignera alors à se déclarer en procédure collective afin de se placer sous la protection d'un régime qui lui permettra éventuellement de sauvegarder son entreprise.

Instauré pour permettre le redressement des entreprises en difficulté, les procédures collectives bafouent les règles applicables au droit commun des contrats. En restreignant les prérogatives des créanciers, le risque est grand de les entraîner dans la chute du débiteur puisque du recouvrement de leur créance dépend leur santé économique.

Ainsi, que se passe-t-il lorsque le maître de l'ouvrage subit la défaillance du constructeur en cours de chantier alors que, rappelons-le, il réalise l'achat de toute sa vie par la construction de son habitation ?

Alors que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur a des effets néfastes pour le maître de l'ouvrage qui aura peu de chance d'obtenir le recouvrement de sa créance (Chapitre 1), les sûretés applicables au secteur protégé de la construction lui assurent la parfaite exécution du contrat (Chapitre 2).

Chapitre 1: La période d'observation et ses conséquences sur le maître de l'ouvrage

Le jugement d'ouverture ouvre la période d'observation marquée par un bouleversement total des règles gouvernant le droit commun des contrats. Au cours de celle-ci, l'entreprise sera protégée contre les poursuites de ses créanciers mais également contre les agissements de ses dirigeants. Pour cela, un administrateur judiciaire sera nommé pour les entreprises de plus de 20 salariés et/ou justifiant un chiffre d'affaire supérieur à trois millions d'euros. La mission qui lui sera dévolue par le tribunal consistera soit en la surveillance des actes passés par le débiteur, soit en l'assistance de celui-ci par l'apposition de sa contresignature sur lesdits actes, ou enfin en la représentation du dirigeant de sorte que ce dernier sera totalement évincé pour les actes de gestion et de disposition. Cependant, quand on connaît l'importance des PME dans le secteur de la construction, force est de constater que la présence de l'administrateur judiciaire sera relativement rare. En conséquence, les dispositions régissant l'aménagement des pouvoirs du dirigeant au cours de la période d'observation s'avèrent être essentiels.

Toutefois, les juges ont la possibilité de prononcer d'ores et déjà la liquidation judiciaire de l'entreprise de construction dans la mesure où, en état de cessation des paiements, son redressement paraît manifestement impossible. Dans cette hypothèse, un liquidateur judiciaire sera nommé.

Dans le cadre des développements subséquents, le dirigeant, l'administrateur judiciaire et le liquidateur judiciaire seront désignés sous le vocable de « gestionnaire de l'entreprise ». Il sera l'interlocuteur du maître de l'ouvrage si une discussion se soulève quant à l'application dudit contrat, son exécution, son inexécution ou encore sa résiliation.

Alors que l'intérêt du maître de l'ouvrage sera d'obtenir la parfaite exécution du contrat de construction (Section1), les difficultés financières de

l'entreprise débitrice justifieront parfois la résiliation du marché et poseront subséquemment l'interrogation du recouvrement des créances (Section 2).

Section 1 : La parfaite exécution du contrat de construction

Pour obtenir la parfaite exécution du contrat de construction, le maître de l'ouvrage pourra soit faire réaliser les travaux par le constructeur lui-même (§1), soit par un autre constructeur (§2).

§1 : L'exécution du contrat par le constructeur lui-même en cas d'ouverture d'une procédure collective à son encontre

Subséquemment à l'ouverture d'une procédure collective, le constructeur peut poursuivre l'exécution du contrat (A), mais à défaut, le maître de l'ouvrage ne peut pas le contraindre à achever les travaux (B).

A : La possible continuation du contrat de construction en cas d'exécution des prestations du constructeur

Que ce soit le gestionnaire de l'entreprise (1) ou le maître de l'ouvrage (2), tous deux aspirent à obtenir l'exécution du contrat.

1 : La volonté du gestionnaire de l'entreprise : la poursuite d'activité

En application de l'article L. 622-13 du Code de commerce, l'administrateur judiciaire a seul la faculté de se prononcer sur la continuation du contrat en cours. A défaut, cette prérogative appartient au dirigeant après avis conforme du mandataire judiciaire. Il apparaît toutefois, à la vue d'un arrêt récent rendu par la Cour d'Appel de Rennes, que la liberté décisionnelle de l'administrateur soit limitée par un impératif, celui de rechercher par tout moyen le sauvetage de l'entreprise¹. Il sera ainsi tenu de

¹ CA Rennes, 2e ch. Com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-06.712, SAS M. c/Me C. ès qual.: *JurisData* n° 2009-015212

demander la continuation du contrat en cours s'il est nécessaire à l'activité de l'entreprise et par voie de conséquence à son redressement.

Comme le souligne Madame le Professeur LEBEL, « *la poursuite d'activité [...] constitue l'une des différences majeures entre redressement et liquidation judiciaire, le redressement ayant pour finalité première le sauvetage de l'entreprise, et il n'y a pas d'entreprise sans activité économique* »². Ainsi, le sauvetage d'une entreprise de construction en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire est subordonné au maintien de ses contrats. En raison de ses problèmes économiques, il y a fort à penser que l'entreprise ne dispose que de très peu de contrats de construction de sorte que chacun d'entre eux, s'ils sont rentables, sont indispensables à son redressement. En pratique, l'administrateur optera dans la majorité des cas pour la continuation du contrat d'entreprise de construction dès lors qu'il est bénéfique pour l'entreprise au nom de laquelle il intervient.

En tout état de cause, la manifestation de la volonté de l'administrateur ou du dirigeant peut être expresse ou tacite. Ainsi, l'exécution d'un contrat de construction antérieure au jugement d'ouverture se poursuit de plein droit après la prononciation dudit jugement sans que l'administrateur ou le dirigeant n'aient l'obligation d'en avertir le maître de l'ouvrage³. En d'autres termes, à défaut de prise de position du gestionnaire de l'entreprise, le marché s'exécute dans les conditions établies au contrat de construction. Le maître de l'ouvrage sera alors tenu d'exécuter ses obligations contractuelles en application de l'article 1134 du Code civil relatif à la force obligatoire des contrats.

En outre, le tribunal compétent a la possibilité de prononcer la liquidation judiciaire de l'entreprise dès le jugement d'ouverture, voir pendant la période d'observation si le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements est manifestement impossible. Depuis l'entrée en vigueur de

² Revue des Proc. Coll. – Revue bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur – Mars- Avril 2010, p. 48, note Ch. LEBEL

³ Cass. Com., 27 octobre 1998: *Act. Proc. Coll. 1998-12, n°159*, obs. J. Vallansan

l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴, un nouvel article L. 641-11-1 fut inséré dans le Code de commerce calquant à la procédure de liquidation judiciaire les dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce en les adaptant. En effet, le gestionnaire de l'entreprise n'est plus l'administrateur judiciaire ou le dirigeant mais le liquidateur judiciaire. Celui-ci peut en conséquence demander la continuation du contrat en cours et ce que l'activité de l'entreprise soit ou non poursuivie.

Le gestionnaire de l'entreprise peut également à tout moment résilier le contrat de construction qui serait peu rentable pour le constructeur et nuirait au redressement économique de l'entreprise.

2 : La volonté du maître de l'ouvrage : la continuation du contrat en cours

Suite à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur, le maître de l'ouvrage ne subit pas systématiquement un dommage. En effet, l'exécution du contrat par le débiteur en procédure collective n'influe en rien sur la situation du maître qui entend obtenir les prestations conventionnellement promises.

Ainsi, à défaut de résiliation du contrat par le gestionnaire de l'entreprise ultérieurement au jugement d'ouverture, le contrat de construction se poursuit de plein droit. Les juges du droit ont notamment considéré qu'à défaut de mise en demeure du liquidateur ou de prise de position spontanée de celui-ci quant à la continuation dudit contrat, celui-ci reste en cours après le jugement d'ouverture⁵.

Il serait ainsi opportun pour le maître de l'ouvrage, désireux d'obtenir l'exécution du contrat, de ne pas user de la faculté prévu aux articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du Code de commerce qui lui permettent de mettre en demeure le gestionnaire de l'entreprise de se prononcer sur ses intentions quant à la poursuite ou non de leurs relations contractuelles. En effet, à

⁴ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 entrée en vigueur le 1er janvier 2009

⁵ Cass. Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-20.660, F-D: *JurisData n° 2009-047120*

défaut de réponse dans le délai d'un mois, le contrat de construction est résilié, et ce contrairement au souhait du maître de l'ouvrage.

Il sera dans la pratique plus courant de rencontrer des entreprises qui se trouvent dans l'impossibilité de faire face à leurs engagements. Dans une telle hypothèse, le maître de l'ouvrage pourra obtenir la résiliation du contrat d'entreprise de construction.

B : L'impossible exécution forcée du contrat par le constructeur en cas d'ouverture d'une procédure collective à son encontre

Le maître de l'ouvrage peut exiger l'exécution forcée du contrat (1), à l'exception de l'hypothèse où le constructeur se trouve en procédure collective (2).

1 : L'action en exécution forcée du maître de l'ouvrage en raison de l'inexécution totale ou partielle des prestations du constructeur

En raison de leurs difficultés économiques, les constructeurs pourraient être contraints de ne pas respecter les stipulations contractuelles jusqu'au terme du contrat. En riposte, le maître de l'ouvrage a la faculté d'imposer l'exécution forcée dudit contrat ou d'invoquer la résiliation du contrat aux torts de son cocontractant.

Toutefois, pour que la résiliation judiciaire soit prononcée, il faut nécessairement qu'une inexécution grave soit commise par le constructeur. En principe, il doit s'agir d'une inexécution totale qui affecte une obligation essentielle du contrat. La jurisprudence pourra parfois prononcer la résiliation du contrat de construction qui fait l'objet d'une inexécution partielle dès lors que cette dernière est suffisamment grave. Les juges vont alors opérer une analyse *in concreto* des faits. En conséquence, si l'inexécution du constructeur ne présente pas une gravité suffisante pour demander la résiliation du contrat et que, parallèlement, le gestionnaire de

l'entreprise souhaite continuer ledit contrat de construction, la qualité de l'ouvrage pourrait être affectée et la durée des travaux pourrait être allongée.

Le maître de l'ouvrage peut dans cette situation exercer une action en exécution forcée du contrat devant le juge des référés sous réserve qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse relative à l'existence même du contrat. En ce sens la Cour d'Appel de Versailles, dans un arrêt en date du 20 mai 1999, a considéré que l'affaire pendante devant sa juridiction ne pouvait être traitée en référé, aux motifs que les relations pré contractuelles entre les parties n'ont pas permis de déterminer de façon précise les travaux à réaliser dans un contrat définitif. De surcroît, aucun CCTP définissant le marché avec précision n'a été établi, et les parties n'ont pas trouvé d'accord quant aux modalités de paiement du prix, aux délais d'exécution et à la durée de validité de l'offre faite par l'entrepreneur⁶.

La demande d'injonction de faire se formalisera par le dépôt d'une requête auprès du greffe du tribunal compétent par le maître de l'ouvrage ou par les personnes mentionnées à l'article 828 du Code de procédure civile. Constituant avant toute chose une assignation, cette requête présente également l'avantage de mettre en demeure le constructeur d'exécuter les prestations contractuellement prévues.

Si les pièces exigées aux articles 58, 828 et 1425-3 du Code de procédure civile sont dûment produites et que la demande du maître de l'ouvrage paraît fondée, le juge rend une ordonnance d'injonction de faire non susceptible de recours. Celle-ci fixera le délai et les conditions dans lesquelles l'obligation du constructeur devra être exécutée. Ladite ordonnance sera par la suite notifiée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception.

La situation idéale pour le maître de l'ouvrage serait alors que le constructeur exécute les modalités fixées dans l'ordonnance d'injonction de faire, auquel cas l'affaire serait retirée du rôle après que le demandeur en ait

⁶ CA Versailles, 12e ch., 20 mai 1999, n° 260, *SNC Dalla Vera c/ SCI Du Bois Merrain*

informé le greffe. Par ailleurs, si le maître de l'ouvrage renonce à obtenir l'exécution forcée dudit contrat en ne se présentant pas à l'audience sans motif légitime, la procédure d'injonction de faire sera déclarée caduque par le tribunal. Toutefois, si le demandeur, dans l'impossibilité de faire connaître le motif de son absence en temps utile, l'invoque dans le délai de 15 jours, la déclaration de caducité peut être rapportée et les parties convoquées à une audience ultérieure. En outre, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'injonction de faire, le tribunal statue sur la demande, après avoir tenté de concilier les parties.

2 : L'inefficacité des poursuites du maître de l'ouvrage: l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur

Depuis la réforme du droit des entreprises en difficulté, en date du 26 juillet 2005⁷, le législateur affirme avec force sa volonté de protéger les entreprises rencontrant des problèmes économiques. Afin de favoriser leur redressement, pléthores de mesures ont été insérées dans le Code de commerce dont notamment, l'arrêt des poursuites individuelles de ses créanciers en application de l'article L. 622-21 dudit code.

L'analyse de cet article conduit cependant à considérer que les actions exercées par le maître de l'ouvrage en vue d'obtenir l'exécution du contrat de construction ne sont pas concernées par l'interdiction posée. En effet, aux termes dudit article, le créancier ne peut pas exercer d'actions en justice tendant « au paiement d'une somme d'argent » ou « à la résolution du contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». *A contrario*, toute action en vue d'obtenir l'exécution d'une obligation de faire ne paraît pas prohibée, si bien que le maître de l'ouvrage peut, de prime abord, obtenir l'exécution forcée du contrat de construction dans les conditions précédemment exposées.

⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite de « sauvegarde des entreprises »

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur, cette possibilité offerte au maître de l'ouvrage de demander l'exécution forcée du contrat s'avère être une véritable opportunité. En effet, alors que les créanciers de somme d'argent sont dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur en recouvrement de leur créance, le maître de l'ouvrage peut quant à lui contraindre le constructeur à exécuter ses obligations. Il n'a en conséquence aucun intérêt à demander la résiliation du contrat de construction qui pourrait se résoudre par l'allocation de dommages-intérêts. Dans ce cas, le maître de l'ouvrage se trouverait dans la même situation que les autres créanciers, de sorte que le versement dudit montant ne serait qu'hypothétique. Il dépendrait en effet du capital dont dispose l'entreprise débitrice, étant entendu qu'au vu de sa situation économique, il y a fort à penser que les fonds disponibles ne sont pas conséquents pour désintéresser l'ensemble des créanciers. Qui plus est, si le maître de l'ouvrage n'est qu'un créancier chirographaire, il n'aurait qu'une infime chance d'obtenir le versement des dommages-intérêts éventuels.

Force est de constater que cette faculté de poursuivre le constructeur en exécution forcée du contrat serait une aubaine pour le maître de l'ouvrage qui n'aurait pas à subir la concurrence des autres créanciers.

Quoi que l'on puisse en penser, cette possibilité offerte au maître de l'ouvrage, légalement établie, vide de son sens la loi précitée en ce sens qu'elle fait peser une charge humaine et financière conséquente sur l'entreprise. Alors que le point d'orgue des multiples réformes est de permettre le sauvetage de l'entreprise, celle-ci pourrait être tenue de réaliser des travaux de mise en conformité sans contrepartie financière.

Afin de remédier à cette difficulté, les juges du droit, dans un arrêt en date du 17 juin 1997⁸, ont posé le principe de l'interdiction des actions tendant à obtenir l'exécution d'une obligation de faire. La raison d'être de cette décision est d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers. En effet, en obtenant satisfaction, le créancier d'une obligation de faire

⁸ Cass. Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 94-14.109

disposerait d'un avantage certain par rapport aux créanciers de sommes d'argent soumis à l'article L. 622-21 du Code de commerce. Mais surtout, offrir la faculté au maître de l'ouvrage d'obtenir l'exécution du contrat risquerait de nuire à toute potentialité de redressement de l'entreprise. Cette dernière s'appauvrirait puisque les travaux de mise en conformité nécessitent l'intervention de salariés de l'entreprise. Ceux-ci se consacraient à cette mission au lieu d'intervenir sur des chantiers rentables, restreignant de fait les chances de redressement de l'entreprise en raison de l'absence de contrepartie financière émanant du cocontractant. En conséquence, l'entreprise de construction serait tenue de rémunérer des salariés, engendrant des frais pour cette dernière, lesquels auraient pour tâche de réaliser des travaux qui ne lui procureraient aucun profit.

Face à l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée par le constructeur lui-même du contrat de construction, le maître de l'ouvrage a la faculté de faire réaliser les travaux par un autre prestataire.

§ 2 : L'exécution des prestations par un autre constructeur

Dans l'impossibilité d'imposer l'exécution forcée du contrat à son cocontractant, le maître de l'ouvrage peut demander à ce que la réalisation des prestations pendantes soit effectuée par un autre constructeur. Lorsque des défauts de conformité ont été dûment constatés, le maître de l'ouvrage a tout intérêt à faire réaliser les travaux par une autre personne que celle qui fût à l'origine des désordres. Il y a fort à penser que le créancier ait perdu toute confiance quant aux capacités techniques et professionnelles du prestataire.

Le maître de l'ouvrage disposera alors d'une alternative; soit faire réaliser les travaux par un autre prestataire aux frais du constructeur (A), soit demander la résiliation du contrat aux torts de ce dernier et, subséquemment, faire exécuter l'obligation susvisée par un autre prestataire (B).

A : La réalisation des travaux par un autre que le débiteur et à ses frais

Qu'il s'agisse d'un abandon de chantier ou d'une cessation pure et simple par le constructeur des travaux, objet du contrat, le créancier de l'obligation de faire sera tenu de faire constater par huissier la carence du locateur d'ouvrage.

Subséquemment, le maître de l'ouvrage intentera une action en justice en vue d'obtenir l'autorisation de terminer les travaux aux frais de qui de droit. Aussi, en application de l'article 1144 du Code civil, le constructeur défaillant peut être condamné à avancer les sommes nécessaires à l'exécution des prestations restant à réaliser.

S'il y a péril en la demeure, la continuation des dits travaux peut être ordonnée par le juge des référés. Cette décision s'accompagne normalement de la désignation d'un expert qui déterminera le niveau d'avancement des travaux. Il sera en outre chargé de la surveillance des tâches restant à effectuer. Le constructeur qui remplacera le débiteur défaillant est parfois désigné par le juge mais dans la très grande majorité des cas, ce sera l'expert qui déterminera l'entreprise qui sera chargée de la finalisation de l'ouvrage.

En conséquence, le maître de l'ouvrage perd le contrôle des opérations puisqu'il n'est plus de son ressort de déterminer l'entreprise qui terminera les travaux. L'expert, voir le juge, aura sous sa responsabilité la mission de désigner le constructeur le plus à même de réaliser ces tâches.

Quoi qu'il en soit, à défaut de tels précautions, le maître de l'ouvrage perd tout recours contre le constructeur défaillant. Ainsi, dans un arrêt en date du 27 mai 1997, les juges du droit ont censuré la décision des juges du fond qui avait approuvé les demandeurs. Selon les juges de la Cour d'Appel, les propriétaires d'un appartement, qui ont installé le blindage de leur porte d'entrée, sont en droit à en réclamer le remboursement auprès de la SCI venderesse, qui ne l'avait pas posée contrairement à ses engagements contractuels. La Cour de cassation casse cet arrêt aux motifs que les

demandeurs, en s'abstenant de demander l'autorisation de faire exécuter ladite obligation, ont violé les dispositions de l'article 1144 du Code civil, mais aussi qu'ils ne justifiaient pas d'une urgence justifiant la réalisation des dits travaux⁹.

En conséquence, les travaux seront réalisés aux frais de l'entreprise dont la défaillante a été reconnue par le tribunal et à ses risques et périls¹⁰ sans préjudice pour le maître de l'ouvrage de l'allocation de dommages-intérêts.

B : La réalisation des travaux subséquente à la résiliation du contrat de construction

Afin de faire réaliser les travaux par un autre constructeur, le contrat doit être résilié à l'initiative soit du gestionnaire de l'entreprise (1), soit du maître de l'ouvrage (2).

1 : La résiliation du contrat de construction à l'initiative du gestionnaire de l'entreprise

Le gestionnaire de l'entreprise peut résilier le contrat de construction(b) dès lors qu'il est en cours (a).

a) La condition d'exercice du droit d'option: un contrat d'entreprise de construction en cours

La faculté dont dispose l'administrateur judiciaire et *a fortiori* le débiteur ne concerne que les contrats en cours¹¹ au jour du jugement d'ouverture, étant entendu qu'aucune distinction entre les contrats à

⁹ Cass, 3e civ., 27 mai 1997, pourvoi n° 95-20.509, *SCI 46, rue Médéric c/ Witeska*

¹⁰ Cass, 3e civ., 18 février 1981 : *Gaz Pal., Rec. Bim., sept. 1981, panorama, p. 245*

¹¹ L. 622-13 I alinéa 1 du Code de commerce qui dispose que « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* »

exécution instantanée et les contrats à exécution successive n'est réalisée. Ainsi, le contrat de construction, qui est un contrat à exécution successive, dont la réception n'a pas été prononcée avant l'ouverture dudit jugement est assimilable à un contrat en cours. Son exécution ou sa résiliation dépend de la volonté du gestionnaire de l'entreprise.

