



RAPPORT DE Mme VERNIMMEN, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 168 du 21 mars 2024 (B+R) – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 22-18.694

Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 20 avril 2022

la société AXA France IARD

C/

M. [L] [O]

RAPPORT AVEC PROPOSITIONS DE REJETS NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉS PARTIELS (*premier et deuxième moyens*)

1 - Rappel des faits et de la procédure

En 2012, M. et Mme [O] ont fait installer un insert dans la cheminée de leur maison par la société l'Univers de la Cheminée, assurée auprès de la société Axa France IARD (la société Axa).

Le 13 février 2013, un incendie est survenu dans leur maison, occasionnant sa destruction ainsi que celle de l'intégralité de leurs mobiliers et affaires personnelles.

Une expertise amiable a été diligentée à l'initiative de la société Swisslife assurance de biens, assureur de M. et Mme [O]. Une mesure d'expertise judiciaire a été ordonnée en référé. Le rapport d'expertise judiciaire a été déposé le 24 juillet 2015.

Estimant que ce sinistre était imputable à l'installation de l'insert de cheminée, M. et Mme [O] et leur assureur, la société Swisslife assurance de biens (la société Swisslife),

a, après expertise, assigné la société l'Univers de la cheminée et la société Axa aux fins d'indemnisation.

Par jugement du 3 juin 2019, le tribunal de grande instance de Rodez a :

- déclaré M. et Mme [O] recevables à agir,
 - déclaré la société Swisslife recevable à agir en sa qualité de subrogé de ses assurés,
 - déclaré la société l'Univers de la cheminée entièrement responsable de l'incendie,
- En conséquence,
- Condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur la société Axa à payer à M. et Mme [O] la somme totale de 79.308,06€ à titre de dommages et intérêts en réparation de leurs préjudices matériels et immatériels se décomposant comme suit :
 - * 199.327,49€ TTC au titre de la reconstruction.
 - * 1.607€ TTC au titre de l'enlèvement des gravats.
 - * 15.600€ au titre de leur préjudice de jouissance.
 - * 5.383,57€ au titre de leurs frais d'assistance aux expertises.
 - à déduire la somme de 142.610€ au titre de l'indemnisation perçue par leur assureur, soit la somme totale de 79.308,06€ avec intérêts au taux légal à compter de la réception de la mise en demeure le 16 février 2016 et capitalisation par application des dispositions de l'article 1343-2 du code civil.
 - Condamné la société L'Univers de la cheminée à payer aux époux [O] la somme de 37.597€ à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice mobilier avec intérêts au taux légal à compter de la réception de la mise en demeure le 16 février 2016 et capitalisation par application des dispositions de l'article 1343-2 du code civil.
 - Condamné *in solidum* la société L'Univers de la cheminée et son assureur la compagnie d'assurances Axa à payer aux époux [O] la somme de 4.500€ à titre de dommages et intérêts pour résistance abusive.
 - Dit que la société Axa devra garantir son assurée, la société L'Univers de la cheminée, dans le cadre du contrat d'assurance les liant à l'exclusion du préjudice mobilier et sous réserve de la franchise contractuelle de 1.500€ par sinistre à la charge de cette dernière.
 - Condamné *in solidum* la société L'Univers de la cheminée et son assureur la société Axa à payer à la société Swisslife la somme de 142.610€ au titre de sa créance en sa qualité de subrogée de ses assurés.
 - Débouté les parties du surplus de leurs demandes.
 - Condamné *in solidum* la société L'Univers de la cheminée et son assureur la compagnie Axa à payer aux époux [O] la somme de 3.000€ et à la compagnie Swisslife la somme de 1.500€ par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.
 - Condamné *in solidum* la société L'Univers de la cheminée et son assureur la compagnie Axa aux entiers dépens de la présente instance, de celle en référé, en ce compris les frais d'expertise, dont distraction au profit de la SCP GRILLON par application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Par arrêt du 20 avril 2022, la cour d'appel de Montpellier a :

- confirmé le jugement dans ses dispositions soumises à la cour sauf en ce qu'il a condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur Axa à payer aux époux [O] la somme de 5 383,57€ au titre de leurs frais d'assistance aux expertises et la somme de 4 500€ à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive
- Statuant à nouveau de ces chefs,
- condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur Axa à payer aux époux [O] la somme de 12 706,57€ au titre de leurs frais d'assistance aux expertises

- condamné la société Axa à payer aux époux [O] la somme de 10000€ à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive.

Y ajoutant

- condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur Axa à payer aux époux [O] la somme de 2500€ par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

- condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur Axa à payer à la société Swisslife la somme de 4000€ par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

- condamné *in solidum* la société l'Univers de la cheminée et son assureur Axa aux dépens d'appel, avec application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile au profit de l'avocat qui en affirme son droit.

