

## LA DÉFAILLANCE DE L'ENTREPRENEUR APRÈS RÉCEPTION : LES ASSURANCES

De nombreuses publications ont déjà été consacrées au **droit de la construction** luxembourgeois. Cette contribution n'a pas pour ambition de s'ajouter à la liste de ces écrits mais de se pencher sur la question de l'assurance responsabilité décennale pour en décrire certains aspects.

Nous nous contenterons donc de quelques rappels de base sur la responsabilité civile en matière de construction pour ensuite nous attacher à observer l'une ou l'autre problématique relevant exclusivement de la question de l'assurance responsabilité décennale.

Rappelons d'abord que le régime de la garantie applicable en matière de responsabilité des constructeurs est totalement conditionné par le point de savoir s'il y a eu, ou non, réception de l'ouvrage.

Avant la réception, c'est la responsabilité contractuelle de droit commun qui régit la matière alors qu'après c'est, **en principe**, la responsabilité décennale/biennale des articles 1792 et 2270 du Code civil qui est mise en œuvre. Cette solution est bien sûr à nuancer. Même après réception, la responsabilité contractuelle de droit commun peut jouer. Mais normalement, c'est bien la responsabilité décennale/biennale des articles 1792 et 2270 du Code civil qui trouve à s'appliquer.

### I. RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRENEUR APRÈS RÉCEPTION

#### A. Responsabilité décennale et biennale

La responsabilité décennale/biennale des articles 1792 et 2270 du Code civil s'applique lorsque l'ouvrage est affecté d'un **vice**<sup>1</sup>. Ces articles instaurent un régime spécial de garantie qui déroge à celui du droit commun. Le régime est d'abord spécial d'un point de vue temporel. La responsabilité découlant de ces dispositions ne s'applique qu'après

réception de l'ouvrage et est de dix ou deux ans, selon la gravité du vice, tandis qu'avant la réception de l'ouvrage, tout désordre est régi par la responsabilité contractuelle de droit commun du constructeur qui peut être recherchée pendant 10 ans<sup>2</sup>. Mais la responsabilité décennale est surtout spéciale dans ses modalités de mise en œuvre puisque le délai de garantie et le délai d'action se confondent : les vices doivent s'être déclarés pendant le délai de dix (ou deux) ans et l'action en responsabilité doit avoir été introduite dans ce même délai de dix ans (ou deux ans). Cette responsabilité est contractuelle et est ouverte au maître de l'ouvrage contre les personnes, architectes et entrepreneurs et autres corps de métier, auxquelles il est lié par un contrat de louage d'ouvrage.

Il y a vice de construction lorsque la chose est « impropre à l'usage auquel on la destine »<sup>3</sup>. Autrement dit, le vice en matière d'immeubles apparaît comme un désordre qui affecte la construction. Ce vice de construction peut toucher soit un gros ouvrage soit un menu ouvrage. Lorsqu'on est en présence d'un gros ouvrage<sup>4</sup> et que le vice en affecte la solidité, la responsabilité qui en découle est décennale. Lorsque le vice affecte un menu ouvrage<sup>5</sup>, la responsabilité qui en découle est une responsabilité biennale.

Il est de principe qu'en cas de louage d'ouvrage (comme en cas de succession de contrats de vente), l'action en garantie est transmise avec la propriété<sup>6</sup>. La jurisprudence admet que la créance de garantie découlant des articles 1792 et 2270 du Code civil est transmise comme un accessoire de la chose vendue aux sous-acquéreurs, lesquels peuvent rechercher **directement** la responsabilité du constructeur sur cette base, la base délictuelle étant exclue.

Lorsqu'il n'y a pas de transfert successif du droit de propriété sur un bien donné, la jurisprudence luxembourgeoise, à l'instar de la jurisprudence française, a admis

1. En matière de louage d'ouvrage, il n'y a pas de distinction entre vice **caché** et vice **apparent**, alors que c'est le cas en matière de vente d'immeuble à construire.  
2. Le constructeur étant systématiquement un commerçant, on se trouve en présence d'un acte mixte auquel la prescription décennale est applicable (p.ex. Cour d'appel Lux 1<sup>er</sup> avril 2015, n° 39461 du rôle.)  
3. Article 1641 du Code civil luxembourgeois.  
4. Concernant la notion de gros ouvrage « il convient de s'attacher non seulement à la fonction de l'ouvrage pour la stabilité et la sécurité de l'édifice, mais à prendre aussi en considération l'utilité de l'ouvrage de manière à considérer comme affectant un gros ouvrage, les malfaçons qui rendent

une chose immobilière impropre à sa destination. Il faut, de plus, examiner l'ampleur de la réparation que le vice rend nécessaire, ainsi que le coût et le caractère d'investissement durable que représente l'ouvrage ». Cour d'appel, 29 juin 1984, Pas. 26, p.184 ; Trib.arr. Lux., 8<sup>e</sup> chambre, 27 avril 2004, n°108/2004.