Corrélativement, un contrat de construction totalement exécuté n'est plus en cours. Il en sera de même si le maître de l'ouvrage a obtenu la résiliation judiciaire du contrat pour inexécution ou encore en cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit antérieurement au jugement d'ouverture. Il appartiendra ici au maître de l'ouvrage de rapporter la preuve de la résiliation du contrat de construction à défaut de quoi, le gestionnaire de l'entreprise aura la faculté d'exiger le versement de dommages-intérêts pour inexécution des obligations contractuelles du maître de l'ouvrage en raison du manque à gagner.

b) La solution face aux pertes de l'entreprise: la résiliation du contrat de construction

Dans l'hypothèse où la main d'œuvre nécessaire aux opérations de construction ainsi que les frais engagés par l'entreprise s'avèrent être conséquent aux vues de la contrepartie offerte par le maître de l'ouvrage, l'administrateur dispose de la faculté de mettre fin au contrat. Parallèlement, si le dirigeant souhaite résilier le contrat de construction, il peut le faire sans l'avis conforme du mandataire judiciaire. Mais, que ce soit l'administrateur judiciaire ou le dirigeant, tous deux doivent obtenir l'autorisation du juge commissaire qui va s'assurer que le sauvetage de l'entreprise nécessite la résiliation du marché mais aussi que la rupture du contrat de construction « ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant »¹².

De prime abord, la rupture du contrat de construction ne porte pas une telle atteinte au maître de l'ouvrage dans la mesure où ce dernier peut faire

¹² Article L.622-13 IV du Code de commerce

réaliser les travaux par un autre constructeur. Mais cette résiliation engendre quoi qu'il en soit un préjudice pour le maître de l'ouvrage caractérisé par un allongement des délais d'exécution des prestations et/ou par l'impossibilité de faire réaliser les travaux à un coût inférieur ou identique à celui qui fût pratiqué. En effet, suite à la rupture dudit contrat, le maître de l'ouvrage devra rechercher une entreprise qui accepte de terminer les travaux, étant entendu que ce laps de temps peut être plus ou moins long en fonction des tarifs pratiqués par ces entreprises, de leurs disponibilités, de leurs compétences mais aussi de l'état d'avancement des travaux. Pour ce dernier point, il est tout à fait envisageable qu'une entreprise refuse de réaliser les travaux en raison de la faible importance du marché. De plus, le maître de l'ouvrage devra supporter le coût lié à l'installation du matériel par cette nouvelle entreprise.

En conséquence, la priorité qui est de sauver l'entreprise justifie la dérogation au droit commun des contrats en étendant les prérogatives dont dispose le gestionnaire de l'entreprise. Ce souci de protection des entreprises en difficulté en vue d'en favoriser le redressement se trouve moins prononcé pour les contrats grevés d'une obligation de faire pour lesquels le cocontractant conserve des pouvoirs lui permettant de disposer d'une relative protection.

2 : La résiliation du contrat de construction à l'initiative du maître de l'ouvrage

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur débiteur engendre notamment l'interdiction pour les créanciers d'exercer des poursuites contre ce dernier en recouvrement de leurs créances. Ce principe défini à l'article L. 622-21 du Code de commerce ne concerne pas les créances relatives à une obligation de faire, si bien que le maître de l'ouvrage peut actionner le constructeur débiteur afin d'obtenir la résiliation du contrat de construction.

Le maître de l'ouvrage peut parfois avoir intérêt à ne pas ester en justice en vue d'obtenir l'autorisation de faire réaliser les travaux aux frais et

risques du constructeur. En effet, alors que le constructeur a des difficultés économiques avérées, le maître de l'ouvrage ne doit pas engager des frais qu'il a peu de chance de recouvrer auprès du débiteur. Ainsi les dépenses liées à l'action en justice exercée par le maître de l'ouvrage conduisent à augmenter le montant de sa créance.

La situation serait identique si le maître de l'ouvrage demandait la résiliation du contrat pour inexécution des prestations du débiteur puisqu'elle doit être prononcée en justice. Toutefois, le maître de l'ouvrage peut insérer une clause résolutoire qui stipulerait que ce dernier a la faculté de résilier le contrat de construction en cas d'inexécution des prestations du constructeur et ce même si s'il subit une procédure collective. De la sorte, le créancier échappe au versement des frais de justice difficilement récupérable auprès du défendeur. Dans cette hypothèse, il serait opportun d'intégrer audit contrat une clause pénale fixant le montant de la pénalité que le constructeur serait tenu de verser au maître de l'ouvrage en raison de son inexécution, étant entendu que cette somme sera déclarée au passif de l'entreprise débitrice en procédure collective. Dans cette configuration, ledit créancier n'aurait pas à engager des frais et pourrait éventuellement obtenir le paiement du montant conventionnellement prévu.

Section 2 : Le délicat recouvrement des créances de sommes d'argent par le maître de l'ouvrage

Dans le cadre de la procédure, le maître de l'ouvrage sera tenu de déclarer ses créances de sommes d'argent (§2) subséquentes aux sanctions prononcées à l'encontre de l'entrepreneur (§1).

§ 1 : La détermination de la créance du maître de l'ouvrage

L'entrepreneur est tenu d'une obligation d'édifier l'ouvrage contractuellement prévu, de sorte qu'il n'est pas débiteur d'une créance de

somme d'argent. Toutefois, l'ouverture d'une procédure collective à son encontre rend parfois difficile la continuation du contrat par l'entrepreneur. La réparation du maître de l'ouvrage consistera indubitablement en le versement d'une somme d'argent.

Ainsi, en cas d'inexécution des prestations du débiteur, le maître de l'ouvrage a le choix entre demander la résiliation du contrat et l'octroi de dommages-intérêts ou l'achèvement des travaux par un autre constructeur aux frais de l'entrepreneur défaillant. De surcroît, force est d'admettre que les difficultés économiques de l'entreprise ont pu influencer sur sa capacité à respecter les délais d'exécution, générant des intérêts moratoires jusqu'au prononcé du jugement d'ouverture et ce au dépend dudit débiteur¹³. Dans ces trois cas, l'entreprise en procédure collective sera débitrice d'une créance de sommes d'argent dont le recouvrement est soumis à un formalisme destiné à déterminer le montant totale de la créance mais surtout à alléger la dette du débiteur.

Si le maître de l'ouvrage a obtenu un paiement provisionnel de sa créance, il sera tenu de la déclarer dans sa totalité¹⁴. En effet, cette formalité ne sera pas nécessaire lorsque le paiement sera effectué dans le cadre d'une décision judiciaire statuant sur le fonds, exécutoire par provision; ce versement éteint ici la créance¹⁵. Toutefois, si la créance fait l'objet d'un litige en cours, elle fera l'objet d'une déclaration à laquelle sera jointe l'indication de la juridiction saisie. De même, en l'absence de titre, le maître de l'ouvrage devra apporter tous les éléments permettant de corroborer l'existence et le montant de cette créance¹⁶. Ainsi, si le maître de l'ouvrage dispose d'une créance de nature délictuelle comme, par exemple, une action récursoire à l'encontre de l'entrepreneur, subséquente à des troubles anormaux du voisinage provoqués par ce dernier, il sera tenu de la déclarer.

Cette procédure contraignante se présente comme une difficulté majeure pour le maître de l'ouvrage qui devra se soumettre à ce formalisme

¹³ Article .622-18, al.1, L.631-14, I, L.641-3, al 1 du Code de commerce

¹⁴ Cass, 2e civ., 7 mars 2002 : *Act. proc. Coll. 2002-9, n° 110*, obs. O. Salvat

¹⁵ Cass. Com., 14 juillet 1996: *RTD com. 1995, p. 482*, obs. A. Martin-Serf

¹⁶ Article L.622-22, al.3 du Code de commerce

pour espérer obtenir le recouvrement de sa créance lors de l'exécution du plan de continuation ou de cession voir au titre de la procédure de distribution en cas de liquidation judiciaire.

§ 2 : La formalité nécessaire au recouvrement de la créance: la déclaration de créance

La procédure de déclaration de créance ne diffère pas selon que le débiteur subit une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Toutefois, la lourdeur de la procédure pour déclarer leur créance s'avère être un « piège » tendu aux créanciers (A). A défaut d'avoir réalisée cette formalité, les conséquences seront lourdes pour ces derniers qui ne seront pas démunis de toute solution (B).

A : La lourdeur de la procédure de déclaration de créance: le danger pour le maître de l'ouvrage

La déclaration de créance antérieure au jugement d'ouverture doit être adressée au mandataire judiciaire dans le délai de deux mois à compter de la publication dudit jugement au BODACC¹⁷. Le maître de l'ouvrage devra être dûment informé de l'ouverture de la procédure collective par le mandataire judiciaire dans les quinze jours suivant le jugement d'ouverture en application de l'article R. 622-21, alinéa 1 du Code de commerce.

Cet avertissement du maître de l'ouvrage doit comporter les mentions de l'article R. 622-21 alinéa 3 du Code de commerce, à savoir les délais à respecter et les formalités à accomplir. En l'absence d'information ou en cas d'information irrégulière, ce qui est relativement fréquent en pratique, le créancier peut se retourner contre le mandataire judiciaire. Toutefois, comme le souligne M. le Professeur André JACQUEMOT, « *cette responsabilité ne doit [...] pas être étendue au-delà de ce que l'on peut*

¹⁷ Articles L.622-24, al.1 et R.622-24, al.1 du Code de commerce

raisonnablement exiger de ce mandataire »¹⁸. Autrement dit, l'engagement de sa responsabilité ne permet pas d'obtenir la réparation intégrale du préjudice subi par le maître de l'ouvrage.

Subséquentement à cette information, la déclaration de créance du maître de l'ouvrage sera envoyée au représentant des créanciers au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception pour plus de sécurité. Toutefois, une déclaration entachée d'une erreur matérielle peut être rectifiée postérieurement au délai de deux mois sans que cela ne constitue une nouvelle déclaration¹⁹. En outre, la réouverture d'une procédure, subséquente à l'annulation de la première, ouvre un nouveau délai de déclaration de deux mois²⁰.

Assimilable à une demande en justice, seul le représentant légal de la société créancière ou un avocat pourrait déclarer ladite créance²¹. Le mandataire social régulièrement désigné par la collectivité des associés peut effectuer cette formalité alors même que sa nomination n'a pas fait l'objet d'une publication²². Toutefois, dans les grandes sociétés, le procédé serait rapidement impraticable si mandat spécial devait être donné à une personne en vue d'opérer cette déclaration. Ainsi, en vertu de l'article L. 622-24, alinéa 2 du Code de commerce, une délégation de pouvoir général peut être confiée à un préposé de l'entreprise pour effectuer cette formalité. Une subdélégation est autorisée dès lors qu'elle est prévue dans l'acte initial dont la preuve peut être rapportée jusqu'à la décision de la Cour d'Appel²³.

Quant au contenu de la déclaration elle-même, devra en ressortir une véritable volonté du maître de l'ouvrage de faire reconnaître son droit dans le cadre de la procédure²⁴. Aux termes de l'article L. 622-25 du Code de commerce, elle comportera le montant de la créance du maître de l'ouvrage accompagné de l'indication des sommes à échoir et la date de leur échéance

¹⁸ Droit des entreprises en difficulté, 6e éd., Litec, André JACQUEMOT, p. 275

¹⁹ Cass. com., 26 mai 1998 : *JCP E 1998, p.1398*

²⁰ Cass. com., 1er juillet 1997 : *JCP E 1997, pan. 982*

²¹ Articles 416 et 853 du Code de procédure civile

²² Cass. com., 14 juillet 2004 : *JCP E 2005-31, n° 9*, obs. Ph. PETEL

²³ Cass, 1re civ., 17 juillet 2001 : *RD bancaire et fin. 2001, p. 353*, obs. F-X Lucas

²⁴ Cass. com., 17 février 1998 : *RJDA 6/1998, n° 766*

ainsi que la nature du privilège ou de la sureté grevant la créance. La Cour de cassation se montre néanmoins indulgente à l'égard des créances déclarées à tort échues alors qu'elles sont à échoir puisqu'elles seront admises par le juge-commissaire, la recevabilité n'étant pas affectée par l'irrégularité²⁵.

Cette décision présente une importance capitale en pratique puisqu'en l'absence de déclaration de créance, cette dernière est inopposable au débiteur.

B : Les conséquences et solutions de l'absence de déclaration pour le maître de l'ouvrage

Alors que l'absence de déclaration de sa créance entraîne son inopposabilité au débiteur (1), le maître de l'ouvrage peut obtenir un relevé de forclusion (2). Une fois la créance déclarée, la question se posera du son recouvrement (3).

1 : L'inopposabilité de la créance de somme d'argent à l'entrepreneur en procédure collective

L'absence de déclaration de sa créance dans le délai qui lui est imparti est lourde de conséquence pour le maître de l'ouvrage. Celui-ci ne sera plus admis aux participations et versements de dividendes²⁶ au titre de la période d'observation, ni même aux distributions dans le cadre de l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou encore pendant le temps de la liquidation judiciaire.

Depuis la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, la créance du maître de l'ouvrage non déclarée n'est plus éteinte. Cette disposition lui était extrêmement préjudiciable en ce sens qu'à défaut de déclarer sa créance, le maître de l'ouvrage perdait tout recours à l'encontre

²⁵ Cass. com., 21 mars 2006: *Act. proc. coll. 2006-8, n0 90*, obs. C.R.-M

²⁶ Article L. 622-26, al.1 du Code de commerce

du débiteur après l'exécution du plan mais également contre la caution. L'ordonnance du 18 décembre 2008 modifie la loi précitée en disposant que la créance non déclarée est inopposable au débiteur²⁷. Cette sanction est très critiquée par la doctrine puisque l'inopposabilité ne sanctionne pas les rapports entre les parties à un contrat mais entre un cocontractant et un tiers²⁸.

Le législateur a voulu assouplir la sanction de l'absence de déclaration de créance tout en refusant de protéger excessivement un créancier défaillant. Le maître de l'ouvrage ne pourra plus obtenir le recouvrement de sa créance après l'exécution du plan si le débiteur a respecté les engagements inhérents à ce dernier²⁹.

En cas d'inexécution du plan et donc, en cas de liquidation judiciaire, la créance non déclarée est opposable au débiteur en application de l'article L. 622-26 du Code de commerce, analysé *a contrario*. Toutefois, ce serait reconnaître au maître de l'ouvrage la faculté de recouvrer sa créance subséquentement à la clôture pour insuffisance d'actif alors que les créances régulièrement déclarées des autres créanciers se trouveraient éteintes³⁰. Selon Monsieur le Professeur André JACQUEMOT, « *moins contestable apparaît la possibilité pour lui [...] de disposer d'un nouveau délai de déclaration dans la nouvelle procédure collective* ». Ainsi, à compter de la résolution du plan ou de la conversion en liquidation judiciaire, le maître de l'ouvrage aurait un délai de deux mois pour déclarer sa créance.

En conséquence, la non extinction de sa créance lui permet d'envisager son recouvrement ultérieur auprès du débiteur voir, en cas d'insolvabilité de ce dernier, auprès de la caution. Mais surtout un relevé de forclusion peut sous certaines conditions être obtenu auprès du juge-commissaire.

²⁷ Article L. 622-26 du Code de commerce

²⁸ Ph. PETEL, commentaire Ord. 18 décembre 2008, op. cit. : *JCP E* 2009, 1049, n° 32

²⁹ Article L.622-26, al.2 et L.631-14 du Code de commerce

³⁰ Article L.631-11-I du Code de commerce

2 : La relative protection du maître de l'ouvrage en l'absence de déclaration de sa créance

Le maître de l'ouvrage qui n'aurait pas déclaré sa créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture peut obtenir auprès du juge-commissaire un relevé de forclusion s'il démontre que cette omission n'est pas due à son fait ou si le débiteur a volontairement omis d'indiquer son identité sur la liste de ses créanciers. Cette seconde hypothèse présente un intérêt très limitée en ce sens qu'il sera pratiquement impossible pour le créancier de démontrer l'intention du constructeur. Celui-ci pouvant arguer d'une simple omission.

La première n'est pas plus protectrice du créancier puisqu'elle fait l'objet d'une interprétation très stricte de la jurisprudence qui conditionne l'octroi dudit relevé de forclusion à la démonstration d'un événement assimilable à la force majeure rendant impossible la déclaration, à la qualité non professionnelle du créancier ou encore à la défaillance du mandataire judiciaire lui-même qui n'a pas procédé à la déclaration.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment pu considérer que le défaut d'information du créancier de l'ouverture de la procédure ne suffisait pas à obtenir un relevé de forclusion³¹. Il en est de même lorsque la lettre d'avertissement a été envoyée à une mauvaise adresse³² ou encore lorsque le mandataire judiciaire a conservé le silence sur une déclaration manifestement irrégulière. Toutefois, si le maître de l'ouvrage donne mandat à une tierce personne de procéder à la déclaration, il peut obtenir un relevé de forclusion en cas d'absence de cette dernière³³.

Ce relevé octroie au créancier bénéficiaire la possibilité de déclarer sa créance dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture. S'agissant d'un délai préfix non susceptible de suspension ou d'interruption, le maître de l'ouvrage aura tout intérêt à déclarer sa créance

³¹ Cass. com., 7 décembre 1999 : *Act. proc. coll. 2001*, n° 4, obs. J. VALLANSAN

³² Cass. com., 23 janvier 2001 : *Act. proc. coll. 2001-7*, n° 86

³³ Cass. com., 16 octobre 2001 : *Act. proc. coll. 2001-20*, n° 259

auprès du juge-commissaire même si la juridiction saisie n'a toujours pas statué sur la potentialité de lui octroyer un relevé de forclusion.

En conséquence, le maître de l'ouvrage forclos a peu de chance d'obtenir ledit relevé. La volonté du législateur est de protéger l'entreprise en difficulté en allégeant le passif de cette dernière. Le maître de l'ouvrage a ainsi tout intérêt à se tenir informé au moyen du BODACC de la situation économique et juridique du constructeur débiteur, puisque la présence du mandataire judiciaire ne constitue pas une sûreté absolue permettant d'être informé du prononcé du jugement d'ouverture. Cette déclaration est fondamentale pour le maître de l'ouvrage, étant entendu que de celle-ci dépend la possibilité d'obtenir le recouvrement de sa créance de somme d'argent.

3 : Le recouvrement de la créance de somme d'argent: les solutions du maître de l'ouvrage

La résiliation du contrat de construction ainsi que son retard dans l'exécution ouvrent droit au versement de dommages-intérêts au profit du maître de l'ouvrage. S'agissant d'une obligation de donner, le recouvrement de cette créance est subordonné au respect de dispositions impératives. A ce titre, le maître de l'ouvrage ne peut pas actionner le débiteur en vue d'obtenir le versement de cette somme d'argent, et ce dernier ne peut pas faire œuvre de diligence en payant le créancier en application de l'article L. 622-7-I du Code de commerce. Dans cette hypothèse, tout intéressé pourrait demander la nullité du paiement, les sommes perçues par le maître de l'ouvrage devront être restituées en sus de sanctions pénales à son encontre en vertu de l'article L. 654-8 3°.

Cependant le maître de l'ouvrage peut compenser sa créance avec les sommes qui lui reste à verser au débiteur sous réserve que toutes deux soient connexes (a). S'il demeure créancier d'une somme résiduelle, il pourra obtenir paiement de cette créance dans le cadre de l'exécution du plan ou de la distribution de l'actif restant, en cas de liquidation judiciaire, en fonction

de l'actif existant. Le débiteur qui chercherait à se délester de son patrimoine pour ne pas avoir à rembourser ses créanciers pourrait être actionné par le maître de l'ouvrage en annulation de certains actes passés par le débiteur (b).

a) *La compensation comme moyen d'extinction de la créance du maître de l'ouvrage*

Véritable exception à l'interdiction des paiements affectant le débiteur en procédure collective, la compensation permet au maître de l'ouvrage de ne pas payer à son cocontractant le montant des travaux correspondant à la créance qu'il détient à son encontre. Avant le jugement d'ouverture, ce mécanisme peut être employé dans la mesure où la créance du maître est certaine, liquide et exigible, conformément à l'article 1289 du Code civil³⁴. Ainsi, le non respect des délais d'exécution peut justifier le versement de pénalités de la part de l'entrepreneur si une clause pénale est conventionnellement prévue. Le maître de l'ouvrage préférera imputer le montant de ladite pénalité sur le montant des travaux qu'il lui reste à payer.

Le prononcé du jugement d'ouverture ne modifie pas substantiellement la situation du maître de l'ouvrage. La compensation peut être invoquée à la condition que la créance du maître de l'ouvrage soit régulièrement déclarée mais aussi que les créances et les dettes respectives soient connexes. La jurisprudence a reconnu l'existence de cette condition de connexité lorsque les créances résultaient de l'exécution ou de l'inexécution d'un même contrat³⁵. En conséquence, le maître de l'ouvrage peut compenser les sommes dont il est créancier en raison de l'exécution ou de l'inexécution du contrat de construction avec ses dettes contractées à l'égard de l'entrepreneur³⁶.