La société Axa a formé un pourvoi contre cet arrêt le 8 juillet 2022. Elle a déposé un mémoire ampliatif le 8 novembre 2022, puis un mémoire en réplique le 20 mars 2023. (Demande d'article 700 CPC de 4000 euros).

La société Swisslife et M. et Mme [O] ont déposé des observations le 9 janvier 2023, complétées par un mémoire en défense le 1^{er} mars 2023. (demande d'art.700 CPC de 3500 euros).

Le MA a été signifié à la société l'Univers de la cheminée par acte du 25 novembre 2022 selon un procès-verbal de recherches infructueuses mentionnant que la société a fait l'objet d'une radiation en date du 27 août 2022.

La procédure paraît régulière et en l'état.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi est articulé en cinq moyens.

Le premier moyen (branche unique)

La société Axa fait grief à l'arrêt de déclarer M. et Mme [O] recevables à agir en réparation des désordres affectant leur maison et, en conséquence, de la condamner, *in solidum* avec la société L'Univers de la Cheminée, à leur payer la somme de 79 308,06 euros et celle de 10 000 euros pour procédure abusive, et à la société Swisslife assurance de biens la somme de 142 610 euros, alors

que sauf clause contraire, l'action en responsabilité décennale dont disposent les vendeurs au titre des désordres affectant leur immeuble antérieurement à la vente est transmise à l'acquéreur ; qu'en l'espèce, pour prononcer des condamnations au bénéfice des époux [O], la cour a retenu que la vente de l'immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages-intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dégradations causées à l'immeuble antérieurement à la vente ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article 1792 du code civil.

Le deuxième moyen (quatre branches)

La société Axa fait grief l'arrêt de déclarer société Swisslife assurance de biens recevable à agir en qualité de subrogée de ses assurés, M. et Mme [O], et de la condamner à lui payer la somme de 142 610 euros, alors :

1°/ que la subrogation conventionnelle doit être expresse et faite en même temps que le paiement ; que la quittance subrogative ne fait pas la preuve par elle-même de la concomitance du paiement et de la subrogation conventionnelle, qui doit être spécialement établie ; qu'en l'espèce, la cour a retenu, pour juger que l'action subrogatoire de la société Swisslife assurance de biens était recevable, que la quittance subrogative produite était, par sa rédaction, à même d'établir le paiement et la concomitance de la subrogation au paiement ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article 1250-1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ que la subrogation conventionnelle doit être expresse et faite en même temps que le paiement ; qu'en l'espèce, la cour a retenu, pour juger que l'action subrogatoire de la société Swisslife assurance de biens était recevable, que la quittance subrogative produite était à même d'établir, par sa rédaction, le paiement et la concomitance de la subrogation au paiement ; qu'en statuant ainsi, sans préciser la date à laquelle le paiement était intervenu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1250-1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3/ que le juge ne doit pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; que pour déclarer recevable l'action de l'assureur en qualité de subrogé, la cour a retenu que la quittance subrogative du 24 avril 2014 était à même d'établir, par sa rédaction, le paiement et la concomitance de la subrogation au paiement ; qu'en statuant ainsi, quand ladite quittance ne mentionnait pas la date du paiement, de sorte qu'elle était impropre à établir sa concomitance avec la subrogation de l'assureur dans les droits de ses assurés, la cour d'appel a violé le principe susvisé ;

4/ que la subrogation conventionnelle doit être expresse et faite en même temps que le paiement ; qu'en l'espèce, pour déclarer recevable l'action de la société Swisslife, la cour s'est fondée sur la quittance qui était ainsi rédigée, dont elle a reproduit les termes : « Nous soussignés, M MME [O], demeurant [Adresse 8], reconnaissons avoir reçu de SwissLife Assurances de Biens la somme de 122.610 euros qui avec l'acompte de 20.000 euros déjà perçu par mes soins représente l'indemnité immédiate de 142.610 euros nous revenant du fait du sinistre survenu le 13 février 2013, en application des garanties accordées par le contrat 012851147. » ; que l'emploi du passé « avoir reçu » puis les termes « déjà perçu » permettent d'établir qu'au jour de la signature de la quittance, les 142 610 euros dont s'agit avaient déjà été payés par l'assureur, de sorte que la quittance a été établie postérieurement au paiement ; qu'en déclarant néanmoins recevable l'action de l'assureur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 1250-1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

Le troisième moyen (quatre branches)

La société Axa fait grief à l'arrêt de la condamner *in solidum* avec la société L'Univers de la Cheminée, à payer à M. et Mme [O] la somme de 79 308,06 euros et à la société Swisslife assurance de biens celle de 142 610 euros, après avoir retenu, au titre du préjudice matériel des époux [O], la somme de 199 327,49 euros correspondant à la valeur de reconstruction de leur maison, alors :