5. Selon l'arrêt précité du 29 juin 1984, sont de menus ouvrages « ceux qui ne sont conçus et réalisés qu'à titre de liaison, de décoration des gros ouvrages, ceux qui ne participent pas à l'investissement immobilier et dont le renouvellement serait admissible au titre de l'entretien ou de la simple remise à neuf, sans destruction ».  
6. G. RAVARANI, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> édition, n°496.

que la nature de l'action exercée entre des personnes qui ne sont pas contractuellement liées – telle que l'action dirigée par le maître de l'ouvrage contre les sous-traitants de l'entrepreneur – est délictuelle<sup>7</sup>.

Les articles 1792 et 2270 du Code civil instaurent une présomption de responsabilité à l'égard des constructeurs qui ont participé à la construction de l'ouvrage affecté d'un vice<sup>8</sup> et l'obligation du constructeur est considérée par la jurisprudence comme une obligation de résultat. Celui-ci ne pourrait donc s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

### B. Responsabilité contractuelle de droit commun

Il n'arrive que rarement que la responsabilité contractuelle de droit commun s'applique après la réception de l'ouvrage. Mais cela arrive. C'est le cas, par exemple, lorsque le désordre qui affecte l'ouvrage est un **défaut de conformité**, et non un **vice**.

Le défaut de conformité est un désordre affectant un ouvrage correctement bâti mais non conforme aux stipulations du contrat ; la chose livrée / construite est différente de ce que prévoyait le contrat. En d'autres mots, il y a défaut de conformité lorsque l'ouvrage est parfaitement exécuté et qu'on ne peut lui faire de critique que s'il ne met pas en œuvre ce que prévoyait la commande passée par le maître d'ouvrage.

Dans ce cas, le maître d'ouvrage peut agir contre les constructeurs dans le délai de droit commun qui est de 10 ans<sup>9</sup> après réception de l'ouvrage.

Cette responsabilité contractuelle de droit commun ne joue pas pour n'importe quel défaut de conformité. En effet, dans le cas d'un défaut de conformité **apparent**, le maître de l'ouvrage est forcé à agir s'il a réceptionné l'ouvrage sans réserve.

La responsabilité contractuelle de droit commun trouve encore à s'appliquer lorsque ce n'est pas un défaut de conformité mais bien un vice de construction qui affecte l'ouvrage. C'est le cas notamment lorsque le vice affecte le gros ouvrage sans en compromettre la solidité. Cette notion s'est évidemment transformée avec le temps ; avec l'évolution technique, il n'existe quasiment plus de risque d'effondrement. L'on retient désormais que compromet la solidité de l'édifice « toute défectuosité grave qui dépasse la mesure des imperfections auxquelles on doit s'attendre dans une construction »<sup>10</sup>.

En fonction de la qualification du désordre, donc, on applique soit la responsabilité décennale/biennale, soit la responsabilité de droit commun.

Le législateur, dans un projet de loi n° 5704 portant réforme des régimes de responsabilité en matière de construction et modifiant le Code civil, a proposé, pour simplifier le régime de la responsabilité des constructeurs, de (notamment) supprimer cette distinction et d'assimiler les défauts de conformité aux vices qui affectent l'ouvrage.

Mais ayant choisi de remplacer le mot « dommages » par le mot « désordres » qui viserait tant les vices que les défauts de conformité, il a été critiqué par le Conseil d'État<sup>11</sup> qui a attiré son attention sur le fait que les termes de « dommages » et « désordres » avaient des sens différents donnant lieu à des interprétations différentes et que le remplacement du mot **dommages** par **désordres** perturberait l'utilisation de la jurisprudence française alors que le texte de la réforme proposée l'avait copié presque à l'identique<sup>12</sup>.

La tâche semblant décidément trop ardue<sup>13</sup>, le projet de loi a été remis au placard et n'a plus évolué depuis cet avis du Conseil d'État de décembre 2010.