Les conditions du droit commun ne sont pas pour autant évincées si bien que les créances doivent être certaines, sans être nécessairement

³⁴ Cass. Com. 17 mai 1994, pourvoi n° 91-20.083, *Bull. Civ. IV, n° 178*

³⁵ Cass. com., 15 janvier 1968. *Bull. civ. IV, n° 20*, p.16 où une compagnie d'assurance a opéré une compensation entre l'indemnité du sinistre et les primes dont elle est créancière

³⁶ Cass. com., 4 juillet 1973. D. 1974, 425, note Ghestin

liquides et exigibles³⁷. En ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt en date du 25 mai 1976, que le maître de l'ouvrage ne peut pas compenser les dommages-intérêts, conséquence du retard dans l'exécution des travaux, avec le montant de ceux-ci, subséquemment à sa demande de désignation en référé d'un expert chargé d'examiner les conditions d'exécution du marché, à défaut de décision judiciaire établissant l'existence et le montant de sa créance³⁸. Hormis cette hypothèse, la jurisprudence semble autoriser la compensation de dettes issues du même contrat.

Il en va différemment lorsque la créance est d'origine délictuelle³⁹. En conséquence, le maître de l'ouvrage, actionné par un voisin sur le fondement des troubles anormaux du voisinage, ne pourra pas imputer le montant des sommes qu'il versera à ce tiers en réparation sur le prix des travaux dont il est débiteur envers l'entrepreneur. En effet, le maître de l'ouvrage dispose d'une action récursoire, d'origine délictuelle, à l'encontre de ce dernier écartant toute faculté de compensation. Ici, le maître de l'ouvrage sera impuissant en raison de l'arrêt des poursuites individuelles de sorte qu'il ne pourra pas se retourner contre l'entrepreneur pour obtenir le remboursement des frais versés.

b) L'action du maître de l'ouvrage en annulation des actes passés pendant la période suspecte

La période suspecte s'entend du laps de temps entre le moment où le débiteur est en cessation des paiements et le jour où le jugement d'ouverture est prononcé. En conséquence, cette période n'existe pas si le débiteur est en procédure de sauvegarde, puisque l'une des conditions d'ouverture est l'absence de cessation de paiements du débiteur, ou lorsque le jugement d'ouverture ne mentionne pas la date de cessation des paiements; celle-ci est alors acquise au jour dudit jugement.

³⁷ Cass. Com. 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.032, *Bull. Civ. IV*, n° 263

³⁸ Cass. Com., 25 mai 1976 : *Bull. Civ. IV*, n° 180, p. 152

³⁹ Cass. Com., 22 avril 1997 : *JCP E 1997*, 681, n° 18, obs. Ph. PETEL

Durant cette période, le débiteur dispose librement de son patrimoine de sorte qu'en connaissance de l'état de cessation des paiements de son entreprise, il est présumé préparer son insolvabilité ou favoriser certains créanciers en vue d'assurer la poursuite de son activité. En vertu du principe de l'égalité des créanciers, l'administrateur, le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le ministère public⁴⁰ peuvent demander le report de la date de cessation des paiements, sous réserve de caractériser l'impossibilité du débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁴¹, ou la nullité des actes passés pendant cette période un an à compter du prononcé du jugement d'ouverture, que cette nullité soit de droit ou facultative, en application, respectivement, des articles L. 632-1, I et L. 632-2 du Code de commerce.

En conséquence, le maître de l'ouvrage ne peut pas tenter lesdites actions. Seuls les créanciers contrôleurs peuvent ester en justice en cas de carence du mandataire judiciaire⁴². Si le maître de l'ouvrage souhaite être nommé aux fonctions de contrôleurs, une demande doit être adressée au greffe sous la forme d'une déclaration reprenant le montant de sa créance. Le juge-commissaire désignera au plus cinq contrôleurs après l'expiration d'un délai de vingt jours à compter du jugement d'ouverture⁴³.

La nullité aura pour effet de reconstituer le patrimoine du débiteur. En d'autres termes, les biens cédés pendant ce laps de temps devront être restitués au débiteur en raison de l'effet rétroactif de la nullité, revalorisant *de facto* le patrimoine de l'entrepreneur et augmentant les chances du maître de l'ouvrage de recouvrer sa créance.

Si le maître de l'ouvrage ne serait pas désigné, il dispose de la faculté d'exercer l'action paulienne qui, si elle aboutit, engendrera l'inopposabilité de l'acte audit créancier⁴⁴. Permettant d'attaquer les actes passés antérieurement à la cessation des paiements, l'aboutissement de cette action

⁴⁰ Article L.631-8, al. 3 du Code de Commerce

⁴¹ Cass. com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-13.542, *Bull. civ. IV. n°188*

⁴² Article L.622-20 du Code de commerce

⁴³ Article R. 621-24, R. 631-16 et R. 641-11 du Code de commerce

⁴⁴ Cass. Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.232, *Bull. Civ. IV, n° 214*

est subordonné à la démonstration, souvent délicate, de la fraude du débiteur. De plus, elle ne permet pas de remettre en cause des paiements, sauf à démontrer qu'ils sont anormaux puisqu'ils présument alors la fraude.

Le maître de l'ouvrage serait plus inspiré à saisir le mandataire judiciaire afin qu'il actionne le débiteur en annulation des actes passés durant la période suspecte. En cas d'inaction de ce dernier, l'action paulienne retrouve tout son intérêt en vue de combattre les actes effectués par l'entrepreneur en fraude de ses droits⁴⁵.

⁴⁵ Article 1167 du Code civil

Chapitre 2 : L'efficacité des suretés du domaine de la construction

Pour pallier les méfaits d'une défaillance de l'entrepreneur, le droit organise une protection du maître de l'ouvrage au moyen de suretés. Le contrat de construction conclu dans le cadre du secteur protégé du logement engendra l'obligation pour le constructeur de fournir des garanties au maître de l'ouvrage en vue de lui assurer la bonne exécution des travaux.

Toutefois, l'efficacité de la garantie consentie au maître de l'ouvrage par un constructeur, ultérieurement en procédure collective (Section 2) est subordonnée à la nature de ladite sûreté (Section 1).

Section 1 : La délicate détermination de la nature des suretés applicables au domaine de la construction

Légalement qualifiées de cautionnement solidaire (§1), les sûretés du secteur de la construction ont fait l'objet d'une disqualification prétorienne (§2).

§ 1 : La qualification légalement admise : le cautionnement solidaire

Que ce soit dans le cadre de la VEFA (A) ou du CCMI (B), la sûreté lié s'analyse en un cautionnement solidaire.

A : La place du cautionnement solidaire dans la VEFA

A défaut de fournir une garantie intrinsèque à l'acheteur, le vendeur en l'état futur devra fournir une garantie extrinsèque qui se matérialisera le plus fréquemment en une garantie d'achèvement, définie à l'article R. 261-21 du

Code de la construction et de l'habitation. Cette sureté offrira une certaine sécurité juridique à l'acheteur qui pourra, en cas de défaillance du vendeur, faire jouer la garantie en vue d'obtenir la bonne fin des travaux.

Cette garantie peut se manifester sous deux formes. Il peut s'agir d'une ouverture de crédit consentie, la plupart du temps, par un établissement bancaire, qui s'engage à avancer les fonds ou à payer, pour le compte du vendeur, les sommes nécessaires à l'achèvement des travaux. Le droit pour l'acquéreur, voir le sous-acquéreur, d'en exiger l'exécution devra être mentionné expressément. Le garant peut par ailleurs consentir une convention de cautionnement dont la solidarité devra être stipulée.

Dans les deux cas, le garant sera tenu au respect de ses engagements si les prescriptions du contrat de vente ne sont pas exécutées totalement et ce, même si les dispositions du contrat de garantie sont plus restrictives⁴⁶. L'interprétation jurisprudentielle s'oriente vers une protection accrue de l'acquéreur qui pourra obtenir la parfaite exécution du contrat de vente sans que le garant ne puisse lui opposer les clauses du contrat de garantie.

Le garant sera alors tenu de verser les sommes nécessaires à l'achèvement des travaux à moins qu'il ne préfère les réaliser lui-même. S'agissant fréquemment d'un établissement bancaire, cette seconde hypothèse sera rarissime en pratique.

Toutefois, la garantie sera inopérante pour réparer les dommages de nature décennale⁴⁷ ou pour indemniser l'acquéreur de son préjudice lorsque le contrat de vente doit être résolu en raison de l'impossibilité d'achever les travaux. Ce sera notamment le cas lorsqu'une règle d'urbanisme s'oppose à l'achèvement des travaux⁴⁸. Mais surtout, en cas de modification du programme cautionné sans l'accord du garant, la garantie devient caduque pour l'avenir⁴⁹.

⁴⁶ Cass, 1er civ., 28 octobre 1981, *RD imm.*, 1982, p. 526, obs. Groslière et Jestaz

⁴⁷ Cass, 3e civ., 13 avril 1988, *Bull.*, n° 69, p. 40

⁴⁸ Cass, 3e civ., 17 mars 1999, *Bull.*, III, n° 71, p. 49

⁴⁹ T. com., Paris, 7 février 2003, *Constr. Urb.*, 2003, 218, obs. Sizaire

Plus rare en pratique, la garantie extrinsèque de remboursement, consentie fréquemment par un établissement bancaire, prendra la forme d'un cautionnement solidaire par lequel la caution s'engage à rembourser à l'acquéreur les frais versés en raison des prestations exécutées, lorsque le contrat de vente sera résolu de façon amiable ou judiciairement pour défaut d'achèvement⁵⁰.

L'articulation entre ces deux garanties présente un intérêt certain puisque la garantie d'achèvement protège efficacement l'acquéreur au début du contrat, au moment où les travaux ne font que commencer, alors que la garantie de remboursement n'est réellement intéressante qu'à la fin de ceux-ci, au moment où les frais engagés sont conséquent. Pour cette raison, l'article R. 261-23 du CCH permet de passer de la garantie d'achèvement à la garantie de remboursement au milieu du contrat dès lors que cette substitution est expresse⁵¹.

B : Le cautionnement solidaire dans le CCMI

Avant tout commencement des travaux, le constructeur est tenu de fournir au maître de l'ouvrage une garantie de livraison définie à l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation dont l'attestation devra être annexée au contrat de construction sous peine de sanctions pénales⁵². Assimilable à une caution solidaire, cette garantie de livraison couvre le maître de l'ouvrage contre l'inexécution ou la mauvaise exécution des travaux contractuellement prévus à compter de la déclaration réglementaire d'ouverture de chantier⁵³.

En cas de dépassement du délai de livraison ou de non-réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves, le garant peut s'en apercevoir ou en être informé par le maître de l'ouvrage. Il va alors mettre en demeure, par

⁵⁰ Article R. 261-22 du Code de la construction et de l'habitation

⁵¹ CA Aix, 5 décembre 1978, *JCP*, 1980, 11, 19342, note BERGEL

⁵² L. 241-8 du Code de la construction et de l'habitation

⁵³ Cass. 3e civ., 26 juin 2002, *Bull. III*, n° 150, p. 127, *Constr-Urb.*, 2002, 235, obs Sizaire

acte d'huissier⁵⁴, le constructeur de livrer l'immeuble ou de terminer les travaux. A défaut de réponse dans le délai de quinze jours, la garantie est mise en œuvre. De même, en cas de redressement judiciaire du constructeur, cette mise ne demeure sera adressée, sous la même forme, à l'administrateur judiciaire conformément aux dispositions de l'article L. 622-28 du Code de commerce. A défaut de réponse dans le délai d'un mois suivant ladite mise ne demeure ou en cas de réponse positive non suivi d'effet dans les quinze jours, la garantie sera due.

Le garant pourra exécuter les travaux lui-même, ce qui sera rare en pratique en raison de sa qualité d'établissement de crédit ou d'entreprise d'assurance agréé. Dans la quasi totalité des cas, il désignera la personne qui achèvera les travaux sous sa responsabilité. Il sera ainsi responsable en cas d'inaptitude du constructeur⁵⁵. Toutefois, l'article L. 261-6 du Code de la construction et de l'habitation ne s'oppose pas à ce que le maître de l'ouvrage désigne lui-même la personne qui sera chargée de terminer les travaux au frais du garant. Enfin, lorsque le bâtiment a atteint le stade du hors d'eau, le garant peut proposer au maître de l'ouvrage de déterminer lui-même la personne qui sera chargé de l'achèvement des travaux sans que ce dernier ne puisse lui imposer cette solution. Ainsi, le maître de l'ouvrage ne saurait désigner cette personne sans avoir obtenu l'autorisation préalable du garant.

Le maître de l'ouvrage lui versera alors les sommes correspondant aux travaux que le garant a lui-même exécuté ou fait exécuté en fonction de leur état d'avancement. Mais si ce dernier se refusait à désigner un repreneur de chantier, il encourt des dommages-intérêts en sus des pénalités de retard conventionnellement prévues⁵⁶.

⁵⁴ R. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation

⁵⁵ CA Paris, 5 mars 2003, *Constr. Urb.*, 2003, 174

⁵⁶ Cass. 3e civ., 28 mars 2007, *Bull. III*, n°44, p. 38, *Constr. Urb.*, 2007, 115, obs. Sizaire

§ 2 : Les incidences prétoriennes quant à la nature des garanties du secteur de la construction

Légalement qualifiées de cautionnement solidaire, les suretés du domaine de la construction voient leurs natures substantiellement modifiées sous l'influence des décisions jurisprudentielles qui affectent tant les garanties applicables à la VEFA (A) que celles régissant le contrat de construction de maisons individuelles (B).

A : La nature des suretés dans la VEFA: la qualification garantie autonome

Suivant les dispositions de l'article R. 261-21 du Code de la construction et de l'habitation, la garantie d'achèvement prend généralement la forme d'un cautionnement solidaire. Toutefois, dans un arrêt de principe rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 mars 1997, les juges du droit ont considéré que l'engagement du garant ne constituait pas un cautionnement solidaire mais une garantie autonome⁵⁷.

Dans un souci de protection de l'acquéreur immobilier, les effets du cautionnement ne peuvent plus lui être opposés. L'obligation du garant ne suit pas les vicissitudes de la dette principale et, en conséquence, l'extinction de cette dernière pour quelque motif que ce soit ne libère pas le garant de son obligation envers l'acquéreur de financer l'achèvement des travaux à première demande de celui-ci. En effet, en application de l'article 2321 du Code civil quatrième alinéa, l'obligation du garant ne suit pas l'obligation principale, si bien qu'il reste tenu à l'égard de l'acquéreur.

De surcroît, l'article précité, en son troisième alinéa, dispose que « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ». Le garant d'achèvement, tout comme le garant de remboursement, ne peut se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les rapports entre le vendeur et l'acquéreur.

⁵⁷ Cass. 3e civ., 12 mars 1997, *Bull. III*, n° 53, p. 33, *JCP*, 1997, *IV*, n° 988

Toutefois, le garant n'a pas à supporter la charge finale de la dette, si bien qu'une fois que les travaux d'achèvement seront terminés, il pourra se retourner contre le vendeur pour obtenir le remboursement des sommes versées. Si le vendeur subit une procédure de liquidation judiciaire, le garant est en droit d'exiger de l'acquéreur les sommes restant dues⁵⁸.

La qualification de garantie autonome est plus protectrice des intérêts du maître de l'ouvrage acquéreur, lequel demandera au garant de verser les sommes nécessaires à l'achèvement des travaux sans que celui-ci ne puisse disposer d'une quelconque faculté de discussion. Cette position prétorienne s'étend au contrat de construction de maisons individuelles en vue de protéger le maître de l'ouvrage contre la défaillance du constructeur.

B : La nature de la garantie de livraison: caution, assurance ou garantie autonome

Légalement qualifiée de cautionnement solidaire⁵⁹, la nature de la garantie de livraison a fait l'objet d'une jurisprudence constante de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui lui refuse cette qualification. Dans un arrêt en date du 4 octobre 1995⁶⁰, les juges du droit ont ainsi considéré que le garant de livraison payait sa propre dette lorsqu'il était appelé en garantie et non la dette du constructeur.

Toutefois, cette solution s'expliquait par la volonté de la Haute Juridiction de protéger le maître de l'ouvrage. En effet, la société de construction subissant une procédure de liquidation judiciaire, ce dernier était tenu de déclarer sa créance. A défaut d'avoir exécuté cette formalité, le garant lui a opposé l'extinction de la dette principale en application de l'article 53 de la loi du 25 juillet 1985. S'agissant d'une convention de

⁵⁸ Cass, 3e civ., 7 novembre 2007, *Bull. III, n° 191, p. 174*

⁵⁹ Article L. 261-6 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « La garantie de livraison est constituée par une caution solidaire donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance agréés à cet effet »

⁶⁰ Cass. 3e civ., 4 octobre 1995, *Sté Les assurances du crédit Namur c/ Groupement français d'assurance et autres, arrêt n° 1818, JCP 1995. II. 22545*

cautionnement, l'engagement du garant est accessoire à la dette principale et en conséquence, elle en suit les vicissitudes, si bien que l'extinction de cette dernière libère la caution. Ainsi, nonobstant la lettre de l'article L.261-6 du Code de la construction et de l'habitation, les juges du droit ont statué afin de permettre au maître de l'ouvrage de bénéficier de la garantie de livraison qui n'aurait pu produire ses effets si l'article précité avait été appliqué dans toute sa rigueur, c'est à dire si la qualification de cautionnement avait été retenue.

Cependant, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite « loi de sauvegarde des entreprises » a apporté un correctif à la loi ancienne en admettant que la sanction du défaut de déclaration de créance n'est plus l'extinction de cette dernière mais son inopposabilité à la procédure. Cette jurisprudence n'avait donc plus lieu d'être puisque, comme nous l'avons vu, le maître de l'ouvrage n'est plus dénué de recours contre le constructeur débiteur.

Et pourtant dans trois arrêts rendus le 1er mars⁶¹ et le 27 septembre 2006⁶², les juges du droit réaffirment leur position en considérant que le garant rempli une obligation qui lui ait personnelle, de sorte qu'il n'est pas en droit d'agir contre le constructeur ou la caution de ce dernier. La Haute Juridiction avait déjà statué en ce sens avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée en jugeant que l'engagement du garant est assimilable à une « *garantie légale d'ordre public, distincte d'un cautionnement* », pour rejeter le pourvoi du garant appelé en garantie et qui avait opposé au maître de l'ouvrage la novation du contrat de construction de maison individuelle⁶³. Cette solution fut d'ailleurs très critiquée puisque le garant était tenu de garantir un contrat substantiellement différent des stipulations contractuelles initiales⁶⁴.

⁶¹ Cass. 3e civ., 1er mars 2006, pourvoi n° 04-16.297, *Bull. Civ. III*, n° 50

⁶² Cass. 3e civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.674, *Bull. Civ. III*, n° 188 et Cass. Civ. 3e civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-17.774

⁶³ Cass. 3e civ., 4 juin 2003, *Montanin c/ Sté France caution*, arrêt n° 681, *Juris-Data* n° 2003-019272

⁶⁴ *Constr.-Urb.* 2003, n° 246, comm. Note Sizaire

Cette jurisprudence constante permet d'écarter la qualification de cautionnement pour définir l'engagement du garant de livraison sans en établir la nature. La doctrine s'est donc penchée sur la question. Monsieur le Professeur Jean-Michel BERLY⁶⁵ considère que l'engagement du garant de livraison est une garantie autonome en ce sens qu'il est tenu d'intervenir à première demande du maître de l'ouvrage. Toutefois la troisième Chambre civile de la Cour de cassation refuse de la considérer comme telle en écartant tout recours subrogatoire du garant envers le constructeur au motif que le garant, lorsqu'il paye le maître de l'ouvrage, paye sa propre dette qui lui est personnelle. De surcroît, cette qualification semble erronée en ce sens que le garant ne sera appelé à intervenir par le maître de l'ouvrage qu'en cas de défaillance du constructeur. En conséquence, le maître de l'ouvrage ne peut appeler le garant de livraison en garantie tant que cette défaillance n'est pas dûment constatée en application de l'article L. 261-6 du CCH.

Monsieur le Professeur H. PERINET MARQUET⁶⁶ considère quant à lui, avec prudence, que l'engagement du garant est assimilable à une assurance. Cette qualification fait l'objet de critiques notamment de la part de Monsieur le Professeur Ph. SIMLER qui s'appuie sur l'article L.261-6 du CCH qui dispose que « *la garantie est constitué par une caution solidaire* »⁶⁷.

Malgré ces divergences doctrinales, quelques éléments, mis en exergue par Monsieur le Professeur Daniel TOMASIN, peuvent être signalés⁶⁸. Cet auteur reprend les termes utilisés par la Haute Juridiction pour qualifier l'engagement du garant qui serait alors un engagement personnel pour compte propre. La conséquence *sine qua non* est que le garant ne peut arguer d'un quelconque recours subrogatoire de l'article 1251-3° du Code civil à l'encontre du constructeur pour obtenir le remboursement

⁶⁵ RDI, n° 4 - Avril 2009, par Jean-Michel BERLY, *La garantie de livraison de l'article L.261-6 du CCH: de Charybde en Scylla!*

⁶⁶ H. PERINET MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 8e éd., n° 1697

⁶⁷ Ph. SIMLER, *Recours du garant de la livraison à prix et délai convenus contre le constructeur défaillant. Résistance à la jurisprudence de la Cour de Cassation*, Constr.-Urb., 2008, Et. 15.

⁶⁸ D. TOMASIN, RDI n° 3 - Mars 2009, p. 179, *Le garant de livraison n'a pas de recours subrogatoire contre le constructeur de maison individuelle garanti*

de ce qu'il a du verser au maître de l'ouvrage. En effet, le garant paye sa propre dette et non celle d'autrui, de sorte que c'est sur sa personne que pèse la charge définitive de la dette et non sur le constructeur.