1/ que seuls relèvent de la garantie décennale les désordres causés par les travaux constitutifs d'un ouvrage ; que les travaux d'installation d'un insert dans un conduit de cheminée existant, qui n'impliquent pas la réalisation de travaux de maçonnerie ni atteinte portée au gros oeuvre de l'immeuble, ne constituent pas un ouvrage ; qu'en l'espèce, la cour a estimé que les travaux de pose d'un élément d'équipement tel un insert relevaient de la garantie décennale des constructeurs dès lors qu'il rendaient l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article 1792 du code civil ;

2°/ que les désordres affectant un élément d'équipement adjoint à l'existant et rendant l'ouvrage impropre à sa destination ne relèvent de la responsabilité décennale que lorsqu'ils trouvent leur

siège dans un élément d'équipement au sens de l'article 1792-3 du code civil, c'est-à-dire un élément destiné à fonctionner, de sorte que les désordres affectant un insert de cheminée, qui est un élément d'équipement inerte non destiné à fonctionner, relèvent seulement de la responsabilité contractuelle de droit commun, peu important le fait qu'ils aient rendu l'ouvrage dans son entier impropre à sa destination ; qu'en décidant que les travaux de pose d'un insert pouvaient engager la responsabilité décennale de la société l'Univers de la Cheminée et justifiaient la mobilisation de la garantie d'assurance responsabilité décennale, la cour d'appel a violé l'article 1792 du code civil ;

3°/ qu'en décidant que les travaux de pose d'un insert adjoint à l'existant engageaient la responsabilité décennale de l'installateur, au motif qu'il s'agissait d'un élément d'équipement, sans constater que celui-ci était destiné à fonctionner, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1792 du code civil ;

4°/ que le contrat d'assurance de responsabilité décennale obligatoire garantit le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué ainsi que des ouvrages existants, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisibles, au sens du II de l'article L. 243-1-1 du code des assurances, lorsque la responsabilité de l'assuré est engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil à propos de travaux de construction, et dans les limites de cette responsabilité ; qu'en l'espèce, la société Axa a fait valoir qu'au regard de l'article L. 243-1-1 du code des assurances, sa garantie n'était due que pour les désordres affectant l'insert et non pour ceux affectant les ouvrages existants avant l'ouverture du chantier ; qu'en retenant néanmoins, pour juger que la société Axa France lard devait garantir les dommages aux existants, qu'il était de jurisprudence constante que les dispositions de l'article L. 243-1-1 2° du code des assurances ne sont pas applicables, la cour d'appel a violé les articles L. 243-1-1 et A 243-1 dudit code.

Le quatrième moyen (deux branches)

La société Axa fait grief à l'arrêt de la condamner in solidum avec la société L'Univers de la Cheminée, à payer à M. et Mme [O] la somme de 79 308,06 euros et à la société Swisslife assurance de biens celle de 142 610 euros, après avoir retenu, au titre du préjudice matériel de M. et Mme [O], la somme de 199 327,49 euros correspondant à la valeur de reconstruction de leur maison, alors :

1°/ que le juge ne doit pas méconnaître les termes du litige ; qu'en l'espèce, la cour a retenu, pour confirmer le jugement qui avait alloué aux époux [O] la somme de 199 237,49 euros TTC pour l'indemnisation de la perte de leur maison, qu'aucune critique n'était apportée aux motifs pertinents du premier juge lui ayant permis de retenir cette somme ; que la société Axa France lard a pourtant soutenu que l'indemnisation relative à la perte de la maison devait correspondre à sa valeur vénale et critiquait les motifs du jugement sur ce point, de sorte que la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

2°/ que lorsque le propriétaire d'une maison détruite a revendu le terrain sur lequel celle-ci était bâtie, de telle sorte que sa reconstruction est impossible, il ne peut obtenir qu'une indemnité correspondant à sa valeur vénale, non à sa valeur de reconstruction ; qu'en jugeant qu'il y avait lieu d'allouer à M. et Mme [O] une indemnité de 199 237,49 euros correspondant à la valeur de reconstruction de leur maison, quand il était constant, que M. et Mme [O] avaient revendu la maison sinistrée, de sorte que sa reconstruction était impossible, la cour d'appel a violé l'article 1149 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble le principe de la réparation intégrale.