## II. LES ASSURANCES DE GARANTIE

### A. Les parties au contrat d'assurance – les particularités de l'assurance garantie décennale

Le régime dérogatoire de la garantie décennale et biennale, que l'on vient d'analyser, conduit souvent les différents corps de métier à s'assurer contre le risque de mise en œuvre de ces garanties en souscrivant des assurances de garantie décennale ou biennale.

L'assurance garantie décennale, encore appelée assurance contrôle, est, comme l'assurance tous risques chantier (TRC), une assurance non obligatoire, sauf pour les architectes et ingénieurs conseils, que l'article 6 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et ingénieur conseil oblige à s'assurer. Comme la TRC, elle vise, d'une part, à assurer les dommages subis par le maître d'ouvrage, et est régie à ce titre par les articles 63 et suivants de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, d'autre part à assurer la responsabilité des édificateurs ; elle est alors régie par les articles 80 et suivants de la loi sur le contrat d'assurance.

Elle doit être distinguée des autres assurances de « construction ». L'assurance de garantie est une assurance

7. G. RAVARANI, n°497.

8. Cour d'appel Lux, 12 janvier 2012, n° 35306, 35354 et 35818 du rôle.

9. Cf. *supra* note n° 2

10. Cf. jurisprudence citée par G. RAVARANI in Quelques considérations polémiques à propos de la mise en œuvre de la garantie des vices de construction, *Annales de droit luxembourgeois*, Bruylant, vol. 3, 1993, p.61.

11. Avis du Conseil d'État du 17.12.2010 relatif au projet de loi n° 5704 portant

réforme des régimes de responsabilité en matière de construction et modifiant le Code civil.

12. *Supra* avis du Conseil d'État.

13. Toujours de l'avis du Conseil d'État, « Bien que ce projet de loi soit présenté comme une simplification de la responsabilité, le Conseil d'État est d'avis qu'il ne manquera pas de susciter un tas de difficultés sur lesquelles il reviendra dans l'examen des articles. »

de bonne exécution des travaux, qui garantit les travaux après réception de l'ouvrage. À l'inverse, l'assurance tous risques chantier (TRC), par exemple, couvre les dommages avant la réception de l'ouvrage.

En pratique, l'assurance de garantie est souvent souscrite par le maître de l'ouvrage pour son propre compte et pour celui des autres participants à la construction de l'édifice. Il faut entendre par maître de l'ouvrage celui pour le compte duquel sont effectués les travaux ainsi que chaque propriétaire successif. Par autres participants, il faut entendre les constructeurs qui sont liés directement par contrat de louage d'ouvrage au maître de l'ouvrage.

Il peut arriver que le souscripteur ne soit pas le maître de l'ouvrage lui-même mais l'entreprise de construction, qui s'engage, dans le contrat conclu avec le maître de l'ouvrage et par un mécanisme de stipulation pour autrui, à assurer l'ouvrage en garantie décennale au bénéfice du maître de l'ouvrage. Mais dans une telle hypothèse, il est exclu que le maître d'ouvrage qui a accepté cette stipulation perde son droit direct contre l'assureur, même si ce dernier a pu se désengager vis-à-vis du constructeur souscripteur.

C'est ce qu'a souligné la Cour d'appel dans un litige qu'elle a tranché en 2002 et qui lui a donné l'occasion de rappeler quelques principes. Dans cette affaire, le vendeur d'une maison en état futur d'achèvement et souscripteur de l'assurance s'était engagé vis-à-vis du maître de l'ouvrage à faire assurer la maison, objet du contrat, auprès d'une compagnie d'assurance luxembourgeoise mais avait ensuite, en raison du défaut de paiement de la prime d'assurance, signé un avenant avec l'assureur suivant lequel le contrat était annulé.

Les juges ont refusé d'avaliser ce désengagement de l'assureur pour les motifs suivants :

« L'assurance responsabilité décennale souscrite par la société X constitue une assurance pour compte de qui il appartient qui se caractérise, d'une part, par l'engagement personnel du souscripteur qui, tout en agissant pour autrui, s'oblige directement, et, d'autre part, par le droit propre de l'intéressé qui, sans être partie au contrat et sans y être représenté, recueillera en cas de sinistre le bénéfice de l'opération en vertu d'une stipulation pour autrui (...).