Unanimement critiqué par la doctrine, la jurisprudence constante de la Cour de cassation dénature la lettre de l'article L. 261-6 du CCH mais surtout, en cherchant à protéger le maître de l'ouvrage, elle risque de compliquer davantage la tâche des constructeurs de maisons individuelles. Outre les primes d'assurance dommages-ouvrage, ces derniers payeront sans doute des tarifs d'intervention qui devraient augmenter. En effet, le garant de livraison, supportant la charge définitive de la dette à défaut de recours contre le constructeur, augmentera ses tarifs afin de rééquilibrer son budget, puisque ce sera ses fonds propres qui financeront les interventions.

La qualification des sûretés est essentielle puisque de leur nature dépendra le sort du maître de l'ouvrage en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur.

Section 2 : Les modalités de mise en œuvre des garanties du secteur de la construction en cas de défaillance du constructeur

Alors que l'usage de la garantie intrinsèque est fréquente dans le cadre de la VEFA, son efficacité est très critiquée (§2), contrairement aux garanties extrinsèques (§1).

§ 1 : La condition de l'efficacité des garanties du secteur de la construction en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur: l'extranéité de la sûreté

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur n'a aucune incidence sur la mise en œuvre de la garantie extrinsèque (A), si bien

que la négligence fautive du maître de l'ouvrage liée à l'absence de déclaration de sa créance ne lui ôte pas la faculté de faire appel à cette sûreté (B).

A : La stérilité des effets des procédures collectives sur les garanties extrinsèques du secteur de la construction

En cas de défaillance du constructeur, la protection du maître de l'ouvrage sera subordonnée à sa faculté à mettre en œuvre les garanties consenties. Force est de constater que l'ouvrage est en cours de construction au moment où le constructeur ne peut plus faire face à ses engagements. En conséquence, pour éviter toute dégradation de l'ouvrage existant en raison notamment des événements naturels, il est essentiel que les travaux s'achèvent dans l'idéal suivant les délais convenus. Pour ce faire, le maître de l'ouvrage doit disposer de la faculté de poursuivre le garant qui se chargera d'achever les travaux selon les modalités prévues.

Ce point ne semble pas posé de difficultés puisque le maître de l'ouvrage, qui n'est pas affecté par l'arrêt des poursuites individuelles à l'encontre du constructeur, ne peut se voir opposer la suspension des dites poursuites par le garant. En conséquence, alors que les créanciers débiteurs de sommes d'argent sont neutralisés par la suspension des poursuites en application de l'article L.622-17 I du Code de commerce, le maître de l'ouvrage peut poursuivre son débiteur et par la même occasion, le garant.

En outre, le garant ne pourra pas opposer au maître de l'ouvrage l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que les intérêts et majorations de retard. En effet, alors que les sûretés personnelles personnes physiques bénéficient de l'arrêt du cours des intérêts en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre du constructeur⁶⁹, les garants personnes morales ne peuvent se prévaloir de cette disposition. Dans le secteur de la construction, les garanties sont consenties par des

⁶⁹ Article L.621-65 du Code de Commerce

établissements de crédit ou d'assurance agréés à cet effet, de sorte que, constituant assimilables à des personnes morales, ils ne peuvent opposer au maître de l'ouvrage l'arrêt du cours des intérêts. En conséquence, le garant sera tenu d'achever les travaux en sus d'éventuels pénalités dues au créancier en cas notamment de retard dans l'exécution de ces derniers.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constructeur ne modifie pas la situation du maître de l'ouvrage quant aux modalités de mise en œuvre de la garantie qui pourra produire ses effets même en cas de défaut de déclaration de la créance du maître de l'ouvrage.

B : L'efficacité de la garantie extrinsèque nonobstant la négligence fautive du maître de l'ouvrage: l'inopposabilité du défaut de déclaration de la créance

Avant la réforme opérée par la loi du 26 juillet 2005, s'appliquaient les dispositions de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 qui prévoyait que les créanciers forclos en raison du défaut de déclaration de leur créance subissaient l'extinction de leur dette. Cet article engendrait de lourdes conséquences pour le maître de l'ouvrage puisqu'à défaut d'avoir déclaré sa créance, il ne pouvait plus la recouvrer entre les mains du constructeur débiteur ni même contre la caution. En effet, dans un arrêt en date du 17 juillet 1990, les juges du droit avaient considéré que l'extinction de la créance constituait une exception inhérente à la dette que la caution était en droit d'opposer au créancier pour être entièrement déchargée⁷⁰. Les garanties du secteur de la construction étaient alors qualifiées de convention de cautionnement, si bien que le maître de l'ouvrage, qui ne déclarait pas sa créance, se retrouvait démuné face à la défaillance du constructeur.

Pour protéger ce créancier, la Haute Juridiction a alors opéré une modification de la nature de l'engagement du garant pour le qualifier tantôt d'engagement personnel pour compte propre, tantôt de garantie autonome.

⁷⁰ Cass, com. 17 juillet 1990, *Bull. civ. IV, n°214 et 215*

Dans les deux cas, les solutions rendues par les juges du droit s'expliquaient par la volonté d'annihiler la faculté du garant d'invoquer l'extinction de la dette principale afin d'être totalement déchargé de son engagement. Indépendant de la dette principale, cet engagement n'en est pas l'accessoire, de sorte que la position adoptée se justifie juridiquement sur ce point.

La loi du 26 juillet 2005 va abroger l'article L.621-46, alinéa 4 du Code de commerce qui reprenait les dispositions de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985. Désormais, le créancier qui n'aura pas déclaré sa créance ne sera pas admis à participer à la répartition ou au versement de dividendes dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement⁷¹. L'ordonnance du 18 décembre 2008 modifiera l'article L.622-26, alinéa 2 dudit code en disposant que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur.

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, ledit article accorde, notamment aux personnes ayant consenti une sûreté personnelle, la possibilité d'opposer au créancier le défaut de déclaration de la créance pendant toute la durée d'exécution du plan. Cependant cette faculté ne leur ait pas attribué dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L.631-14, alinéa 6 du Code de commerce.

Cette disposition tend à encourager les dirigeants sociaux, qui garantissent avec leurs patrimoines privés les dettes de leurs sociétés, à demander l'ouverture d'une procédure anticipée de traitement des difficultés. Cette motivation justifie que cette disposition ne s'étend pas aux personnes morales qui garantissent les dettes d'autrui.

Or, force est de constater que les garanties offertes au maître de l'ouvrage sont consenties par un établissement bancaire ou d'assurance agréé à cet effet. S'agissant de personnes morales, ils ne peuvent opposer au maître de l'ouvrage le défaut de déclaration de sa créance. En d'autres termes, ce dernier pourra mettre en œuvre la garantie dès que l'inexécution du constructeur, en procédure collective, aura été dûment constatée nonobstant l'absence de ladite formalité.

⁷¹ Article L.522-26, al.1er du Code de commerce

Cependant, alors que les garanties extrinsèques offrent une protection accrue au maître de l'ouvrage, les intérêts de ce dernier sont davantage menacés en cas de défaillance du constructeur qui aurait consenti une garantie intrinsèque.

§ 2 : La dangerosité de la garantie intrinsèque pour le maître de l'ouvrage en cas de défaillance du constructeur

La garantie intrinsèque ne constitue pas une garantie absolue pour l'acquéreur (A) mais a le mérite de permettre la subsistance des petites entreprises de construction (B)

A : Les limites à la garantie intrinsèque pour l'acquéreur

La garantie intrinsèque se retrouve dans les contrats de VEFA où le constructeur peut, sous certaines conditions, préférer la consentir en lieu et place de la garantie extrinsèque d'achèvement. Toutefois, cette garantie n'offre pas la protection que l'on peut légitimement espérer puisqu'elle pourrait nuire aux intérêts du maître de l'ouvrage en cas de défaillance du constructeur.

Cette garantie fut qualifiée dès 1975 de « garantie illusoire » par Me J.-J. PREA⁷². En effet, elle permet au constructeur, qui peut être le vendeur dans le cadre de la VEFA, de ne pas fournir une garantie extrinsèque d'achèvement à son cocontractant si l'opération présente des éléments de fiabilité laissant penser que les travaux seront achevés par le constructeur.

Le constructeur sera dispensé de fournir une garantie extrinsèque lorsque l'immeuble qui se trouve au stade du hors d'eau n'est pas grevé d'hypothèque, en application de l'article R. 261-18 a) du CCH. Le constructeur a suffisamment avancé les travaux sans apport de crédit

⁷² Me J.-J. PREA, *Une garantie illusoire: la garantie intrinsèque de bonne fin en matière de vente d'immeubles à construire*, Defrénois 1975. 1537

extérieur pour que l'on puisse penser l'opération fiable. Toutefois, cette présomption de financement de l'opération est incomplète puisqu'elle se base sur des éléments objectifs qui ne se suffisent pas à eux-mêmes. Ainsi, aucun contrôle n'est réalisé sur la situation financière réelle du vendeur constructeur qui pourrait par exemple ne pas avoir payé ses cocontractants, architectes ou entrepreneurs⁷³.

En outre, l'article R. 261-18 b) du CCH dispose que le constructeur ne sera pas tenu de fournir une garantie extrinsèque lorsqu'il a la capacité de financer 75% du programme au moyen de ses fonds propres. Le risque serait alors qu'un vendeur, en difficulté financière, décide de brader des immeubles en vue d'atteindre ce seuil, au risque de rencontrer un défaut de financement en fin de programme.

Le constructeur a encore la possibilité de prouver ce financement à hauteur de 75% par le biais de crédits bancaires. Le notaire s'assurera de la réalité et de la régularité de ce crédit en application de l'article R. 261-20 du CCH. Toutefois, le constructeur n'a aucune obligation d'affectation des fonds prêtés, de sorte que l'acquéreur pourrait être tenu de financer l'achèvement des travaux avec ses fonds propres en cas de défaillance du constructeur qui aurait utilisé lesdits fonds à d'autres fins.

L'acquéreur ne sera pas plus protégé par l'article R. 261-19 du CCH selon lequel le constructeur ne sera pas tenu de fournir une garantie extrinsèque pour la construction d'une maison individuelle en l'état futur d'achèvement. Ici, une « grille écrasée » sera pratiquée, échelonnant davantage les versements de l'acquéreur (20% à l'achèvement des fondations, 45% à la mise hors d'eau, 85% à l'achèvement de la maison). Cela permet à l'acquéreur de limiter ses versements de fonds sans le protéger contre la défaillance du constructeur qui l'obligera à achever les travaux au moyen de ses fonds propres. De surcroît, en cas de construction de plus de vingt maisons individuelles nécessitant la réalisation d'éléments

⁷³ JCP N 1997. 1035 préc, M. DAGOT

d'équipements communs, le vendeur doit s'engager à les réaliser ou à consentir une garantie extrinsèque d'achèvement ponctuelle.

En dépit de toutes les critiques mises en exergue par la doctrine, le maintien de la garantie intrinsèque est nécessaire pour une majorité des acteurs économiques de la construction qui ne pourraient subsister en son absence.

B : La nécessité économique de maintenir la garantie intrinsèque

En ces temps de crise, les établissements bancaires sont réticents à se porter caution en vue de garantir les opérations des entreprises du secteur de la construction. Si ladite opération était subordonnée à l'octroi d'une garantie extrinsèque, force est de constater que l'activité des petites entreprises serait menacée en raison du faible soutien apporté par les banques. La garantie intrinsèque se présente alors comme un moyen pour ces entreprises de pouvoir poursuivre leur activité. A défaut, il y a fort à penser que ces entreprises seraient en liquidation judiciaire aujourd'hui.

Toutefois, les entreprises pour lesquelles la garantie intrinsèque est maintenue sont celles qui présentent le plus gros risque de défaillance⁷⁴. En effet, ces petites entreprises disposent de faibles moyens et sont susceptibles de ne pouvoir faire à leurs engagements en fonction des aléas du marché.

C'est pour cela que la loi du 19 décembre 1990 substitua à la garantie intrinsèque d'achèvement, la garantie de livraison dans le contrat de construction de maisons individuelles⁷⁵. Récemment, la loi du 13 juillet 2006 a volontairement écarté tout recours à la garantie intrinsèque dans la vente d'immeubles à rénover en introduisant l'article L. 262-7 du CCH qui instaure une garantie extrinsèque d'achèvement.

⁷⁴ M Le Professeur H. PERINET-MARQUET considère que « les vendeurs les moins fiables fournissent, paradoxalement, la garantie la plus faible », *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 8 éd. n° 1566

⁷⁵ Article L. 261-6 du CCH

Le législateur a même été plus loin en interdisant certains vendeurs en l'état futur d'achèvement de recourir à ce type de garantie. Ainsi, le décret n° 2004-933 du 2 septembre 2004 ôte la faculté aux organismes HLM de consentir une garantie intrinsèque d'achèvement. Conformément aux dispositions de l'article L. 453-1 du CCH, seules des garanties extrinsèques de remboursement ou d'achèvement seront accordées par la société de garantie des organismes d'HLM.

Conclusion Partie 1

Alors qu'il est relativement difficile d'obtenir l'achèvement des travaux de construction par le constructeur en procédure collective, les garanties extrinsèques et de livraison se présentent comme des moyens efficaces pour le maître de l'ouvrage d'obtenir dans les meilleurs délais l'exécution du contrat. En effet, il arrive fréquemment que le constructeur en procédure collective ne puisse plus faire face à ses engagements ou encore qu'il résilie lui-même ou par la personne chargée de représenter l'entreprise le contrat de construction. Une fois la défaillance constatée, le maître de l'ouvrage pourra demander au garant d'achever les travaux sans qu'il ait eu besoin de déclarer sa créance au passif du constructeur débiteur.

Ces garanties sont obligatoires dans le cadre du secteur protégé du logement mais aucun texte législatif ou réglementaire n'interdit d'appliquer ces garanties en dehors du secteur susvisé. Le coût démesuré que devrait impliquer la garantie de livraison devrait résigner les acteurs du domaine de la construction. A l'inverse, les garanties extrinsèques pourraient être intéressantes en vue de garantir efficacement le maître de l'ouvrage contre les risques inhérents à une opération de construction.

De surcroît, ces garanties sont d'autant plus efficaces qu'elles peuvent être mises en œuvre en cas de mauvaise exécution des travaux. En

conséquence, le maître de l'ouvrage pourra demander au garant de réparer tous les désordres que le constructeur aurait commis.

Toutefois, ces garanties ne présentent pas de sécurité absolue. Ainsi, la garantie de livraison prend fin lors de la réception des travaux sans réserves à condition, d'une part, qu'un écrit fut rédigé, et d'autre part que le maître de l'ouvrage se soit fait assister par un professionnel compétent. A défaut, la réception est acquise huit jours suivant la remise des clefs consécutive à une réception sans réserves durant ce laps de temps. En cas de réserves, la réception sera prononcée lors de leur levée. Quant aux garanties extrinsèques, elles prennent fin lors de l'achèvement de l'immeuble. En application de l'article R. 261-24 du CCH, ce dernier peut émaner soit de la déclaration d'un homme de l'art qui certifie de l'achèvement des travaux et de leur conformité au permis de construire⁷⁶, soit de sa constatation par une personne qualifiée désignée par les parties ou par ordonnance du Tribunal, conformément à l'article R. 261-2 du CCH.

En conséquence, force est d'admettre que les désordres apparaissent dans la majorité des cas subséquentement à l'achèvement des travaux ou à la réception effectuée avec ou sans réserves. Ces garanties ne produiront plus leurs effets de sorte que le maître de l'ouvrage pourrait être tenu de financer au moyen de ses fonds propres l'achèvement des travaux. Pour pallier à cette difficulté, la loi a prévu un dispositif protecteur des intérêts du maître de l'ouvrage ultérieurement à la réception des travaux.

⁷⁶ R. 462-1 du Code de l'Urbanisme

Partie 2 : La protection accrue du maître de l'ouvrage face à la mauvaise exécution des travaux: l'assurance construction

Lorsque les travaux de construction se révèlent être mal exécutés, le maître de l'ouvrage peut, une fois la réception prononcée, actionner les garanties prévues aux articles 1792 et suivants du Code civil. Ces garanties présentent néanmoins l'inconvénient suivant lequel le constructeur qui se charge des réparations est celui qui fut à l'origine du désordre. Il a ainsi pu perdre la confiance du maître de l'ouvrage qui souhaite faire exécuter les travaux de réparation par un autre constructeur. Surtout, si ledit constructeur subit l'ouverture d'une procédure collective, force est de constater que le maître de l'ouvrage ne pourra pas jouir du bénéfice de ces garanties légales puisqu'un créancier ne peut imposer l'exécution d'une obligation de faire à son débiteur subissant une telle procédure⁷⁷. Comme ce fut développé précédemment, cette exécution compromettrait les chances de redressement de l'entreprise débitrice, laquelle serait tenue de payer des salariés détachés sur un chantier qui ne lui rapportera aucun profit.

En conséquence, la loi du 4 janvier 1978, dite « loi Spinetta »⁷⁸, est venue modifiée ce qui constitue aujourd'hui l'assurance construction obligatoire. Dans le cadre des développements subséquents, ne sera étudiée que l'assurance dommages-ouvrage car, que ce soit le vendeur d'immeuble à construire, le promoteur immobilier ou le maître de l'ouvrage dans le contrat de construction de maisons individuelles, tous sont tenus de souscrire ladite assurance sous peine de sanctions civiles ou pénales⁷⁹. D'ailleurs, concernant ce dernier contrat, à défaut de disposer de ladite assurance, la

⁷⁷ Cass. Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 94-14.109

⁷⁸ Loi n° 78-14 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction

⁷⁹ L'article L. 243-3 du Code des assurances dispose que le défaut d'assurance est sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ou de l'une de ces deux peines

convention doit être conclue sous condition suspensive de son obtention, conformément à l'article L. 231-2 du CCH.

En cas de mauvaise exécution des travaux, le maître de l'ouvrage pourra appeler l'assureur en garantie afin de remédier aux désordres visés par cette assurance. Elle se révèle ainsi être un véritable outil dont la vocation est de protéger efficacement le maître de l'ouvrage (Chapitre 1). Toutefois, sa mise en œuvre est limitée notamment à la qualification du dommage (Chapitre 2).

Chapitre 1: L'assurance dommages-ouvrage comme outil de protection du maître de l'ouvrage

L'assurance dommages-ouvrage est conçue comme un moyen efficace de protéger le maître de l'ouvrage contre les risques inhérents à une opération de construction.

Son objet sera alors de garantir les dommages les plus graves affectant l'immeuble. Autonome de la situation du constructeur, son champ d'application large englobe la période d'exécution du contrat et la période des garanties légales.

En raison de la multiplication des malfaçons grevant les ouvrages, la souscription d'une assurance dommages-ouvrage est dans la quasi-totalité des cas obligatoire pour le maître de l'ouvrage. Corrélativement, les assureurs ont l'obligation de les assurer dès lors que les travaux portent sur des travaux de bâtiment tels que définis par l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005.

En cas de refus, le maître de l'ouvrage peut saisir le Bureau Central de Tarification imposera à l'assureur de le garantir, après avoir dûment vérifié les conditions d'application de l'assurance et fixer le plafond de garantie et la prime qu'il sera tenu de verser en fonction du risque.

En conséquence, le maître de l'ouvrage est protégé tant en raison de l'autonomie de l'assurance dommages-ouvrage par rapport au constructeur (section 1), que par l'étendue temporelle de cette dernière (section 2).

Section 1 : L'autonomie de l'assurance dommages-ouvrage protectrice du maître de l'ouvrage

L'assurance dommages-ouvrage permet de réparer les dommages causés sur un ouvrage assuré en dehors de toute recherche de

responsabilité⁸⁰ de sorte qu'il appartient au maître de l'ouvrage de déclarer le sinistre (§1) pour que l'assureur prenne à sa charge le montant des travaux de réparation (§2).

§ 1 : La déclaration de sinistre: le déclenchement de l'assurance dommages-ouvrage

Le maître de l'ouvrage peut préférer poursuivre le constructeur ou son assureur responsabilité décennale au lieu de mettre en œuvre l'assurance dommages-ouvrage, auquel cas il ne procédera pas à la déclaration de son sinistre auprès de son assureur (A). En vertu d'un certain pragmatisme, l'assureur dommages-ouvrage interviendra systématiquement ce qui obligera le maître de l'ouvrage à déclarer son sinistre suivant les formes prescrites (B).

A : Le possible recours du maître de l'ouvrage contre le constructeur ou l'assureur responsabilité décennale

Lors de la survenance d'un dommage garanti par l'assurance dommages-ouvrage, le maître de l'ouvrage n'a pas l'obligation de déclarer son sinistre. Depuis l'arrêté du 30 mai 1997 réformant l'annexe II à l'article A. 243-1 du Code des assurances, il peut discrétionnairement décider de rechercher la responsabilité du locateur d'ouvrage concerné ou encore son assureur responsabilité décennale. Cette disposition constitue aujourd'hui encore une règle de droit applicable puisqu'à la suite de son annulation par le Conseil d'État⁸¹, le Premier ministre rendit un décret le 7 février 2001 créant l'article R. 111-2 du Code des assurances qui autorise le ministre de l'économie à imposer l'usage des dites clauses types. Les dispositions de l'arrêté annulé seront le même jour réintroduites dans le Code des assurances.