Le droit du tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui contre le promettant « trouve sa source et sa mesure » dans le contrat conclu par le stipulant avec le promettant. Si ce contrat vient à disparaître l'obligation du promettant envers le bénéficiaire sera dépourvue de cause. Il s'ensuit que le promettant peut, en principe, opposer au bénéficiaire toutes les exceptions et moyens de défense découlant du contrat générateur de la stipulation, qu'il s'agisse d'exceptions ou de moyens de défense mettant en cause la validité du contrat entre promettant et stipulant ou sanc-

tionnant l'inexécution des obligations assumées par le stipulant envers le promettant (cf. article 49, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance).

Cependant comme le bénéficiaire de la stipulation dispose d'un droit propre, distinct de celui du stipulant et que l'article 1236 du Code civil permet à toute personne intéressée de se substituer au débiteur pour acquitter une obligation, le promettant ne doit pas priver le bénéficiaire du droit de défendre ses propres intérêts face au stipulant et au promettant et notamment d'exécuter les obligations du stipulant défaillant en lieu et place de celui-ci. Le promettant ne peut pas mettre le bénéficiaire devant le fait accompli, soit en agissant en nullité, en résolution ou en résiliation du contrat le liant au stipulant sans mettre le bénéficiaire en cause, soit en mettant fin à l'amiable à ce contrat sans permettre au bénéficiaire d'exécuter les obligations du stipulant. En outre, lorsque comme en l'espèce, le bénéficiaire avait accepté la stipulation, aucun litige, aucune entente entre le stipulant et le promettant ne peut supprimer, suspendre ou modifier le droit du bénéficiaire qui est devenu irrévocable. »<sup>14</sup>

Les polices d'assurance, de manière générale, stipulent que « sont assurés le preneur d'assurance et ceux qui participent à l'édification de l'ouvrage assuré, c'est-à-dire les entrepreneurs et sous-traitants, les architectes, ingénieurs-conseils et bureaux d'études », à l'exclusion des fabricants et fournisseurs de matériaux de construction, qui ne sont pas liés au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. À l'exclusion également du contrôleur technique, malgré l'évolution de la jurisprudence qui le considère aujourd'hui comme un constructeur en lui appliquant sans atténuation l'article 1792 du Code civil.

Il faut savoir que si l'assurance garantie décennale n'est pas obligatoire, l'assuré qui choisit d'y recourir se voit souvent imposer par l'assureur un contrôle de la conception et de l'exécution des travaux par un bureau de contrôle technique.

Les assureurs ont en effet, à l'origine, accepté de couvrir la responsabilité des édificateurs sous trois conditions :

1. que l'assurance couvre collégalement les édificateurs avec abandon de recours (et donc absence de litiges récurrents),
2. qu'il y ait une franchise à chaque remboursement de sinistre (maintien de la volonté d'effectuer un travail responsable et pas de prime au mauvais travail),
3. que l'assurance ne soit accordée que pour des chantiers qui ont été contrôlés et uniquement pour la partie des travaux qui ont été contrôlés (l'assureur ne pouvant couvrir financièrement un risque que s'il est normal et le travail effectué suivant les règles de l'art).

C'est de cette réflexion qu'est née l'assurance contrôle.

14. Cour d'appel 5 juin 2002, n° 26331 du rôle ; Jurisnews, *Regard sur le Droit de la Construction & Immobilier*, vol 1 n° 02/2007, p.5.

## B. Le rôle du contrôleur technique

La mission de normalisation du risque, confiée au contrôleur technique, consiste à indiquer à l'assureur si les risques encourus au titre d'une opération considérée sont normaux ou exceptionnels, donc justifiables d'une prime majorée, voire d'un refus d'assurance.

Jusqu'en 1973, les missions de contrôle technique étaient effectuées dans le cadre d'un seul contrat, l'assurance contrôle, qui avait pour but de couvrir la responsabilité des édificateurs. Dans ce schéma, les services du contrôleur technique n'étaient pas contractés par le maître de l'ouvrage mais par l'assureur lui-même, soucieux de normaliser le risque qu'il était appelé à couvrir.

C'est lorsque la TVA a été créée et qu'il a fallu distinguer entre les prestations de services de contrôle, soumises à TVA, et les prestations de services d'assurance, qui ne le sont pas, que les deux contrats ont été séparés mais le but du contrôle est resté le même et la mission du contrôleur n'a pas changé.

Celui-ci suit l'évolution du chantier lors de la phase d'études et lors de la phase d'exécution, en émettant des conseils, des remarques, des réserves devant conduire les édificateurs soit à modifier l'un ou l'autre détail, soit à assumer leur responsabilité et donc à prendre un risque conscient et calculé (pour lequel l'assureur ne les couvrira pas).

Les assureurs n'assurent la construction que lorsqu'un rapport final favorable a été délivré par le bureau de contrôle.

Malgré son rôle bien particulier dans le processus de construction et la finalité de sa mission, qui vise à parfaire l'opération d'assurance, le contrôleur technique, on l'a souligné, est soumis à la garantie décennale et biennale des articles 1792 et 2270 du Code civil et ceci « en raison de ses activités et de la nature des prestations fournies lorsqu'il a contribué à faire ou à diriger l'ouvrage et doit de ce fait être considéré comme constructeur »<sup>15</sup>.

Depuis cette évolution de la jurisprudence, il semble que la situation du contrôleur technique tende à se détériorer de plus en plus puisque les maîtres d'ouvrage sont parfois tentés de ne s'en prendre qu'au bureau de contrôle, à l'exception des autres intervenants sur le chantier, pour se faire indemniser des dommages que leur assureur tarde à couvrir.

En raison du caractère général de sa mission, il est en effet relativement aisé de faire imputer un quelconque désordre au bureau de contrôle et ceci sans la moindre faute de sa

part puisque l'article 1792 du Code civil auquel la jurisprudence le soumet, pose une présomption de responsabilité qui dispense le maître d'ouvrage de prouver sa faute<sup>16</sup>.

À la vérité, il semble que la tentation d'agir contre le contrôleur technique soit, pour le maître de l'ouvrage, due au fait qu'il considère que puisqu'il devait « contrôler » la construction de l'ouvrage, il a tout vu ou aurait dû tout voir de l'évolution de cette construction.

Elle est aussi plus confortable car le contrôleur technique, à l'instar de l'architecte et de l'ingénieur-conseil et bien qu'il n'y soit pas, comme eux, obligé, est le plus souvent assuré, donnant ainsi l'illusion à celui qui lui réclame réparation que la nuisance que son action engendrera ne sera pas trop pénible à supporter...

Et surtout, il est assuré par un autre que l'assureur en garantie décennale, dont on a vu qu'il excluait le bureau de contrôle de la couverture parce qu'il ne le considère pas comme un constructeur. Il apparaît donc comme le seul moyen pour l'assureur en décennale d'essayer d'éviter de mettre la main au portefeuille tout en ayant la garantie d'une discussion entre gens de bonne compagnie.

## C. Le caractère non-obligatoire (à l'heure actuelle) de l'assurance garantie décennale au Luxembourg

Ces réflexions amènent à se demander si un système d'assurance obligatoire, comme il existe en France, ne serait pas la voie à suivre : laisser les assureurs gérer les problèmes pour éviter les procédures judiciaires interminables.

L'avantage du système français, où tout se joue entre les assureurs, est qu'il conduit à une réparation automatique et rapide du dommage, laissant à l'assureur l'aléa du recours contre les responsables<sup>17</sup>.

Ce système a encore toute une série de conséquences, inexistantes au Luxembourg : conséquences sur les locataires d'ouvrage, qui encourent des sanctions, y compris pénales, s'ils ne satisfont pas à leur obligation, conséquences sur les rédacteurs d'actes, qui doivent mentionner l'assurance dans les actes intervenant avant l'expiration du délai de dix ans, avec la responsabilité qui en découle, sanctions pénales aussi pour les maîtres d'ouvrages...

Cette obligation de s'assurer dans le chef du maître d'ouvrage ou des constructeurs a évidemment pour corollaire une obligation d'assurer pour l'assureur.

Rien de tout cela au Luxembourg, où le système, certes, conduit à un encombrement de l'institution judiciaire et à

15. Cass., 27 mai 2010, Pas.35, p.216 ss.

16. Certains juges semblent cependant vouloir traiter les contrôleurs techniques avec moins de sévérité. Ainsi un jugement, à notre connaissance une décision isolée, a accepté de soumettre le contrôleur technique à l'obligation de moyens stipulée dans ses conditions générales. Dans la mesure

où l'entité qui a essayé d'engager la responsabilité du contrôleur technique n'était pas en mesure de démontrer une telle faute, sa demande a été déclarée non fondée (Trib. arr. Lux., 7 juin 2012, n° 91 680 et 92 270 du rôle).