⁸⁰ Cass. 3e civ., 18 février 2004, *Bull. III*, n° 28, p. 26

⁸¹ CE, 13 septembre 2000, n° 189178, *Assoc des diplômés ICH du Languedoc-Rousillon*

Toutefois, force est de constater qu'aucun autre mécanisme n'est plus protecteur pour le maître de l'ouvrage que l'assurance dommages-ouvrage. Alors que le constructeur subit une procédure collective, l'assureur responsabilité décennale indemnise l'assuré dans des délais plus long que l'assureur dommages-ouvrage, menaçant *de facto* la construction en raison d'une éventuelle aggravation du dommage. Il est donc de l'intérêt du maître de l'ouvrage de mettre en œuvre l'assurance dommages-ouvrage dès l'apparition du désordre au moyen de la déclaration de sinistre.

Cette déclaration doit intervenir dans les délais prévus au contrat étant entendu qu'ils ne peuvent être inférieur à cinq jours ouvrés à compter de l'instant où le maître de l'ouvrage a eu connaissance du dommage. S'il n'entend pas recourir à cette garantie en recherchant la responsabilité du constructeur ou de son assureur de responsabilité décennale, il s'expose à éventuelle déchéance de garantie (voir supra).

La jurisprudence a notamment considéré que l'assignation en référé destinée à obtenir la désignation d'un expert ne constitue pas une déclaration de sinistre dommages-ouvrage⁸², compromettant les chances d'indemnisation du maître de l'ouvrage. En outre, à défaut de déclaration de sinistre, le maître de l'ouvrage ne peut pas actionner l'assureur dommages-ouvrages au fond ou en référé⁸³.

Le recours à l'assurance dommages-ouvrage sonne comme une évidence pour le maître de l'ouvrage tant en raison de son efficacité que de la situation juridique et économique du constructeur. La déclaration du sinistre se présente alors comme une condition qui peut s'avérer rédhitoire et doit en conséquence inciter le maître de l'ouvrage à une certaine prudence quant aux délais pour déclarer ledit sinistre dont la forme et le contenu sont strictement précisés par la loi et la jurisprudence.

⁸² Cass. 1re civ., 4 décembre 2001, pourvoi n° 98-23.121

⁸³ Cass. 1re civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-20.421

B : Les modalités procédurales de la déclaration de sinistre

En cas de dommage, le maître de l'ouvrage doit déclarer son sinistre auprès de l'assureur dommages-ouvrage au moyen d'un écrit remis contre récépissé, ou encore par Lettre Recommandée avec Accusé de Réception⁸⁴. Dans le cadre de la VEFA, l'acquéreur a l'obligation de souscrire l'assurance dommages-ouvrage sans que cette obligation ne soit assortie d'une sanction contraignante. Nonobstant l'absence de souscription d'une telle assurance, l'acquéreur dispose d'une garantie en tant que bénéficiaire de l'assurance dommages-ouvrage souscrite par le vendeur en l'état futur d'achèvement. Il lui appartiendra de procéder à la déclaration du sinistre si le dommage intervient subséquemment à la vente.

Conformément à l'article A. 243-1, annexe II, A, 3° du Code des assurances, cette déclaration de sinistre doit comporter le numéro du contrat d'assurance, voir, le cas échéant, celui de l'avenant, le nom du propriétaire de l'immeuble endommagé, l'adresse de ce dernier, la date de la réception, ou, à défaut, la date de la première occupation des locaux, ainsi que la date de manifestation du dommage accompagnée de leur description et localisation.

Une déclaration de sinistre qui ne comporterait pas l'ensemble des éléments susvisés n'est pas réputée constituée. Ici, l'assureur dispose d'un délai de dix jours pour signifier au maître de l'ouvrage que la déclaration est incomplète et lui demander les renseignements complémentaires. Le maître de l'ouvrage ne pourrait opposer à l'assureur une déclaration de sinistre incomplète constituée de la nature et du lieu du sinistre ainsi qu'une demande d'expertise alors que ce dernier lui a demandé des précisions complémentaires, quand bien même cette déclaration serait susceptible d'être complétée par l'assuré⁸⁵.

Par ailleurs, les délais prévus à l'article L. 242-1 du Code des assurances ne commencent à courir qu'à compter du jour où ladite

⁸⁴ Cass. 1re civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-20.421

⁸⁵ Cass. 3e civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-18.566

déclaration est réputée constituée. Toutefois, si la réclamation de l'assureur intervenait au delà du délai susvisé, les délais mentionnés à l'article précité commenceraient à courir au jour de la réception de la déclaration de sinistre incomplète.

La déclaration aura pour effet de mettre en œuvre la garantie qui permettra une indemnisation rapide du maître de l'ouvrage en vue de réparer le dommage à l'ouvrage.

§ 2 : La matérialisation de l'assurance dommages-ouvrage: la réparation du dommage

De la décision de l'assureur dommages-ouvrage de mettre en jeu la garantie (A) dépend l'indemnisation du maître de l'ouvrage afin de réparer le dommage subit (B).

A : L'acceptation ou le refus de garantie de l'assureur dommages-ouvrage

L'assureur pourra prendre position au terme de la procédure engagée, laquelle peut nécessiter l'intervention d'une expertise (2), ou non pour les dommages peu onéreux (1).

1 : La décision de l'assureur en l'absence d'expertise

L'assureur dommages-ouvrage ne sera pas tenu de garantir les dommages qui n'ont pas été contractuellement prévus. Ici, sa décision de ne pas mettre en œuvre la garantie devra être notifiée au maître de l'ouvrage dans le délai de quinze jours à compter de la réception de la déclaration de sinistre avec cette précision que l'assuré peut obtenir la désignation d'un expert en cas de contestation⁸⁶.

⁸⁶ Article A. 243-1, annexe II, B, 1^o, d du Code des assurances

Cette mention sera également indispensable lorsque l'assureur estimera que le montant du dommage n'excède pas 1800 € TTC. Il lui appartiendra alors de notifier dans les quinze jours suivant la réception de la déclaration de sinistre son offre d'indemnisation.

Toutefois, il semblerait que l'absence de cette mention ne soit pas sanctionnée par les juges du droit qui considèrent que la désignation de l'expert par l'assureur ne constitue qu'une simple faculté, quand bien même la notification de l'assureur ne comporterait pas ladite mention. En conséquence, un assuré ne peut pas intenter une action en désignation d'expert, subséquente à une notification du refus de l'assureur de mettre en œuvre la garantie au motif que le dommage s'est produit après l'achèvement de la période de garantie décennale⁸⁷.

La date de la notification est donc primordiale, étant entendu que, si la notification a lieu au delà de ce délai de quinze jours, l'assureur sera tenu de désigner un expert. En application de l'article 668 du CPC, la notification de la décision de l'assureur est acquise à compter de l'instant où ledit courrier est expédié et non à compter de la réception par le maître de l'ouvrage. En conséquence, l'assureur remplit son obligation lorsque l'envoi de la notification de sa décision a lieu le dernier jour du délai⁸⁸.

2 : La décision de l'assureur en cas d'expertise

L'assureur dommages-ouvrage doit se conformer à certaines exigences procédurales (a) à défaut de quoi le maître de l'ouvrage est en droit d'appliquer l'assurance dommages-ouvrage (b).

⁸⁷ Cass. 3e civ., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-17.355

⁸⁸ Cass. 3e civ., 18 février 2004, pourvoi n° 02-17.976

a) Les exigences procédurales de la décision de l'assureur

L'assureur dispose d'un délai de soixante jours à l'intérieur duquel il sera tenu de se prononcer par voie de notification sur l'opportunité de mettre en œuvre l'assurance dommages-ouvrage, conformément à l'article A. 243-1, annexe II, B du Code des assurances. Au cours de ce délai, il désignera un expert chargé notamment de constater, de décrire et d'évaluer les dommages. Il établira également un rapport préliminaire qui permettra à l'assureur dommages-ouvrage de se prononcer sur la mise en jeu de la garantie dans le délai susvisé.

Afin d'éviter toute fraude, l'assuré dispose de la faculté de récuser l'expert dans le délai de huit jours à compter de la notification par l'assureur de sa désignation. Si une seconde récusation s'avère nécessaire, l'assureur doit saisir le juge des référés qui se chargera de désigner l'expert. Toutefois, il serait préférable que le maître de l'ouvrage ait de sérieuses présomptions puisque, les délais d'instruction et de règlement sont prorogés de six lors de la première récusation et de trente jours lors de la seconde, en application de l'article A. 243-1, annexe II du Code des assurances.

L'assureur qui envisage de notifier au maître de l'ouvrage un refus de garantie devra au préalable lui communiquer le rapport préliminaire faute de quoi ledit refus sera inopposable à l'assuré⁸⁹. En conséquence, contrevient à ses obligations l'assureur qui notifie en une seule et même lettre le rapport préliminaire ainsi que sa décision de refus de garantie⁹⁰.

De surcroît, cette décision de ne pas mettre en œuvre la garantie ne sera valablement opposable au maître de l'ouvrage que si elle est expressément motivée⁹¹, conformément à l'article A. 243-1, annexe II, B, 2°, a, alinéa 2 du Code des assurances. A défaut, les garanties sont acquises et le maître de l'ouvrage est en droit d'engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages⁹².

⁸⁹ Cass, 1re civ., 3 novembre 1993, pourvoi n° 91-18.128

⁹⁰ Cass, 3e civ., 18 février 2004, pourvoi n° 02-17.976

⁹¹ Cass, 3e civ., 7 juillet 2004, pourvoi n° 03-12.256

⁹² Cass, 1re civ., 10 janvier 1995, pourvoi n° 93-12.127

b) L'application de la garantie: sanction de l'inobservation des règles procédurales

En vertu des dispositions combinées des articles L. 242-1, alinéa 5 et A. 243-1, annexe II, B, 2°, c du Code des assurances, l'assuré peut engager toutes les dépenses nécessaires à la réparation du dommage après avoir notifié à l'assureur son intention, lorsque ce dernier n'aura pas exécuté ses obligations.

Pour que la garantie puisse être appliquée, l'assuré doit notifier à son assureur dommages-ouvrages son intention de dégager les fonds nécessaires à la réparation des désordres; il n'est donc pas tenu de préciser les dépenses qu'il entend effectuer pour y remédier⁹³. De surcroît, la garantie ne sera effective que pour les dommages à la construction, objet de la police d'assurance⁹⁴.

Cette notification devra intervenir dans le délai de deux ans à compter de l'expiration du délai de soixante jours suivant la déclaration de sinistre à défaut de quoi, l'assureur pourra opposer la prescription de son action à l'assuré, conformément à l'article L. 144-1 du Code des assurances⁹⁵. En conséquence, un assureur dommages-ouvrage ne peut opposer la prescription de son action à un assuré deux ans après la survenance du dommage⁹⁶.

Les juges du droit semble interpréter l'article précité dans un sens favorable pour le maître de l'ouvrage. Ainsi, ce dernier ne peut pas se voir opposer le caractère apparent et le défaut d'aléa avant la réception des désordres déclarées⁹⁷ ou encore le fait qu'il ait sollicité la désignation d'un expert judiciaire en référé⁹⁸. Mais surtout, la sanction de l'inobservation du

⁹³ Cass, 1re civ., 7 janvier 1997, pourvoi n° 96-21.178

⁹⁴ Cass, 1re civ., 18 décembre 2002, pourvoi n° 99-16.551

⁹⁵ Cass, 1re civ., 1re février 2000, pourvoi n° 97-16.662

⁹⁶ Cass, 1re civ., 4 mars 1997, pourvoi n° 95-10.045; Cass, 3e civ., 17 mars 1999, pourvoi n° 97-19.766; Cass, 3e civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-12.469

⁹⁷ Cass, 3e civ., 1re mars 2006, pourvoi n° 04-13.190

⁹⁸ Cass, 3e civ., 7 janvier 1997, pourvoi n° 94-21.636

délai de soixante jours est une sanction légale, si bien que l'assuré ne peut se voir opposer la clause contractuelle limitant le montant de l'indemnisation à la valeur de la construction⁹⁹. Dans cet arrêt du 18 juin 1996, les juges du droit vont condamner l'assureur dommages-ouvrages à verser au maître de l'ouvrage une indemnité provisionnelle équivalente au coût de remise en état de l'immeuble majoré d'un intérêt égal au double de l'intérêt légal, conformément à l'article L. 242-1, alinéa 5 du Code des assurances.

Les fonds versés par l'assureur dommages-ouvrages devront être employés à la réparation des désordres puisque le maître de l'ouvrage a une obligation d'affectation des dites sommes.

B : Le versement des fonds et leur affectation à la réparation du dommage

Si l'assureur s'est prononcé favorablement à la mise en œuvre de la garantie, il doit émettre une offre d'indemnité au maître de l'ouvrage dans un délai de quatre-vingt dix jours à compter de la réception de la déclaration de sinistre, conformément à l'article L. 242-1, alinéa 4 du Code des assurances. A titre exceptionnel, l'assureur peut joindre à sa notification d'acceptation de garantie une demande visant à obtenir un délai supplémentaire qui ne peut excéder cent trente cinq jours. Soumise à l'accord exprès du maître de l'ouvrage, cette demande devra être motivée et fondée sur des considérations exclusivement techniques¹⁰⁰.

Dans ce délai, il appartient à l'assureur de faire établir un rapport d'expertise qui déterminera les travaux qui devront être effectués afin d'aboutir à une réparation intégrale du dommage. Ce rapport devra d'ailleurs être communiqué au maître de l'ouvrage préalablement à la transmission de l'offre d'indemnité sans quoi cette dernière ne sera pas réputée valable. Dans cette hypothèse, l'assuré pourra engager les dépenses nécessaires à la

⁹⁹ Cass, 1re civ., 18 juin 1996, pourvoi n° 94-10.121

¹⁰⁰ Article L. 242-2, alinéa 6 et 6 du Code des assurances

réparation du dommage tout en sachant que l'estimation des travaux peut être fondée sur le rapport d'expert désigné en référé¹⁰¹.

En outre, à défaut d'offre d'indemnisation dans le délai susvisé, le maître de l'ouvrage peut engager les dépenses nécessaires à la réparation des désordres après en avoir fait état à l'assureur. L'indemnité versée sera majorée d'un intérêt égal au double de l'intérêt légal, en application de l'article L. 242-1, alinéa 5 du Code des assurances.

Le prix formulé dans l'offre par l'assureur pourra faire l'objet d'une actualisation ou d'une révision selon les conditions particulières du contrat. Il sera ventilé entre les différents postes de dépenses retenus et justifié par l'exposé des prix unitaires et des quantités nécessaires aux travaux. Devra être pris en compte dans la détermination de l'indemnité, les frais annexes nécessaires à la réalisation des travaux qu'il s'agisse des honoraires, analyses, essais ou encore des taxes applicables. Ce prix prendra en considération les frais déjà engagés ou retenus ainsi que des indemnités qui auraient été versées au titre des mesures conservatoires¹⁰².

Si la proposition de règlement formulée par l'assureur correspond aux attentes du maître de l'ouvrage, le montant de l'indemnité lui sera versé dans le délai de quinze jours suivant l'acceptation de l'offre, conformément à l'article L. 242-1, alinéa 4 du Code des assurances. Toutefois, en cas de récusation de l'expert, ce délai est prorogé de dix lors de la première demande de récusation et de trente jours en cas de désignation de l'expert par le juge des référés¹⁰³.

En cas de désaccord sur le montant de l'indemnité, l'intéressé peut solliciter auprès de son assureur dommages-ouvrage le versement d'une indemnité équivalente au trois quart du montant de l'offre émise. Cette avance forfaitaire et non susceptible de revalorisation, qui lui sera versé dans les quinze jours de sa demande, s'imputera sur le montant définitif qui sera réglé ultérieurement par l'assureur.

¹⁰¹ Cass, 1^{re} civ., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.244

¹⁰² Article A. 243-1, annexe II, B, 3°, a, aliéna 2 du Code des assurances

¹⁰³ Article A. 243-1, annexe II du Code des assurances

Subséquemment au versement des fonds, le maître de l'ouvrage doit permettre à l'assureur d'accéder au chantier afin de s'assurer que les sommes sont bel et bien employées à la réparation des désordres, objets de la déclaration de sinistre¹⁰⁴. En effet, pèse sur l'assuré une obligation d'affectation de l'indemnité versée.

Si les travaux ont été réalisés à un coût inférieur à celui fixé par l'expert, le montant du trop perçu doit être restitué à l'assureur. A défaut, ce dernier peut exercer une action en répétition de l'indu. Fondée sur l'article L. 242-1 du Code des assurances¹⁰⁵, elle sera soumise à la prescription applicable aux actions mobilières, personnelles de cinq ans.

Le droit organise efficacement la protection du maître de l'ouvrage subissant des désordres sur sa construction puisqu'au moyen de l'assurance dommages-ouvrage, il sera indemnisé dans les trois mois suivant la déclaration de son sinistre. La rapidité de la procédure permet, d'une part, au maître de l'ouvrage de disposer dans des délais relativement courts d'une construction exempt de vices et, d'autre part, d'éviter l'aggravation des dommages qui pourrait engendrer un coût considérable pour celui-ci. Cette protection est d'autant plus grande que ladite assurance dispose d'un champ d'application temporelle étendu.

Section 2 : L'efficacité de la garantie en raison de son étendue temporelle

En principe, l'assurance dommages-ouvrages est applicable à compter de l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement et se termine dix ans après la réception. Toutefois, afin de protéger le maître de l'ouvrage contre les désordres qui se manifesteraient antérieurement, le législateur a étendu le champ d'application temporelle de l'assurance qui peut, sous certaines conditions, être mise en œuvre avant la réception des travaux (§2)

¹⁰⁴ Cass, 3e civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-19.034

¹⁰⁵ Cass, 3° civ., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-15.411

ou pendant le délai de la garantie de parfait achèvement (§3), l'articulation reposant sur la notion de réception des travaux (§1).

§ 1 : La notion de réception: articulation entre les deux mécanismes de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage

Légalement expresse ou judiciaire¹⁰⁶, la réception peut également être tacite¹⁰⁷.

Pour que **la réception soit expresse**, le maître de l'ouvrage doit explicitement mentionner dans l'acte écrit de réception qu'il accepte avec ou sans réserves les travaux réalisés par le ou les constructeurs, de sorte que tout acte signé par une personne autre que celui-ci ne permet pas de retenir la réception¹⁰⁸. Il aura ainsi une connaissance effective de la date de la réception. En effet, hormis mandat spécial donné au profit d'un tiers, ladite réception ne peut avoir lieu en l'absence du maître de l'ouvrage. Cette réception se formalisera par la rédaction d'un procès verbal dans lequel le maître de l'ouvrage fera état d'éventuels réserves.

En outre, il est acquis que la réception amiable pourra intervenir alors que les travaux ne sont toujours pas achevés. Le procès verbal pourra alors faire état de « travaux à terminer »¹⁰⁹. Mais surtout, lorsque le contrat de construction est résilié pour inachèvement contraignant le maître de l'ouvrage à faire appel à un autre entrepreneur, l'accord de résiliation vaut réception amiable pour les ouvrages exécutés qu'à la condition qu'ils soient recensés dans un relevé¹¹⁰. Ici, la date de la réception pourra être fixée à la date de l'accord¹¹¹.

¹⁰⁶ En application de l'article 1792-6 du Code civil

¹⁰⁷ Cass. 3^e civ., 9 janvier 1969, *Bull. civ. III*, n°29, p. 26

¹⁰⁸ Cass. 3^e civ., 20 janvier 1999, *AJDI*, 1999, 344 (architecte dont la mission était limitée à l'assistance lors de la réception)

¹⁰⁹ Cass. 3^e civ., 15 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n°10

¹¹⁰ Cass. 3^e civ., 24 juin 1992, *Bull. civ. III*, n°217

¹¹¹ Cass, 3^e civ., 3 juillet 1991, *Le moniteur* 20-3-1992

De surcroît, la réception expresse doit être contradictoire et implique ainsi la présence des locateurs d'ouvrage¹¹². Cependant ils ne peuvent pas se prévaloir de l'absence de cette condition en cas de non apposition de leurs signatures sur le procès verbal de réception¹¹³.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence confère aux parties une liberté contractuelle leur permettant de déterminer librement les modalités de la réception comme ce fut le cas dans un arrêt, en date du 31 janvier 2007, où les juges du droit ont considéré que les parties pouvaient prévoir conventionnellement que la réception serait expresse¹¹⁴. En effet, l'article 1792-5 du Code civil subodore que la réception n'est pas soumise au régime d'ordre public. S'agissant d'une règle supplétive de volonté, les parties ont la possibilité d'en aménager les modalités dans leur relation contractuelle.

Ils ont également la possibilité de se référer à la norme AFNOR P03-001 totalement ou partiellement¹¹⁵, lui donnant ainsi valeur contractuelle en vertu de l'article 1134 du Code civil. À défaut d'insertion dans le contrat, elle n'est pas opposable aux parties¹¹⁶. Il leur appartient alors de déterminer la place de cette norme dans la hiérarchie des pièces contractuelles.

À défaut de réception expresse, la jurisprudence a reconnu l'existence d'une **réception tacite** dans des cas particuliers et la subordonne à une volonté claire et non équivoque du maître de l'ouvrage de recevoir l'ouvrage¹¹⁷. Les juges du fond ont ainsi pu considérer que la date de réception des travaux était celle du jour de la demande du maître de l'ouvrage de réceptionner les travaux qui n'a pas été suivie d'effet¹¹⁸. Pour prononcer la réception tacite, les juges exigent que les ouvrages soient en état d'être reçu permettant d'utiliser l'immeuble conformément à sa destination¹¹⁹.