17. A. CASTON, La responsabilité des constructeurs, 4<sup>e</sup> éd, éditions Le Moniteur, p.471.

une insatisfaction des maîtres d'ouvrage mais où bien des complications semblent évitées.

Il reste en tout cas bon nombre de problèmes à régler pour le législateur s'il veut mettre en place un système d'assurance obligatoire qui serait effectivement plus efficace.

### III. QUELQUES CONSIDÉRATIONS PRATIQUES RELATIVES À L'ASSURANCE GARANTIE DÉCENNALE

#### A. Déclaration de sinistre et durée de la couverture d'assurance

En cas de sinistre affectant l'ouvrage pour lequel le maître d'ouvrage a conclu un contrat d'assurance couvrant la garantie décennale, il appartient à l'assuré de procéder au plus vite à la déclaration du sinistre auprès de son assureur.

L'article 26 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance (ci-après la « **Loi sur le contrat d'assurance** ») est applicable et exige de l'assuré qu'il procède dès que possible et dans le délai fixé dans le contrat d'assurance à la déclaration de sinistre. Une déclaration effectuée après le délai contractuel n'est cependant pas automatiquement considérée comme étant hors-délai ; l'assuré doit avoir fait la déclaration aussi rapidement que faire se pouvait raisonnablement.

La sanction d'une déclaration tardive n'entraîne pas une déchéance de la couverture d'assurance, mais ouvre le droit à l'assureur de demander le cas échéant une indemnisation (en principe par la voie d'une réduction de son intervention) pour un préjudice éventuellement subi du fait de la tardiveté de la déclaration.

L'obligation de déclaration du sinistre dans le délai convenu dans le contrat ne doit cependant pas être confondue avec l'obligation de déclarer un éventuel sinistre endéans la période de couverture de l'assurance. La durée de cette couverture ne pose généralement pas de problème, puisque dans l'hypothèse d'une garantie couvrant la responsabilité décennale des constructeurs, elle est de dix ans.

À première vue, il devrait en être de même concernant le point de départ de la période de garantie, qui, en toute logique, devrait correspondre à la date de réception des travaux.

Certains contrats d'assurance se limitent en effet à renvoyer purement et simplement à la date de réception des travaux. Il s'agit notamment des contrats d'assurance couvrant la garantie décennale et pour lesquels l'intervention d'un bureau de contrôle n'est pas prévue. Dans cette hypothèse, les parties ont néanmoins tout de même intérêt à indiquer, dans un avenant ultérieur, la date exacte de réception à prendre en compte afin d'éviter des discussions par la suite, discussions pouvant notamment avoir leur source dans l'absence de définition légale précise de la notion de réception en droit luxembourgeois.

Les contrats d'assurance dont la conclusion est accompagnée de l'intervention d'un bureau de contrôle prévoient systématiquement que la date de début de la période de couverture est fixée dans un avenant au contrat d'assurance qui renseigne également les remarques du bureau de contrôle qui n'ont pas été levées et pour lesquelles toute couverture d'assurance est exclue.

Le maître d'ouvrage devra donc porter une attention particulière à l'avenant au contrat d'assurance qui fixe la date de départ de la période de couverture et donc également la date ultime pour la déclaration d'un sinistre. Les contrats d'assurance stipulent régulièrement qu'afin de pouvoir bénéficier d'une couverture d'assurance, le sinistre et la déclaration de sinistre doivent obligatoirement intervenir endéans la période de couverture.

#### B. Exemples de clauses d'exclusion et leur application en pratique

L'objectif des quelques lignes qui vont suivre n'est pas de présenter un catalogue exhaustif des clauses d'exclusion de la couverture d'assurance, mais d'évoquer les clauses qui, en pratique, font régulièrement l'objet de débats entre les parties concernées.

Les contrats d'assurance contiennent usuellement toutes sortes de clauses d'exclusion, visant à limiter l'obligation d'intervention de l'assureur. Outre les clauses d'exclusion générales qui sont stipulées systématiquement dans les contrats d'assurance, les contrats d'assurance couvrant la garantie décennale contiennent habituellement des clauses d'exclusion spécifiques. Ces clauses d'exclusion sont régulièrement invoquées par les assureurs, et les maîtres d'ouvrages ont tout intérêt à en prendre connaissance à la signature du contrat d'assurance, afin d'éviter de mauvaises surprises en cas de sinistre.

Nous mettrons ci-dessous deux types de clauses en évidence.

##### 1. La période d'observation notamment pour les défauts d'étanchéité

Il ne s'agit pas d'une clause d'exclusion proprement dite, mais d'une clause qui offre à l'assureur un délai de carence, qui est en général de deux ans. Cette période de deux ans est considérée comme une période d'observation après laquelle les défauts dus à une exécution non conforme aux règles de l'art devraient s'être révélés. Les défauts survenus pendant la période d'observation, parce qu'ils traduisent une mauvaise exécution que le constructeur doit réparer lui-même, ne sont pas pris en charge par l'assureur.

Voici deux exemples de telles clauses :

« L'événement donnant lieu à demande de garantie doit être survenu dans les dix premières années qui suivent la réception de l'ouvrage assuré, la réclamation devant être introduite au cours de cette période. Toutefois, les défauts

d'étanchéité et leurs conséquences ne sont garantis que dès la troisième année qui suit la réception pour autant qu'à l'initiative des assurés le contrôleur technique ait pu vérifier qu'il a été porté remède de façon durable et complète aux déficiences qui se seraient éventuellement révélées pendant les deux premières années, et pour autant qu'une période de douze mois au moins sans déficience se soit écoulée depuis les dernières interventions. »

et

« L'assureur ne prendra à charge les défauts d'étanchéité de couverture ou de cuvelage, cuves et réservoirs et leurs conséquences, qu'après un délai de carence de deux ans à compter de la réception, pour autant qu'une période d'au moins douze mois sans déficience se soit écoulée depuis la date des dernières réparations. Les assurés sont tenus, sous peine de non couverture de ce risque, de déclarer toute déficience de l'étanchéité constatée pendant la période de carence. L'organisme de contrôle examinera les causes de déficience aux frais de l'assuré et vérifiera si la réparation est durable et complète. »

Dans la mesure où un nombre important de désordres en matière de construction ont leur source dans des défauts d'étanchéité, de telles clauses sont régulièrement invoquées par les assureurs. Des stipulations similaires existent concernant le bris par choc de certains types de vitrages ou encore du parquet.

## 2. Le défaut d'entretien de l'ouvrage

Il paraît tout à fait légitime de la part d'un assureur de limiter sa couverture en cas de sinistre à un ouvrage qui a été entretenu selon les règles de l'art. En pratique, cette clause fait cependant l'objet de nombreuses discussions et ceci notamment en présence d'ouvrages exigeant un entretien particulièrement intensif ou compliqué. Des différends surgissent à cet égard souvent en relation avec les joints et notamment les joints type « silicone ». De tels joints doivent être contrôlés et le cas échéant renouvelés dans des délais très rapprochés de l'ordre de deux ans. En fonction de leur situation au niveau de l'ouvrage une dégradation peut avoir des conséquences très graves.

Certains maîtres d'ouvrage ignorent ces contraintes, souvent parce que le constructeur / architecte n'a pas insisté sur l'importance d'un tel entretien. Un refus de couverture de la part de l'assureur est dès lors souvent suivi de discussions entre le maître d'ouvrage et le constructeur / architecte, et porte sur les points suivants : l'obligation d'entretien a-t-elle été suffisamment rappelée au maître d'ouvrage ? aurait-il été possible d'utiliser d'autres matériaux ne nécessitant pas ou beaucoup moins de travaux d'entretien ?

### *C. Absence de responsabilité délictuelle du bureau de contrôle vis-à-vis de l'assureur en cas de sinistre*

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, l'étendue de la couverture d'assurance dépend dans une très large mesure

du contenu du rapport final du bureau de contrôle et notamment de la question de la présence ou d'absence de remarques. Dans ces circonstances, un assureur dont une obligation de couverture est actionnée par un maître d'ouvrage, pourrait être tenté d'essayer d'engager la responsabilité du bureau de contrôle en raison du préjudice subi du fait que le bureau de contrôle aurait prétendument omis de faire l'une ou l'autre certaine remarque dans son rapport final.