¹¹² CA Aix, 23 janvier 1996, *Jurisdata*, n° 041275

¹¹³ Cass. 3^e civ. 2 février 2005, *Constr. Urb.*, 2005, 62, obs. Pagès de Varenne

¹¹⁴ Civ. 3^e, 31 janvier 2007, RDI 2007. 280

¹¹⁵ CAA Lyon, 23 octobre 2008, req. n° 05LY00422

¹¹⁶ Cyrille CHARBONNEAU, *La réception de la norme AFNOR P03-001 par la jurisprudence*, RDI, n°12-Décembre 2009, p. 628

¹¹⁷ Cass. 3^e civ., 4 octobre 1989, *Bull. III*, 1989, n° 176, p. 97

¹¹⁸ CA Paris, 7 février 1990, *Jurisdata*, n° 020290

¹¹⁹ Cass. 3^e civ., 20 juin 2007. Pourvoi n° 06-13.565: BPIM 5/07 inf. 532

En soi, la prise de possession des lieux ne peut pas constituer une réception tacite sauf stipulations contractuelles prévoyant que cette prise de possession vaudrait réception définitive et sans réserves¹²⁰. Cependant, si à la suite de cette prise de possession, le maître de l'ouvrage paye intégralement le constructeur, sous réserve de la conservation de la retenue de garantie obligatoire, la réception tacite sera prononcée, à moins que le maître de l'ouvrage émet d'importantes réserves de nature à laisser douter de sa volonté de recevoir¹²¹ ou s'il écarte expressément toute volonté de réception¹²². Par contre, une réception tacite peut être prononcée malgré le refus du maître de l'ouvrage de payer le constructeur¹²³.

Quoiqu'il en soit, comme le souligne Madame le Professeur Patricia Lescure, « *l'achèvement de ouvrage n'est pas une condition de la réception* ». Ainsi, cette réception peut être prononcée en cas de prise de possession des lieux par le maître de l'ouvrage et du paiement du devis, corrélatif à l'abandon de chantier du constructeur¹²⁴. Il en sera de même lorsque le maître de l'ouvrage, suite à la résiliation du marché, prendra en possession le chantier pour achever les constructions¹²⁵.

Cependant, en cas de pluralité de locataires d'ouvrage, la réception par lot semble prohibé aux vues de nombreux arrêts rendus par les juges du fond au visa de l'article 1792-6 du Code civil¹²⁶. Cependant, un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 11 mars 1998, semble soumettre cette interdiction à l'insertion d'une clause contractuelle. Ce doute mis en exergue par Madame le Professeur Patricia LESCURE laisse penser qu'il serait opportun pour le maître de l'ouvrage d'insérer une clause prévoyant une réception unique¹²⁷, écartant toute possibilité de réception par lots séparés dangereuse pour ce dernier qui pourrait ne pas s'apercevoir de certains désordres en raison du faible état d'avancement des

¹²⁰ Cass. 3^e civ., 4 novembre 1992, *Bull.*, III, n° 285, P. 175

¹²¹ Cass. 3^e civ., 10 juillet 1991, *Bull.*, III, n° 204

¹²² Cass. 3^e civ., 2 février 1999, *Constr Urb.*, 1999, 150

¹²³ Cass. 3^e civ., 18 novembre 1992, *Bull.*, III, n°296

¹²⁴ Civ 3^e, 11 février 1998, *Bull.*, civ. III, n° 28

¹²⁵ Civ. 3^e, 24 octobre 1990, pourvoi n° 89-14.945

¹²⁶ CA Nancy, 18 décembre 2002, *Juridata*, n° 198709 ; CA Toulouse, 2 juin 2003, *Juridata*, n° 215284 ; CA Rennes, 18 novembre 2004, *JCP*, 2005, IV 3332

¹²⁷ Civ. 3^e, 11 mars 1998, pourvoi n° 96-10.074

travaux. Subséquemment, la garantie de parfait achèvement, qui doit être mise en œuvre dans le délai d'un an à compter de la réception¹²⁸, pourrait se prescrire alors que les défauts ne se sont toujours pas révélés et, en conséquence, n'ont pas été constatés par le maître de l'ouvrage.

De plus, la norme AFNOR P03-001, en ses articles 17.2.1.1.1 et 17.2.1.1.2 admet une réception partielle dès lors qu'elle est prévue dans des documents particuliers. Pour éviter toute ambiguïté, cette clause particulière constitue une sûreté pour le maître de l'ouvrage qui ne peut se prévaloir de l'article 1792-6 du Code civil pour reporter la réception du lot à la « réception de l'ouvrage » puisque les dispositions contractuelles dérogent aux dispositions de cet article qui ne sont pas d'ordre public. En effet, la jurisprudence admet un aménagement contractuel de la réception¹²⁹ mais surtout l'article 1792-5 dudit code ne fait pas référence à la notion de réception, l'écartant du régime impératif.

Cette réception est néfaste pour le maître de l'ouvrage. En effet, dans la pratique, il apparaît que les locataires d'ouvrage, assignés par le maître de l'ouvrage aux vises des articles 1792 et suivants du Code civil, invoquent à titre incident l'existence d'une réception tacite antérieure à la réception dont se prévaut le demandeur. Si le juge approuve le défendeur, le maître de l'ouvrage pourrait se voir opposer une fin de non recevoir en raison de la prescription des délais d'actions applicables suivant les articles 1792-4-1 à -3 du Code civil.

La **réception judiciaire**, quant à elle, est prononcée à titre principal par le juge du Tribunal de Grande Instance en cas de réticence de l'une des parties a constaté la réception de l'ouvrage¹³⁰. Tout comme la réception tacite, le juge, par des éléments de fait, va déterminer si l'ouvrage est en état d'être reçu¹³¹.

¹²⁸ Article 1792-6 du Code civil

¹²⁹ Civ. 3^e, 31 janvier 2007, *RDI* 2007. 280

¹³⁰ Cass. 3^e civ., 30 juin 1993. *RDI*, 1993, p. 511

¹³¹ Cass. 3^e civ., 30 octobre 1991. *RJDA* 2/92 n° 184

En déterminant la date de la réception au moment où l'ouvrage est habitable, la jurisprudence tend à renforcer l'idée que la réception serait un fait qu'il faut constater et non un acte à prononcer. En conséquence, le maître de l'ouvrage aurait la possibilité de saisir le juge des référés afin qu'il constate la réception, permettant *de facto* au demandeur de se prévaloir des actions légales des articles 1792-1 et suivants du Code civil.

La réception constitue une notion essentielle en ce qu'elle constitue la délimitation entre les deux mécanismes de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage avant l'expiration du délai de parfait achèvement.

§ 2 : La mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage avant réception des travaux

La mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage est subordonnée à certaines conditions (A) et peut parfois entrer en conflit avec d'autres garanties du secteur de la construction (B).

A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie avant réception des travaux

En application de articles L. 242-1, alinéa 2 et A. 243-1, annexe II du Code des assurances, le paiement des réparations est garanti par l'assurance dommages-ouvrage avant la réception des travaux dès lors que, subséquent à la délivrance d'une mise en demeure restée infructueuse, le contrat de construction est résilié.

La mise en demeure est notifiée traditionnellement par Lettre Recommandée avec Accusé de réception. Par extension, les juges du droit ont considéré que valait mise en demeure l'assignation délivrée au

constructeur devant le juge des référés¹³² ou encore l'assignation en résolution du contrat d'entreprise¹³³.

Toutefois, le maître de l'ouvrage ne sera pas tenu de la notifier lorsque ladite mise en demeure s'avérera impossible, en raison notamment de la disparition de l'entrepreneur¹³⁴, ou inutile du fait de la cessation d'activité du constructeur. Néanmoins, elle sera nécessaire lorsque le constructeur en redressement judiciaire décide de poursuivre son activité¹³⁵.

L'assurance dommages-ouvrage ne sera mise en œuvre que si, subséquemment à la mise en demeure restée infructueuse, le contrat de construction est résilié. Toutefois, le maître de l'ouvrage n'aura pas à rapporter la preuve de cette résiliation lorsque l'entrepreneur est en liquidation judiciaire. Les juges du droit considèrent en effet que cette mesure emporte résiliation du contrat de construction¹³⁶.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, entrée en vigueur le 1er février 2009, est inséré dans le Code de commerce un article L. 641-11-1 qui semble remettre en cause la décision susvisée. En effet, cet article dispose que la liquidation judiciaire du débiteur n'emporte pas résiliation de plein droit du contrat. En conséquence, le contrat n'est pas résilié en cas de liquidation judiciaire du constructeur bien qu'il soit éventuellement inexécuté tant que le liquidateur judiciaire ne s'est pas prononcé sur le contrat.

En l'absence de décisions jurisprudentielles, la prudence commanderait au maître de l'ouvrage soit de notifier au constructeur la résiliation pour inexécution du contrat de construction après mise en demeure restée infructueuse, soit de mettre en demeure le liquidateur de se prononcer sur le contrat. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le contrat de construction sera résilié.

¹³² Cass, 1re civ, 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-19.390

¹³³ Cass, 1re civ., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-22.547

¹³⁴ Cass, 1re civ., 10 juillet 1995, pourvoi n° 93-13.027

¹³⁵ Cass, 1re civ., 23 juin 1998, pourvoi n° 95-19.340

¹³⁶ Cass, 1re civ., 18 juin 1998, pourvoi n° 95-10.293 ; Cass, 1re civ., 10 décembre 2002, pourvoi n° 99-15.675

Toutefois, le secteur protégé du logement implique une protection accrue du maître de l'ouvrage au moyen de garanties qui peuvent entrer en conflit avec l'assurance dommages-ouvrage.

B : L'articulation entre l'assurance dommages-ouvrage et les autres garanties du secteur de la construction

Dans le cadre de la VEFA, la garantie extrinsèque d'achèvement peut être mise en œuvre jusqu'à ce qu'une déclaration d'achèvement des travaux soit établie. En conséquence, elle cohabite avec l'assurance dommages-ouvrage, susceptible de jouer avant réception des travaux.

Toutefois, le champ d'application matériel de ces deux mécanismes est distinct. La garantie extrinsèque d'achèvement n'a pas à garantir la solidité de l'immeuble en construction ou à réparer les dommages de nature décennale¹³⁷, contrairement à l'assurance dommages-ouvrage. D'ailleurs, si le garant d'achèvement assure la réparation de tels dommages, il dispose de la faculté de se retourner contre l'assureur dommages-ouvrages pour obtenir le remboursement des frais versés. Il lui appartient alors de démontrer que cet assureur est le véritable débiteur de l'obligation¹³⁸.

En conséquence, le maître de l'ouvrage, subissant un dommage avant réception des travaux, serait plus inspiré de demander à l'assureur dommages-ouvrage de prendre en charge son sinistre en lieu et place du garant d'achèvement qui, sauf erreur de sa part, le débouterait de sa demande.

La situation est plus simple pour le maître de l'ouvrage qui aurait conclu un contrat de construction de maisons individuelles. En effet, le garant de livraison est tenu de terminer les travaux en cas de défaillance du constructeur mais également de réparer les désordres présents sur la construction.

¹³⁷ Cass, 3e civ., 13 avril 1988, *Bull.*, n° 69, p. 40

¹³⁸ Cass, 3e civ., 24 septembre 2003, *Bull.*, III, n° 163, p. 144

Ici, le maître de l'ouvrage peut mettre en œuvre soit le garant de livraison soit l'assureur dommages-ouvrage pour obtenir la réparation du désordre. Il serait judicieux de faire appel au garant de livraison puisqu'il a l'obligation de réparer les dommages quelque soit leurs natures. Alors que l'assureur peut discuter le caractère décennal ou non du dommage, le garant de livraison est tenu de réparer les désordres de toute nature¹³⁹. De surcroît, il dispose de la faculté d'actionner ledit garant sans avoir à actionner l'assureur¹⁴⁰.

Toutefois, après réception des travaux, seule l'assurance dommages-ouvrages pourra être mise en œuvre, la garantie de livraison prenant fin à cette date.

§ 3 : La mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage après réception des travaux

Dans l'année suivant la réception des travaux, le maître de l'ouvrage doit mettre en œuvre la garantie de parfait achèvement en cas de désordre sur l'ouvrage (A) et ce n'est qu'en cas de défaillance de l'entrepreneur que l'assurance dommages-ouvrage sera actionnée (B).

A : La subordination de l'assurance dommages-ouvrage à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement

En principe, après réception des travaux, l'assurance dommages-ouvrage ne peut être actionnée. En cas de désordres, le maître de l'ouvrage doit poursuivre l'entrepreneur, lequel est débiteur, aux termes de l'article 1792-6 du Code Civil, de la garantie de parfait achèvement. En conséquence, il sera tenu de réparer tout désordre réservé à la réception ou qui se révélerait ultérieurement à la réception.

¹³⁹ CA Toulouse, 4 mars 2002, *Jurisdata*, n° 173373

¹⁴⁰ Cass, 3e civ., 12 janvier 2000, *Bull. III*, n° 2, p. 1

Pour cela, il est conseillé au maître de l'ouvrage de préciser dans l'acte écrit de réception les désordres apparents sous peine de ne pouvoir en obtenir la réparation. En effet, l'entrepreneur ne saurait être tenu des vices dont le maître de l'ouvrage a pu se convaincre lors de ladite réception. Toutefois, si les désordres venaient à apparaître postérieurement à cette date, le maître de l'ouvrage doit informer l'entrepreneur par voie de notification écrite, auquel cas la garantie pourra être mise en œuvre.

En application de l'article 1792-6, alinéa 3 du Code Civil, les parties détermineront de façon amiable les modalités d'exécution des travaux de réparation. A défaut d'accord, ou si l'entrepreneur n'exécute pas les prestations conventionnellement prévues, le maître de l'ouvrage doit mettre en demeure l'entrepreneur d'exécuter les travaux. Si cette dernière reste infructueuse, le créancier est en droit de faire réaliser lesdits travaux par un autre entrepreneur au frais et risque de l'entrepreneur défaillant.

Cependant, si une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'entrepreneur, subséquemment à la réception des travaux mais avant l'appel en garantie, le maître de l'ouvrage se retrouve dans la situation développée antérieurement (réf. partie 1 chapitre 1). Il se peut que l'entrepreneur ne puisse faire face ses obligations et en cas d'exécution des prestations par un autre entrepreneur à ses frais et risques, il appartiendra au maître de l'ouvrage de déclarer sa créance au passif du débiteur dont de recouvrement subséquent sera compromis par la situation économique de ce dernier.

B: L'effectivité de l'assurance dommages-ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur

La défaillance de l'entrepreneur est d'autant plus préjudiciable pour le maître de l'ouvrage si cet entrepreneur subit une procédure collective. En conséquence, l'assurance dommages-ouvrage peut de façon dérogatoire être actionnée avant l'expiration de la garantie de parfait achèvement.

En application des articles L. 242-1, alinéa 2 et A. 243-1, annexe II du Code des assurances, le maître de l'ouvrage peut mettre en œuvre l'assurance dommages-ouvrage après avoir délivré une mise en demeure à l'entrepreneur de réparer les désordres, laquelle restera infructueuse. La faculté de déclencher le mécanisme de cette assurance peut être une aubaine pour le maître de l'ouvrage qui n'aurait pas réservé un vice apparent lors de la réception. En effet, l'assurance dommages-ouvrage est mise en œuvre en dehors de toute recherche de responsabilité afin d'indemniser le plus rapidement possible l'assuré. En conséquence, l'assureur ne peut pas refuser de garantir un sinistre au seul motif que le vice était apparent et connu de l'assuré lors de la réception¹⁴¹.

L'assurance de dommages-ouvrage est alors conçue comme un moyen de protéger efficacement le maître de l'ouvrage en raison de son champ d'application temporelle étendue. Il en va différemment de son champ d'application matériel qui se cantonne aux seuls dommages de nature décennale.

¹⁴¹ CA Paris, 25 janvier 1999, *Synd. Copr. Tour Société Générale 15-17, cours Valmy à 92972 Parsi-La -Défense c/ AGF*

Chapitre 2 : Les limites à la protection du maître de l'ouvrage

En dépit de ses effets bénéfiques pour le maître de l'ouvrage, l'assurance dommages-ouvrage ne constitue pas une sureté absolue. Alors que son champ d'application est limité aux dommages de nature décennale (section 1), les sanctions attachées aux fautes de l'assuré sont relativement sévères (section 2).

Section 1 : Les conditions de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage

L'assureur ne peut refuser de garantir les dommages de nature décennale (§1) survenu sur un ouvrage, abstraction faite des existants (§2).

§ 1 : La limitation de l'assurance dommages-ouvrages aux désordres de nature décennale

L'assurance dommages-ouvrage peut être mise en œuvre si le désordre est de nature décennale (A) et présent sur la construction (B), mais elle ne saurait être étendue à un élément distinct de l'ouvrage que si et seulement si il a causé ou aggravé le dommage (C).

A) La qualification de dommages de nature décennale

Conditionnée à la qualification de dommages de nature décennale, l'application de l'assurance dommages-ouvrages est soumise au régime des articles 1792 et 1792-2 du Code civil. Il en ressort que tous les dommages qui affectent la solidité de l'immeuble ou le rendent impropre à sa destination sont de nature décennale. L'article 1792-2 dudit code étend cette responsabilité aux éléments d'équipements dès lors qu'ils « *font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert* ». Il en sera

ainsi lorsque leur dépose, démontage ou remplacement ne pourra être réalisées sans détériorer ou ôter de la matière à l'ouvrage.

Ces articles font l'objet d'une casuistique importante de la jurisprudence qui détermine les dommages entrant dans le champ d'application de cette garantie décennale et *de facto* dans celui de l'assurance dommages-ouvrage. Les juges du droit ont notamment considéré que les défauts d'isolation phonique peuvent rendre l'ouvrage impropre à sa destination¹⁴², tout comme les dommages qui se sont manifestés dans leur ampleur ultérieurement à la réception nonobstant leur caractère apparent lors de cette même réception¹⁴³.

En conséquence, les dommages exclus de la garantie décennale ne sont pas couverts par l'assurance dommages-ouvrage. Il en va ainsi des défauts de conformité dès lors qu'ils n'entraînent aucune atteinte à la solidité ou à la destination de l'ouvrage¹⁴⁴. Il en est de même des dommages antérieurs à la réception ou consistant en l'inachèvement de l'immeuble¹⁴⁵ ou émanant de la responsabilité délictuelle des constructeurs¹⁴⁶. Par ailleurs, un maître de l'ouvrage ne saurait demander à son assureur de prendre en charge un dommage provoqué par un autre entrepreneur réparant les dommages causés par ledit assuré¹⁴⁷. La solution est identique dès lors que le dommage provient d'une cause étrangère¹⁴⁸ ou d'une mauvaise utilisation de l'immeuble¹⁴⁹.

Cependant, il ne suffit pas que le dommage soit de nature décennale pour engager l'assurance, encore faut-il qu'il affecte l'ouvrage, objet de la police d'assurance.

¹⁴² Cass, 3^e civ., 1^{er} avril 1992, *Bull. III*, n° 107, p. 65

¹⁴³ Cass, 1^{er} civ., 19 juin 1991, *RGAT*, 1991, 876, *obs. d'HAUTEVILLE*

¹⁴⁴ Cass, 3^e civ., 14 mars 2001, *Mon. TP*, 27 avril 2001, p. 83

¹⁴⁵ Cass, 3^e civ., 12 mars 1997, *RGDA* 1997, 609, note d'Hauteville

¹⁴⁶ Cass, 1^{re} civ., 27 juin 1995, *Bull. I*, n° 279, p. 193

¹⁴⁷ CA Limoges, 11 avril 1994, *RD imm.*, 1994, 475

¹⁴⁸ CA Toulouse, 15 mars 2004, *Jurisdata*, n° 237560

¹⁴⁹ Cass. 3^e civ., 26 mars 1997, *Bull. III*, n° 69, p. 45

B) L'imputabilité du dommage à l'ouvrage

Le dommage ne sera garanti que s'il est inhérent à l'ouvrage, objet de la police d'assurance. Ici, l'assureur sera tenu de prendre en charge le montant des réparations dans la limite du coût de la totalité de travaux.

En conséquence, les dommages extérieurs audit ouvrage ne sont pas garantis. Il en va ainsi des dommages dits « immatériels » tel que les aménagements intérieurs et le mobilier, à moins que la police ne le prévoie¹⁵⁰. Il en est de même pour les troubles de jouissance¹⁵¹.

C) L'extension de garantie à l'élément générateur ou aggravateur du dommage

Dans un arrêt en date du 2 février 1994, les juges du droit ont considéré que l'assureur dommages-ouvrage n'était pas tenu de prendre en charge la réparation des travaux qui n'ont pas été exécutés par l'entrepreneur défaillant, en l'absence de tout sinistre¹⁵². Par contre, il doit prendre en charge les travaux qui n'étaient pas prévus à l'origine mais qui auraient été nécessaires pour éviter le dommage¹⁵³. Toute clause d'un contrat d'assurance qui stipulerait le contraire serait réputée non écrite¹⁵⁴.