C'est ce qu'a tenté de faire, sans succès, l'un des assureurs de la place qui considérait avoir accordé l'assurance sollicitée sur base des contrôles techniques du contrôleur et prétendait mettre en cause la responsabilité délictuelle de ce dernier en sa qualité de contrôleur technique « n'ayant pas rempli correctement sa mission et n'ayant pas formulé des réserves spécifiques et expresses relatives aux désordres dénoncés par [le maître d'ouvrage] », le contrôleur devenant ainsi l'assureur de l'assureur en plus d'être garant de la qualité de la construction vis-à-vis du maître d'ouvrage.

C'est tout à fait logiquement qu'une telle demande a été jugée irrecevable dans un arrêt d'appel (n° 68/16 IX civ, 28 avril 2016) qui a décidé ce qui suit :

« Pendant longtemps les tribunaux ont admis le recours de l'assureur solvens contre le responsable, mais ce recours n'était pas fondé sur les mécanismes de la subrogation. Il fut accordé originellement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil : la jurisprudence reconnaissait ainsi une action personnelle à l'assureur contre le responsable supposé lui avoir causé un préjudice direct consistant en l'obligation de verser une indemnité à l'assuré victime par son activité dommageable. Étant donné qu'il était cependant difficile d'admettre que l'assureur souffre d'un préjudice lorsqu'il se borne à exécuter la prestation d'assurance promise par le contrat, cette solution a été abandonnée. La Cour de cassation française, après avoir accepté une action de l'assureur contre le tiers responsable sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, refusa alors de consacrer une telle action au motif que l'assureur qui verse l'indemnité ne subit pas de préjudice. Il ne fait qu'exécuter son obligation, et les sommes versées sont la contrepartie des primes perçues. Décider le contraire reviendrait, selon la Cour de cassation, à procurer à l'assureur un bénéfice gratuit et manifestement contraire au caractère aléatoire du contrat d'assurance en vertu duquel la réparation du risque envisagé a été par avance compensée et couverte par les primes qu'il a reçues de l'assuré. (Req. 18 avr. 1932, DH 1932. 282 ; Enc. Dalloz civ, v° Assurances de dommages, n° 146).

Cette solution est également acquise en Belgique. La Cour de cassation de Belgique a, en effet, dans l'arrêt du 25 mai 1936 cité par [le bureau de contrôle], retenu que « lorsque la victime d'un homicide a conclu avec une compagnie d'assurance un contrat en vertu duquel, si elle venait de mourir accidentellement, l'hypothèse de l'homicide n'étant pas exclue, il serait versé à sa veuve tel

capital invariablement fixé, le paiement de ce capital par la compagnie ne donne pas ouverture pour elle à l'action aquilienne contre l'auteur de l'homicide ; il ne constitue que l'exécution d'un engagement contractuel qui a trouvé sa contrepartie équivalente et sa cause dans les primes payées par le cocontractant et dont le montant est sans rapport aucun avec le dommage que l'homicide peut avoir causé à la personne entre les mains de laquelle ce montant a été stipulé payable ». Dans cet arrêt la Cour a encore dit que : « si le capital assuré est devenu immédiatement exigible à raison de la mort accidentelle de la victime, seul le jeu normal d'un risque prévu, évalué et accepté par les contractants de la police d'assurance en est la cause, sans qu'il puisse être question d'un préjudice pour l'assureur, le caractère essentiellement aléatoire du contrat étant exclusif de cette notion ».

Les décisions citées excluent partant le recours au mécanisme de la responsabilité civile délictuelle pour l'assureur qui prétend se voir rembourser par le tiers responsable des montants déboursés en faveur de son assuré en vertu d'un contrat conclu avec ce dernier.

La Cour d'appel saisie du présent litige n'entend pas se départir du principe retenu par les décisions précitées selon lesquelles l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance et qui est subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait ont causé le dommage, ne dispose pas d'autre recours que de celui basé sur la subrogation. »

La Cour a ensuite parfaitement répondu à la demande de **[l'assureur]** en jugeant que « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance (...) **ne dispose pas d'autres recours que celui basé sur la subrogation** ».

Cet arrêt d'appel a été validé par la Cour de cassation dans un arrêt n° 66/2017 du 13 juillet 2017.

Bien que ces décisions soient conformes au droit actuel positif, le fait qu'elles rappellent que le recours de l'assureur est limité à un recours subrogatoire a sans doute soulagé les contrôleurs techniques qui depuis leur soumission au régime de la responsabilité décennale voient leur responsabilité systématiquement recherchée.

**Myriam PIERRAT**  
**Michel NICKELS**

*Avocats à la Cour*