Il convient donc de faire un *distinguo* entre une non-façon, qui s'analyse en l'absence de réalisation d'une partie d'ouvrage qui n'engendre aucun dommage de nature décennale, et l'absence d'un élément qui a provoqué ou aggravé le dommage. Pour déterminer si l'assurance a ou non vocation à s'appliquer, la jurisprudence fait preuve d'une casuistique importante. Par exemple, l'assureur doit prendre en charge le montant des travaux indispensables pour remédier aux inondations du sous-sol d'un immeuble¹⁵⁵. Il en va de même concernant le coût de nouveaux matériaux en raison de l'impossibilité de réparer les dommages en utilisant les matériaux d'une valeur identique à celle du devis¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Cass, 3^e civ., 3 juillet 1996, *RD imm.*, 1996, 591, obs. LEGUAY

¹⁵¹ Cass. 3^e civ., 14 mars 2000, *Constr. Urb.*, 2000, n° 146, obs Cornille

¹⁵² Cass, 1^{re} civ., 2 février 1994, *Bull. I*, n° 40, p. 31

¹⁵³ Cass, 1^{re} civ., 22 novembre 1989, *Bull. I*, n° 354, p. 238

¹⁵⁴ CA Paris, 14 juin 2000, *AJDI*, 2000, 740

¹⁵⁵ Cass, 3^e civ., 17 juillet 1996, *Jurisdata*, n° 003326

¹⁵⁶ Cass, 3^e civ., 27 janvier 1987, *Bull. III*, n° 25, p. 17

§ 2 : L'inapplicabilité de l'assurance dommages-ouvrages aux existants

Une distinction doit être opérée selon que le contrat de construction ait été conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005¹⁵⁷ (A) ou postérieurement (B).

A) L'application de l'assurance dommages-ouvrage aux existants avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005

Depuis la loi du 4 janvier 1978, le législateur a toujours été défavorable à l'idée d'appliquer l'assurance dommages-ouvrage aux constructions existantes. D'ailleurs le COPAL s'y était opposé dans un avis publié à la Revue de Droit Immobilier¹⁵⁸.

Toutefois, ne s'agissant que d'un avis sans pouvoir coercitif, les juges du droit n'ont pas été contraints de l'appliquer. C'est ainsi que la première Chambre civile de la Cour de cassation a pu considérer que l'effondrement d'un mur, subséquent à des travaux de rénovation, relevait de l'assurance obligatoire¹⁵⁹.

D'ailleurs, pour éviter toute ambiguïté, cette solution fut confirmée avec force dans un arrêt explicite de la Cour de cassation rendu le 29 février 2000¹⁶⁰. En l'espèce, un entrepreneur s'était chargé de l'installation d'une cheminée dans une maison individuelle. Toutefois, en raison d'une malfaçon affectant l'insert, la maison fut totalement détruite des suites d'un incendie. L'assureur fut condamné à indemniser le maître de l'ouvrage pour les dommages affectant l'existant en raison de désordres émanant d'une construction neuve.

¹⁵⁷ Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, entrée en vigueur le 9 juin 2005 et prise en application de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004

¹⁵⁸ avis publié à la RD imm., 1984, p. 273 qui précisait que « la loi de 1978 visant les travaux sur existants, comme les autres travaux, mais rien de plus, les dommages survenant auxdits existants, du chef de l'exécution des travaux neufs, sont, quant à eux justiciables du régime de responsabilité de droit commun et de lui seul »

¹⁵⁹ Cass, 1^{re} civ., 3 juillet 1990, RGAT, 1990, 854, obs. BIGOT

¹⁶⁰ Cass, 1^{re} civ., 29 février 2000, Bull. I, n° 65, p. 44 où les juges du droit ont considéré que « dès lors que la technique des travaux de bâtiment mise en œuvre par l'entrepreneur a provoqué des dommages de nature décennale dont les conséquences ont affecté aussi bien la partie nouvelle de la construction que la partie ancienne, l'assureur a l'obligation de garantir le paiement de la totalité des travaux de réparation nécessaires à la remise en état de l'ouvrage en son entier »

Cet arrêt de principe concernait l'assurance de responsabilité obligatoire mais trouve à s'appliquer avec l'assurance dommages-ouvrage¹⁶¹. La Haute Juridiction ira encore plus loin en soumettant à cette dernière les désordres affectant une partie d'ouvrage sur laquelle aucun travaux n'a été réalisé alors qu'ils étaient nécessaires¹⁶².

Ces décisions ont fait naître l'inquiétude des assureurs face aux conséquences financières qu'engendrait une telle expansion. Ce motif justifia l'intervention du législateur au moyen de l'ordonnance 8 juin 2005 en vue notamment de donner valeur légale à l'avis rendu par le COPAL en 1984.

B) L'inapplicabilité de l'assurance dommages-ouvrage sur les existants après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005

Les contrats conclus à compter du 9 juin 2005 sont soumis aux dispositions de l'ordonnance susvisée. En application de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances, le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de souscrire une assurance dommages-ouvrage pour la construction existante avant l'ouverture du chantier sous réserve que l'ouvrage neuf ne soit pas totalement incorporé et techniquement indivisible de la construction existante.

Cette disposition ne concerne que les contrats conclus après l'entrée en vigueur de ladite ordonnance. Toutefois, la jurisprudence a déjà pris acte des modifications intervenues. Ainsi, dans un arrêt en date du 5 juillet 2006, les juges du droit ont jugés que l'assureur n'était pas tenu de garantir le maître de l'ouvrage en raison de l'incendie de son immeuble consécutif à une malfaçon affectant l'insert de la cheminée que l'entrepreneur venait d'installer. En effet, la motivation de la Cour tient au fait que la cheminée, construction neuve, et la maison individuelle, ouvrage ancien, était dissociable. En conséquence, l'assurance dommages-ouvrage ne sera

¹⁶¹ Cass, 1^{re} civ., 27 mai 2003, *RD imm.*, 2003, 310, obs. DESSUET

¹⁶² Cass, 3^e civ., 31 octobre 2001, *RD imm.* 2002, 363, obs. LEGUAY

applicable aux constructions anciennes qu'à la condition qu'elles soient indissociables de la construction neuve.

Ainsi, alors que le contrat était antérieur à l'ordonnance du 8 juin 2005 et pour lequel les juges auraient pu appliquer le principe dégagé par l'arrêt rendu le 29 février 2000, la Haute Juridiction remet en cause la solution ancienne pour consacrer d'ores et déjà les dispositions dégagées par le législateur. Il en ressort qu'un maître de l'ouvrage qui souhaite faire construire un ouvrage sur de l'existant doit se demander si cette construction neuve est indissociable de l'ancienne auquel cas, il sera tenu de souscrire une assurance dommages-ouvrage. A défaut, tout dommage émanant de la construction neuve et affectant l'ouvrage existant ne sera pas garanti.

Dans un souci de protection du maître de l'ouvrage, une convention a été passée le 8 septembre 2005 par l'Etat, les organisations professionnelles représentant les maîtres de l'ouvrage et celles représentant les assureurs. Ces derniers se sont engagés à systématiquement proposer au côté de l'assurance dommages-ouvrage une garantie dommages aux existants qui relève de la responsabilité civile générale professionnelle.

Les existants sont définis comme des constructions anciennes présentes avant l'ouverture du chantier sur, sous ou dans lesquelles sont réalisées des travaux. L'assurance pourra être actionnée dès lors que des travaux provoqueront des dommages matériels rendant la construction ancienne impropre à sa destination ou affectant sa solidité. Pour cela, nul n'est besoin que les ouvrages neufs soient entachés de désordres.

Effective sur les constructions neuves, éventuelle sur les existants, la mise en œuvre de l'assurance nécessite un dommage de nature décennale. Pour le moins conditionnelle, la mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage peut être remise en cause par la déchéance ou l'exclusion de garantie.

Section 2 : La neutralisation de la garantie pour faute

Il existe différents mécanismes qui peuvent être opposés au maître de l'ouvrage par l'assureur dommages-ouvrage ; certains tiennent au droit commun des assurances (§1), d'autres sont propres à l'assurance construction (§2).

§ 1 : L'application des mécanismes généraux du droit des assurances

L'assureur peut opposer au maître de l'ouvrage la fraude (A) ou encore appliquer le mécanisme de la réduction proportionnelle (B).

A) Le mécanisme de la fraude

Conformément aux dispositions de l'article L. 113-8 du Code des assurances, le fait de tromper intentionnellement l'assureur entraîne la nullité du contrat d'assurance. Ici, les primes versées demeureront acquises à l'assureur sans que l'assuré ne puisse exiger une quelconque indemnisation.

Cette sanction de droit commun des assurances s'applique désormais à l'assurance dommages-ouvrage, de sorte que le maître de l'ouvrage peut désormais se voir opposer la nullité du contrat d'assurance par l'assureur. Ainsi, dans un arrêt en date du 7 janvier 1997, les juges du droit ont prononcé la nullité d'un contrat d'assurance au bénéfice de l'assureur au motif que le maître de l'ouvrage avait dissimulé le rapport d'un bureau d'études sur la tenue du sol¹⁶³. Une solution identique a été rendue le 16 janvier 2003 par la Cour d'Appel d'Aix à la suite d'une déclaration mensongère des intervenants devant assurer le chantier¹⁶⁴. Mais la fraude ne saurait être mieux caractérisée que dans cette décision rendue le 21 décembre 2006 où le maître de l'ouvrage a déclaré la construction d'une maison individuelle alors que le chantier consistait en la construction d'un immeuble de huit logements¹⁶⁵.

Toutefois, si le maître de l'ouvrage arrive à démontrer que l'assureur avait connaissance du caractère mensonger de la déclaration du risque, il ne peut se voir

¹⁶³ Cass, 1^{re} civ., 7 janvier 1997, *Bull. I, n° 1, p.1*

¹⁶⁴ CA Aix, 16 janvier 2003, *Constr. Urb., 2003, 154, obs. Pagès de Varenne*

¹⁶⁵ CA Paris, 21 décembre 2006, *JCP, 2007, IV, 1297*

opposer la nullité du contrat d'assurance¹⁶⁶. De surcroît, l'action exercée par l'assureur en nullité dudit contrat est prescrite, passée un délai de deux ans à compter de la fraude et ce même si la demande est effectuée par voie d'exception alors que le contrat d'assurance a reçu un début d'exécution¹⁶⁷.

Mais si l'assureur n'arrive pas à démontrer la mauvaise foi du maître de l'ouvrage, la nullité du contrat d'assurance ne pourra être opposée, de sorte que l'assureur se retournera certainement sur la réduction proportionnelle.

B) Le mécanisme de la réduction proportionnelle

Si l'assureur n'arrive pas à démontrer l'intention frauduleuse du maître de l'ouvrage, le contrat d'assurance n'est pas nul. Toutefois, il peut résilier ledit contrat ou le maintenir sous réserve que le maître de l'ouvrage accepte une augmentation des primes.

Seulement, l'inexactitude de la déclaration ou de son omission est souvent découverte lors du sinistre. Les dispositions de l'article L. 113-9 du Code des assurances trouve à s'appliquer, ce dont il résulte que l'indemnité qui sera versée par l'assureur afin de réparer le dommage sera diminuée en proportion des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient normalement été dues si les risques avaient été totalement et exactement déclarés. Il convient de signaler que cet article est conforme à l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁶⁸.

Ce mécanisme s'applique à l'assurance dommages-ouvrage comme ce fut notamment le cas dans un arrêt rendu le 6 octobre 2004 par la Cour de cassation qui l'a appliqué en raison du défaut de transmission par le maître de l'ouvrage des assurances de responsabilité obligatoire des intervenants alors que la police l'exigée¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cass ; 1^{re} civ., 19 mai 1999, Bull. I, n° 160

¹⁶⁷ Cass, 2^e civ., 19 octobre 2006, RD imm., 2007, 61, obs. GRYNBAUM

¹⁶⁸ Cass, 3^e civ., 22 septembre 2004, Bull. III, n° 153, p.139

¹⁶⁹ Cass, 3^e civ., 6 octobre 2004, RD imm., 2004, 524, obs. DESSUET

Ce mécanisme peut se révéler préjudiciable dans le cadre du contrat de promotion immobilière ou de vente d'immeuble à construire. En effet, les juges du droit ont considéré dans un arrêt en date du 6 décembre 1994 que **la réduction proportionnelle est opposable au tiers lésé**¹⁷⁰. En conséquence, l'acquéreur d'un immeuble à construire, qui constate que le vendeur a artificiellement sous-évalué le montant réel des travaux de construction, pourrait se voir opposer le mécanisme de la réduction proportionnelle en cas de sinistre. En effet, si le montant des travaux est supérieur à ceux déclarés, le montant des primes auraient été corrélativement plus élevés.

Le préjudice de l'acquéreur est d'autant plus grand qu'il ne peut opposer à l'assureur la prescription biennale qui ne concerne que les actions dérivant du contrat d'assurance¹⁷¹.

§ 2 : L'application de mécanismes spéciaux propres à l'assurance construction

L'assureur peut opposer au maître de l'ouvrage des mécanismes découlant du contrat d'assurance dommages-ouvrage que sont l'exclusion de garantie (A) ou la déchéance de garantie (B). Si les effets de ces deux sanctions sont identiques dans le cadre de cette assurance, ils diffèrent si elles affectent le constructeur. Ici, l'exclusion de garantie prononcée contre ce dernier sera opposable à tous, y compris le maître de l'ouvrage alors que la déchéance de garantie ne sera opposable qu'au seul constructeur.

A) L'exclusion de garantie

Une liste exhaustive des cas d'exclusion de garantie est prévue dans les clauses types à l'article A. 243-1, annexe 1 du Code des assurances. Il en ressort que peuvent être opposés au maître de l'ouvrage ainsi qu'au tiers lésé le dol ou le fait intentionnel du souscripteur ou de l'assuré au sens de l'article L. 113-1 dudit code. Quant à la faute intentionnelle, elle implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu¹⁷². Les autres exclusions sont « *les effets de l'usure normale,*

¹⁷⁰ Cass, 3^e civ., 6 décembre 1994, Bull. III, n° 361, p. 260

¹⁷¹ Cass, 3^e civ., 14 février 2007, JCP, 2007, IV, 1571

¹⁷² Cass, 1^{re} civ., 6 avril 2004, Bull. I, n° 108, p. 88

de l'usage normal ou du défaut d'entretien » ou encore la cause étrangère. La rédaction de cette dernière est délicate puisqu'elle ne doit pas conduire à une exclusion de garantie trop générale. D'ailleurs, la Cour de cassation limite les cas de cause étrangère à ceux prévus aux clauses types¹⁷³.

En effet, la police est réputée contenir des garanties au moins équivalente à celle des clauses types, conformément aux dispositions de l'article L. 243-8 du Code des assurances. En conséquence, la police d'assurance ne peut prévoir des cas d'exclusion de garantie qui ne seraient pas mentionnées dans ces clauses.

L'article susvisé, bien que rédigé en des termes dépourvus d'équivoques, a fait objet d'une casuistique importante de la part de la jurisprudence.

En cas de contestation quant à l'application d'une de ces clauses, la charge de la preuve pèse sur l'assureur hormis l'hypothèse marginale de guerre étrangère dont la preuve devra être rapportée par l'assuré.

B) La déchéance de garantie

La déchéance de garantie est une sanction prévue à l'encontre du constructeur qui ne saurait avoir d'effets envers le maître de l'ouvrage. En effet, la déchéance de garantie est opposable au cocontractant direct et non aux tiers¹⁷⁴. L'assureur de responsabilité décennale peut donc opposer la déchéance de garantie au constructeur, notamment pour inobservation inexcusable des règles de l'art, mais en aucun cas au maître de l'ouvrage.

Ainsi, une telle déchéance a été opposée au maître d'œuvre qui avait monté des cloisons sans tenir compte des prescriptions du document technique

¹⁷³ Il s'agit notamment de dommages résultant « *directement ou indirectement, d'incendie ou d'explosion, sauf si l'incendie ou l'explosion sont la conséquence d'un sinistre couvert par le contrat* », « *de trombes, cyclone, inondations, tremblements de terre et autres phénomènes naturels à caractère catastrophique* », « *de faits de guerre étrangère, de faits de guerre civile, d'actes de terrorisme ou de sabotage, commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme ou de sabotage, d'émeutes, de mouvements populaires, de grève ou de lock-out ayant le caractère de cause étrangère* » ou encore « *des effets directs ou indirects d'explosion, de dégagement de chaleur, d'irradiations provenant de transmutation de noyaux d'atome ou de radioactivité, ainsi que des effets des radiations provoquées par l'accélération artificielle de particules* »

¹⁷⁴ Article A. 243-1, annexe I du Code des Assurances

unifié applicable, ce dont il a résulté des dommages prévisibles pour ce dernier mais dont il avait sciemment pris le risque¹⁷⁵.

En conséquence, la déchéance de garantie ne semblait pas affectée le maître de l'ouvrage avant que la Cour de cassation ne décida de lui transposer les règles applicables au constructeur. L'assuré dommages-ouvrage ne sera déchu de sa garantie que si le dommage provient d'une inobservation inexcusable des règles de l'art par le constructeur, subséquent à une prise de risque du maître de l'ouvrage. Ainsi, dans un arrêt en date du 15 décembre 2004, la Haute Juridiction a considéré que le maître de l'ouvrage ne saurait bénéficier de la garantie dommages-ouvrage dès lors qu'en rejetant les recommandations de l'architecte tendant à réaliser certains travaux, il avait accepté les risques encourus¹⁷⁶. Ici, la déchéance de garantie produira à l'encontre du maître de l'ouvrage les mêmes effets que l'exclusion, à savoir l'inopposabilité des clauses du contrat d'assurance.

En outre, la sévérité de cette sanction peut s'expliquer par le préjudice subit par l'assureur en raison d'une négligence de l'assuré. Ainsi, les clauses du contrat d'assurance prévoient le délai dans lequel le maître de l'ouvrage doit déclarer son sinistre tout en sachant qu'il ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés. Au-delà, l'assureur peut subir un préjudice en ce que le retard dans la déclaration du sinistre a pu aggraver les dommages, augmentant en conséquence le montant de l'indemnité à régler.

Toutefois, il ne saurait être déchu de sa garantie en cas de retard que si l'assureur arrive à démontrer que ce retard lui a causé un préjudice. De plus, conformément à l'article L. 113-2 du Code des assurances, cette déchéance de garantie ne pourra lui être opposée si le retard est la conséquence d'un cas de force majeure ou fortuit.

¹⁷⁵ Cass, 3^e civ., 9 juin 2004, pourvoi n° 03-11.132

¹⁷⁶ Cass, 3^e civ., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-16.581

CONCLUSION GENERALE

Le maître de l'ouvrage bénéficie d'un réel régime protecteur dans le cadre du secteur protégé du logement. Alors que les garanties extrinsèques lui garantissent la bonne fin des travaux en cas d'inexécution du constructeur, l'assurance dommages-ouvrage le garantit contre la mauvaise exécution des travaux.

Quant à cette dernière, il convient de mettre en garde le maître de l'ouvrage contre une déchéance de garantie consécutive à une prise de risque de sa part. Pour l'éviter, il lui ait conseillé de suivre les instructions émanant des intervenants sur le chantier.

Cette situation est délicate pour le maître de l'ouvrage puisqu'il peut refuser, en cours de chantier, de financer des travaux qui n'étaient pas prévus à l'origine mais qui lui sont conseillés par un intervenant car ils s'avèrent être nécessaires à l'ouvrage. En cas de survenance d'un désordre, les juridictions pourraient lui reprocher sa prise de risque contraire aux règles de l'art.

C'est pourquoi dans un tel cas, le maître de l'ouvrage se doit de faire application des dispositions de l'article 1793 du Code civil lui permettant d'inclure dans le forfait les travaux nécessaires mais non mentionnés avant le début du chantier. Dans cette hypothèse, aucune déchéance de garantie ne saurait lui être opposée.

Pour le maître de l'ouvrage, la question de la mise en jeu de l'assurance dommages-ouvrage est fondamentale. En effet, alors que la crise économique a fortement touché les entreprises du secteur de la construction, il se peut que la société qui a construit l'immeuble ait disparu après la réception des travaux. Dans cette hypothèse qui n'a rien de marginale, le maître de l'ouvrage ne pourra obtenir la réparation des désordres qu'en mettant en œuvre l'assurance dommages-ouvrage.

Toutefois, si les désordres affectant l'ouvrage n'entrent pas dans le champ d'application de ladite assurance, le maître de l'ouvrage n'a plus aucune solution. En effet, l'impossibilité d'engager l'assureur dommages-ouvrage, et *a fortiori* l'assureur de responsabilité obligatoire, le conduit à se retourner contre le constructeur à condition de respecter les délais prévus aux articles 1792 et suivants du Code Civil. Si le constructeur est en procédure collective, il déclarera sa créance suivant les modalités vues. Par contre, passé le délai prévu pour déclarer sa créance, le maître de l'ouvrage ne dispose plus d'aucun recours, si bien qu'il devra assumer seul les frais liés à la réparation du désordre qu'il subit.

Cette situation tend à se multiplier en raison, d'abord, des nombreux désordres que subissent les ouvrages mais aussi des difficultés économiques rencontrées par les entreprises aujourd'hui. Si cette tendance se confirme, il ne serait pas négligeable d'étendre le champ d'application de l'assurance dommages-ouvrage aux désordres qui ne seraient pas exclusivement de nature décennale. Actuellement facultatives, il serait de bon ton de rendre ces compléments d'assurances obligatoires.

De plus, la déchéance de garantie est une sanction sévère pour le maître de l'ouvrage, sans réelle proportion avec les fautes engendrant son application. Dans un souci de protection de ce dernier, ne serait-il pas plus équitable d'imputer une pénalité sur l'indemnité versée par l'assureur en fonction de la gravité de la faute et du préjudice subit par l'assureur ?

Les assurances du domaine de la construction pourraient faire l'objet d'une réforme tendant à étendre leur champ d'application afin de répondre aux problèmes rendus actuels par la crise économique et de revoir les sanctions opposés au maître de l'ouvrage et liées à une faute de sa part.

BIBLIOGRAPHIE

I/ CODES

- X.HENRY, G.VENANDET, G. WIEDERKEHR, F.JACOB, A.TISSERAND-MARTIN et P.GUIOMARD, Code civil, Dalloz, 2010, cent-neuvième édition
- J-P.BROUANT et collectif, Code commenté de la construction et de l'habitation, Dalloz, 2010, dix-septième édition
- Code des assurances, Dalloz, 2010, seizième édition
- I.DESPRES et L.DARGENT, Code de procédure civile, Dalloz, 2010, cent-unième édition

II/ OUVRAGES

- J-B.AUBY, R.NOGUELOU et H.PERINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 2008, huitième édition
- M.BOURASSIN, V.BREMOND et M-N.JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, SIREY, 2010, deuxième édition
- B.BOUBLI et collectif, *Memento pratique Urbanisme et construction*, F.LEFEBVRE, 2010-2011
- A.JACQUEMOT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2009, sixième édition
- C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2009, sixième édition
- P-M.LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2010-2011, cinquième édition

III/ SOURCES LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES

- LOI relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction n° 78-14 du 4 janvier 1978
- ORDONNANCE n° 2005-658 du 8 juin 2005

- LOI relative à la sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005
- ORDONNANCE n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

IV/ REVUES

- CONSTRUCTION-URBANISME, 2008, Et. 15, par P.SIMLER, *Recours du garant de la livraison à prix et délai convenus contre le constructeur défaillant. Résistance à la jurisprudence de la Cour de Cassation*
- Revue de Droit Immobilier, n°3 – Mars 2009, p. 179, par D.TOMASIN, *Le garant de livraison n'a pas de recours subrogatoire contre le constructeur de maison individuelle garanti*
- Revue de Droit Immobilier, n° 4 - Avril 2009, par J-M.BERLY, *La garantie de livraison de l'article L.261-6 du CCH: de Charybde en Scylla!*
- Revue de Droit Immobilier, n° 12 – Décembre 2009, p. 628, par C.CHARBONNEAU, *La réception de la norme AFNOR P03-001 par la jurisprudence*
- Revue des Procédures Collectives - Revue bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur – Mars- Avril 2010, p. 48, note Ch. LEBEL

V/ JURISPRUDENCE

- Cass. com., 15 janvier 1968. *Bull. civ. IV, n° 20, p.16*
- Cass, 3° civ., 9 janvier 1969, *Bull. civ, III, n° 29, p. 26*
- Cass. com., 4 juillet 1973. *D. 1974, 425, note Ghestin*
- Cass. Com., 25 mai 1976 : *Bull. Civ. IV, n° 180, p. 152*
- CA Aix, 5 décembre 1978, *JCP, 1980, 11, 19342, note BERGEL*
- Cass, 3e civ., 18 février 1981 : *Gaz Pal., Rec. Bim., sept. 1981, panorama, p. 245*
- Cass, 1er civ., 28 octobre 1981, *RD imm., 1982, p. 526, obs. Groslière et Jestaz*
- Cass, 3° civ., 27 janvier 1987, *Bull. III, n° 25, p. 17*
- Cass, 3e civ., 13 avril 1988, *Bull., n° 69, p. 40*
- Cass. 3° civ., 4 octobre 1989, *Bull. III, 1989, n° 176, p. 97*
- Cass, 1^{re} civ., 22 novembre 1989, *Bull. I, n° 354, p. 238*
- CA Paris, 7 février 1990, *Jurisdata, n° 020290*

- Cass, 1^{re} civ., 3 juillet 1990, *RGAT*, 1990, 854, obs. BIGOT
- Cass, com. 17 juillet 1990, *Bull. civ. IV*, n°214 et 215
- Cass, 3^e civ., 24 octobre 1990, pourvoi n° 89-14.945
- Cass, 1^{er} civ., 19 juin 1991, *RGAT*, 1991, 876, obs. d'HAUTEVILLE
- Cass, 3^e civ., 3 juillet 1991, *Le moniteur* 20-3-1992
- Cass. 3^e civ., 10 juillet 1991, *Bull. III*, n° 204
- Cass. 3^e civ., 30 octobre 1991. *RJDA* 2/92 n° 184
- Cass, 3^e civ., 1^{er} avril 1992, *Bull. III*, n° 107, p. 65
- Cass. 3^e civ., 24 juin 1992, *Bull. civ. III*, n°217
- Cass. 3^e civ., 4 novembre 1992, *Bull. III*, n° 285, P. 175
- Cass. 3^e civ., 18 novembre 1992, *Bull. III*, n°296
- Cass. 3^e civ., 30 juin 1993. *RDI*, 1993, p. 511
- Cass, 1^{re} civ., 3 novembre 1993, pourvoi n° 91-18.128
- Cass, 1^{re} civ., 2 février 1994, *Bull. I*, n° 40, p. 31
- CA Limoges, 11 avril 1994, *RD imm.*, 1994, 475
- Cass. Com. 17 mai 1994, pourvoi n° 91-20.083, *Bull. Civ. IV*, n° 178
- Cass, 3^e civ., 6 décembre 1994, *Bull. III*, n° 361, p. 260
- Cass, 1^{re} civ., 10 janvier 1995, pourvoi n° 93-12.127
- Cass, 1^{re} civ., 27 juin 1995, *Bull. I*, n° 279, p. 193
- Cass, 1^{re} civ., 10 juillet 1995, pourvoi n° 93-13.027
- Cass. 3^e civ., 4 octobre 1995, *Sté Les assurances du crédit Namur c/ Groupement français d'assurance et autres*, arrêt n° 1818, *JCP* 1995. II. 22545
- CA Aix, 23 janvier 1996, *Jurisdata*, n° 041275
- Cass, 1^{re} civ., 18 juin 1996, pourvoi n° 94-10.121
- Cass, 1^{re} civ., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.244
- Cass, 3^e civ., 3 juillet 1996, *RD imm.*, 1996, 591, obs. LEGUAY
- Cass. Com., 14 juillet 1996: *RTD com.* 1995, p. 482, obs. A. Martin-Serf
- Cass, 3^e civ., 17 juillet 1996, *Jurisdata*, n° 003326
- Cass. Com. 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.032, *Bull. Civ. IV*, n° 263
- Cass, 1^{re} civ., 7 janvier 1997, pourvoi n° 96-21.178
- Cass. 3^e civ., 15 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n°10
- Cass, 1^{re} civ., 4 mars 1997, pourvoi n° 95-10.045
- Cass. 3^e civ., 12 mars 1997, *Bull. III*, n° 53, p. 33, *JCP*, 1997, IV, n° 988
- Cass, 1^{re} civ, 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-19.390
- Cass. 3^e civ., 26 mars 1997, *Bull. III*, n° 69, p. 45
- Cass. Com., 22 avril 1997 : *JCP E* 1997, 681, n° 18, obs. Ph. PETEL
- Cass, 3^e civ., 27 mai 1997, pourvoi n° 95-20.509, *SCI 46, rue Médéric c/ Witeska*
- Cass. Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 94-14.109
- Cass. com., 1^{er} juillet 1997 : *JCP E* 1997, *pan.* 982
- Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-20.421
- Cass, 3^e civ., 11 février 1998, *Bull. civ. III*, n° 28
- Cass. com., 17 février 1998 : *RJDA* 6/1998, n° 766
- Cass, 3^e civ., 11 mars 1998, pourvoi n° 96-10.074
- Cass. com., 26 mai 1998 : *JCP E* 1998, p.1398
- Cass, 1^{re} civ., 18 juin 1998, pourvoi n° 95-10.293
- Cass, 1^{re} civ., 23 juin 1998, pourvoi n° 95-19.340

- Cass. Com., 27 octobre 1998: *Act. Proc. Coll. 1998-12*, n°159, obs. J. Vallansan
- Cass. 3^e civ., 20 janvier 1999, *AJDI*, 1999, 344
- CA Paris, 25 janvier 1999, *Synd. Copr. Tour Société Générale 15-17, cours Valmy à 92972 Parsi-La -Défense c/ AGF*
- Cass. 3^e civ., 2 février 1999, *Constr Urb.*, 1999, 150
- Cass, 3e civ., 17 mars 1999, *Bull, III*, n° 71, p. 49
- Cass ; 1^{re} civ., 19 mai 1999, *Bull. I*, n° 160
- CA Versailles, 12e ch., 20 mai 1999, n° 260, *SNC Dalla Vera c/ SCI Du Bois Merrain*
- Cass. com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-13.542, *Bull. civ. IV*. n°188
- Cass. com., 7 décembre 1999 : *Act. proc. coll. 2001*, n° 4, obs. J. VALLANSAN
- Cass, 3e civ., 12 janvier 2000, *Bull. III*, n° 2, p. 1
- Cass, 1re civ., 1re février 2000, pourvoi n° 97-16.662
- Cass, 1^{re} civ, 29 février 2000, *Bull. I*, n° 65, p.44
- Cass. 3^e civ., 14 mars 2000, *Constr. Urb.*, 2000, n° 146, obs Cornille
- Cass, 1^{re} civ., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-22.547
- CA Paris, 14 juin 2000, *AJDI*, 2000, 740
- CE, 13 septembre 2000, n° 189178, *Assoc des diplômés ICH du Languedoc-Rousillon*
- Cass. com., 23 janvier 2001 : *Act. proc. coll. 2001-7*, n° 86
- Cass, 3^e civ., 14 mars 2001, *Mon. TP*, 27 avril 2001, p. 83
- Cass, 1re civ., 17 juillet 2001 : *RD bancaire et fin. 2001*, p. 353, obs. F-X Lucas
- Cass. com., 16 octobre 2001 : *Act. proc. coll. 2001-20*, n° 259
- Cass, 3^e civ., 31 octobre 2001, *RD imm. 2002*, 363, obs. LEGUAY
- Cass. 1re civ., 4 décembre 2001, pourvoi n° 98-23.121
- CA Toulouse, 4 mars 2002, *Jurisdata*, n° 173373
- Cass, 2e civ., 7 mars 2002 : *Act. proc. Coll. 2002-9*, n° 110, obs. O. Salvat
- Cass. 3e civ., 26 juin 2002, *Bull. III*, n° 150, p. 127, *Constr-Urb.*, 2002, 235, obs Sizaire
- Cass, 1re civ., 10 décembre 2002, pourvoi n° 99-15.675
- Cass, 1re civ., 18 décembre 2002, pourvoi n° 99-16.55
- CA Nancy, 18 décembre 2002, *Jurisdata*, n° 198709
- CA Aix, 16 janvier 2003, *Constr. Urb.*, 2003, 154, obs. Pagès de Varenne
- T. com., Paris, 7 février 2003, *Constr. Urb.*, 2003, 218, obs. Sizaire
- CA Paris, 5 mars 2003, *Constr. Urb.*, 2003, 174
- Cass, 1^{re} civ., 27 mai 2003, *RD imm.*, 2003, 310, obs. DESSUET
- CA Toulouse, 2 juin 2003, *Jurisdata*, n° 215284
- Cass, 3e civ., 4 juin 2003, *Montanin c/ Sté France caution, arrêt n° 681, Juris-Data n° 2003-019272*
- Cass, 3e civ., 24 septembre 2003, *Bull, III*, n° 163, p. 144
- Cass. 3e civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-18.566
- Cass, 3e civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-19.034
- Cass, 3e civ., 18 février 2004, pourvoi n° 02-17.976
- CA Toulouse, 15 mars 2004, *Jurisdata*, n° 237560
- Cass. 3e civ., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-17.355
- Cass, 1^{re} civ., 6 avril 2004, *Bull. I*, n° 108, p. 88
- Cass, 3^e civ., 9 juin 2004, pourvoi n° 03-11.132

- Cass, 3e civ., 7 juillet 2004, pourvoi n° 03-12.256
- Cass. com., 14 juillet 2004 : *JCP E 2005-31*, n° 9, obs. Ph. PETEL
- Cass, 3° civ., 22 septembre 2004, *Bull. III*, n° 153, p.139
- Cass, 3° civ., 6 octobre 2004, *RD imm.*, 2004, 524, obs. DESSUET
- CA Rennes, 18 novembre 2004, *JCP*, 2005, IV 3332
- Cass, 3° civ., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-16.581
- Cass. 3° civ. 2février 2005, *Constr. Urb.*, 2005, 62, obs. Pagès de Varenne
- Cass. Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.232, *Bull. Civ. IV*, n° 214
- Cass. 3e civ., 1er mars 2006, pourvoi n° 04-16.297, *Bull. Civ. III*, n° 50
- Cass, 3e civ., 1re mars 2006, pourvoi n° 04-13.190
- Cass, 3e civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.674, *Bull. Civ. III*, n° 188
- Cass. Civ. 3e civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-17.774
- Cass, 2° civ., 19 octobre 2006, *RD imm.*, 2007, 61, obs. GRYNBAUM
- CA Paris, 21 décembre 2006, *JCP*, 2007, IV, 1297
- Civ. 3°, 31 janvier 2007, *RDI 2007*. 280
- Cass, 3° civ., 14 février 2007, *JCP*, 2007, IV, 1571
- Cass. 3e civ., 28 mars 2007, *Bull. III*, n°44, p. 38, *Constr. Urb.*, 2007, 115, obs. Sizaire
- Cass. 3° civ., 20 juin 2007. Pourvoi n° 06-13.565: BPIM 5/07 inf. 532
- Cass, 3e civ., 7 novembre 2007, *Bull. III*, n° 191, p. 174
- CAA Lyon, 23 octobre 2008, req. n° 05LY00422
- Cass. Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-20.660, F-D: *JurisData* n° 2009-047120
- CA Rennes, 2e ch. Com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-06.712

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION.....3

**PARTIE 1 : L'INEXECUTION DU CONTRAT DE CONSTRUCTION PAR LE CONSTRUCTEUR :
CONSEQUENCES ET SOLUTIONS POUR LE MAITRE DE L'OUVRAGE.....6**

CHAPITRE 1: LA PERIODE D'OBSERVATION ET SES CONSEQUENCES SUR LE MAITRE DE L'OUVRAGE..... 7

Section 1 : La parfaite exécution du contrat de construction 8

§1 : L'exécution du contrat par le constructeur lui-même en cas d'ouverture d'une procédure collective à son
encontre 8

 A : La possible continuation du contrat de construction en cas d'exécution des prestations du constructeur 8

 1 : La volonté du gestionnaire de l'entreprise : la poursuite d'activité 8

 2 : La volonté du maître de l'ouvrage : la continuation du contrat en cours 10

 B : L'impossible exécution forcée du contrat par le constructeur en cas d'ouverture d'une procédure collective à
son encontre 11

 1 : L'action en exécution forcée du maître de l'ouvrage en raison de l'inexécution totale ou partielle des
prestations du constructeur 11

 2 : L'inefficacité des poursuites du maître de l'ouvrage: l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre
du constructeur 13

§ 2 : L'exécution des prestations par un autre constructeur 15

 A : La réalisation des travaux par un autre que le débiteur et à ses frais 16

 B : La réalisation des travaux subséquente à la résiliation du contrat de construction 17

 1 : La résiliation du contrat de construction à l'initiative du gestionnaire de l'entreprise 17

 a) La condition d'exercice du droit d'option: un contrat d'entreprise de construction en cours 17

 b) La solution face aux pertes de l'entreprise: la résiliation du contrat de construction 18

 2 : La résiliation du contrat de construction à l'initiative du maître de l'ouvrage 19

Section 2 : Le délicat recouvrement des créances de sommes d'argent par le maître de l'ouvrage 20

§ 1 : La détermination de la créance du maître de l'ouvrage	20
§ 2 : La formalité nécessaire au recouvrement de la créance: la déclaration de créance	22
A : La lourdeur de la procédure de déclaration de créance: le danger pour le maître de l'ouvrage.....	22
B : Les conséquences et solutions de l'absence de déclaration pour le maître de l'ouvrage.....	24
1 : L'inopposabilité de la créance de somme d'argent à l'entrepreneur en procédure collective	24
2 : La relative protection du maître de l'ouvrage en l'absence de déclaration de sa créance	26
3 : Le recouvrement de la créance de somme d'argent: les solutions du maître de l'ouvrage	27
a) La compensation comme moyen d'extinction de la créance du maître de l'ouvrage	28
b) L'action du maître de l'ouvrage en annulation des actes passés pendant la période suspecte	29
 CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE DES SURETES DU DOMAINE DE LA CONSTRUCTION	 32
 <i>Section 1 : La délicate détermination de la nature des suretés applicables au domaine de la construction</i>	 32
§ 1 : La qualification légalement admise : le cautionnement solidaire.....	32
A : La place du cautionnement solidaire dans la VEFA.....	32
B : Le cautionnement solidaire dans le CCMI	34
§ 2 : Les incidences prétoriennes quant à la nature des garanties du secteur de la construction.....	36
A : La nature des suretés dans la VEFA: la qualification garantie autonome	36
B : La nature de la garantie de livraison: caution, assurance ou garantie autonome	37
 <i>Section 2 : Les modalités de mise en œuvre des garanties du secteur de la construction en cas de défaillance du constructeur.....</i>	 <i>40</i>
§ 1 : La condition de l'efficacité des garanties du secteur de la construction en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur: l'extranéité de la sûreté	40
A : La stérilité des effets des procédures collectives sur les garanties extrinsèques du secteur de la construction	41
B : L'efficacité de la garantie extrinsèque nonobstant la négligence fautive du maître de l'ouvrage: l'inopposabilité du défaut de déclaration de la créance	42
§ 2 : La dangerosité de la garantie intrinsèque pour le maître de l'ouvrage en cas de défaillance du constructeur .	44
A : Les limites à la garantie intrinsèque pour l'acquéreur	44

B : La nécessité économique de maintenir la garantie intrinsèque 46

PARTIE 2 : LA PROTECTION ACCRUE DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE FACE A LA MAUVAISE EXECUTION DES TRAVAUX: L'ASSURANCE CONSTRUCTION49

CHAPITRE 1: L'ASSURANCE DOMMAGES-OUVRAGE COMME OUTIL DE PROTECTION DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE 51

Section 1 : L'autonomie de l'assurance dommages-ouvrage protectrice du maître de l'ouvrage..... 51

§ 1 : La déclaration de sinistre: le déclenchement de l'assurance dommages-ouvrage 52

A : Le possible recours du maître de l'ouvrage contre le constructeur ou l'assureur responsabilité décennale .. 52

B : Les modalités procédurales de la déclaration de sinistre 54

§ 2 : La matérialisation de l'assurance dommages-ouvrage: la réparation du dommage..... 55

A : L'acceptation ou le refus de garantie de l'assureur dommages-ouvrage 55

1 : La décision de l'assureur en l'absence d'expertise 55

2 : La décision de l'assureur en cas d'expertise..... 56

a) Les exigences procédurales de la décision de l'assureur..... 57

b) L'application de la garantie: sanction de l'inobservation des règles procédurales 58

B : Le versement des fonds et leur affectation à la réparation du dommage..... 59

Section 2 : L'efficacité de la garantie en raison de son étendue temporelle 61

§ 1 : La notion de réception: articulation entre les deux mécanismes de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage..... 62

§ 2 : La mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage avant réception des travaux..... 66

A : Les conditions de mise en œuvre de la garantie avant réception des travaux 66

B : L'articulation entre l'assurance dommages-ouvrage et les autres garanties du secteur de la construction ... 68

§ 3 : La mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage après réception des travaux..... 69

A : La subordination de l'assurance dommages-ouvrage à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement 69

B: L'effectivité de l'assurance dommages-ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur 70

CHAPITRE 2 : LES LIMITES A LA PROTECTION DU MAITRE DE L'OUVRAGE	72
<i>Section 1 : Les conditions de mise en œuvre de l'assurance dommages-ouvrage.....</i>	<i>72</i>
§ 1 : La limitation de l'assurance dommages-ouvrages aux désordres de nature décennale.....	72
A) La qualification de dommages de nature décennale.....	72
B) L'imputabilité du dommage à l'ouvrage	74
C) L'extension de garantie à l'élément générateur ou aggravateur du dommage.....	74
§ 2 : L'inapplicabilité de l'assurance dommages-ouvrages aux existants	75
A) L'application de l'assurance dommages-ouvrage aux existants avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005	75
B) L'inapplicabilité de l'assurance dommages-ouvrage sur les existants après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005	76
<i>Section 2 : La neutralisation de la garantie pour faute</i>	<i>77</i>
§ 1 : L'application des mécanismes généraux du droit des assurances	78
A) Le mécanisme de la fraude.....	78
B) Le mécanisme de la réduction proportionnelle	79
§ 2 : L'application de mécanismes spéciaux propres à l'assurance construction	80
A) L'exclusion de garantie	80
B) La déchéance de garantie	81
CONCLUSION GENERALE	83
BIBLIOGRAPHIE.....	85