Le cinquième moyen (deux branches)

La société Axa fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. et Mme [O] la somme de 10 000 euros pour procédure abusive, alors :

1°/ que la cassation de l'arrêt sur l'un des trois premiers moyens entraînera par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, sa censure en ce qu'il a condamné la société Axa à payer des dommages-intérêts ;

2°/ que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a condamné la société Axa France lard à payer des dommages et intérêts pour procédure abusive aux époux [O] aux motifs que l'imputabilité du sinistre à son assurée avait été établie dès l'expertise, que M. et Mme [O] avaient accepté le chiffrage proposé par son expert, qu'elle avait pris la direction du procès et poursuivi la réformation en appel d'une décision motivée en excipant de jurisprudences anciennes ou contraires à ce qu'elle avait soutenu dans des instances précédentes, alors qu'elle est dotée de services juridiques performants permettant d'apprécier les chances de succès de son recours et qu'elle avait ainsi retardé l'indemnisation du préjudice de M. et Mme [O] ; qu'en statuant par ces motifs impropres à établir que l'exercice par la société Axa de son droit de se défendre en justice avait dégénéré en abus, dès lors notamment qu'elle avait invoqué des arguments pertinents concernant tant la recevabilité des actions exercées par M. et Mme [O] et la société Swisslife que le montant du préjudice indemnisable des époux [O], la cour d'appel a violé l'article 1240 du code civil.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Les griefs du premier et deuxièmes moyens, qui portent sur la recevabilité des demandes de M. et Mme [O] et de la société Swisslife ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons ci-après exposées, de sorte qu'il est proposé, en application de l'article 1104, alinéa 2, du code de procédure civile, de ne pas y répondre de façon spécialement motivée.

Le troisième moyen porte sur la qualification des travaux d'installation d'un insert dans un conduit de cheminée existant et le régime applicable à ces travaux, notamment s'ils relèvent de la garantie décennale et si les dommages causés aux existants par ces travaux relèvent de l'assurance de responsabilité décennale.

Il est sollicité un revirement de notre jurisprudence selon laquelle la responsabilité décennale d'un constructeur peut s'appliquer aux dommages causés à des existants par des travaux neufs consistant dans l'installation d'un élément d'équipement même dissociable. (première branche)

Les griefs des deuxième et troisième branches conduisent à s'interroger si un insert constitue un élément d'équipement destiné à fonctionner pouvant relever de la garantie décennale.

Le grief de la quatrième branche vise à solliciter un revirement de notre jurisprudence qui écarte l'application de l'article L.243-1-1 II du code des assurances, qui exclut les existants du champ d'application des garanties d'assurance construction.

Le quatrième moyen porte sur l'évaluation du préjudice, et notamment sur les modalités d'évaluation de la perte d'un immeuble qui a été vendu, au regard du principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte, ni profit : l'indemnisation du propriétaire d'un immeuble détruit par un incendie doit-elle être calculée sur la valeur vénale ou sur la valeur de reconstruction lorsque cette reconstruction est devenue impossible à la suite de la vente de cet immeuble ?

Le cinquième moyen porte sur la faute caractérisant l'abus de droit.

4 - Sur les propositions de rejet non spécialement motivés

4-1 Sur le premier moyen

Branche unique : violation de l'article 1792 du code civil

Il est reproché à la cour d'appel d'avoir méconnu le principe selon lequel, sauf clause contraire, l'action en responsabilité décennale au titre des désordres affectant l'immeuble avant la vente se transmet à l'acquéreur.

Il est proposé un rejet non spécialement motivé de ce grief, qui n'est pas fondé.

Si l'action en garantie décennale se transmet en principe avec la propriété de l'immeuble aux acquéreurs, le maître de l'ouvrage ne perd pas la faculté de l'exercer quand elle présente pour lui un intérêt direct et certain. (3e Civ., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-22.376, publié ; 3e Civ., 9 février 2010, pourvoi n° 08-18.970).

La cour d'appel a énoncé, par motifs adoptés, que le vendeur, lorsque qu'il avait supporté les conséquences du dommage dans son patrimoine, ne perdait pas le droit d'exercer l'action en garantie décennale dès lors que cette action présentait, pour lui, un intérêt direct et certain et qu'il pouvait donc invoquer un préjudice personnel.

Puis, elle a relevé, par motifs adoptés, que la maison de M. et Mme [O], intégralement détruite par l'incendie, avait été vendue à la commune de [Localité 5] au prix de 10 000 euros, que M. et Mme [O] avaient supporté les conséquences de la destruction de leur bien immobilier dans leur propre patrimoine et qu'ils invoquaient des préjudices personnels contrairement à l'acquéreur qui avait acquis l'immeuble, en état de ruines, pour le détruire et construire un immeuble à caractère social. En l'état de ces énonciations, appréciations et constatations, elle a pu retenir, par ces seuls motifs, que M et Mme [O] justifiaient d'un intérêt direct et certain à poursuivre l'indemnisation des multiples pertes résultant de l'incendie et en a exactement déduit qu'ils étaient recevables à agir contre la société l'Univers de la cheminée et la société Axa en indemnisation de leurs préjudices nés antérieurement à la vente .

La cour d'appel n'a fait qu'appliquer la jurisprudence selon laquelle le vendeur est recevable à exercer une action indemnitaire s'il peut invoquer un préjudice personnel lui conférant un intérêt direct et certain à agir. Le moyen n'est donc pas fondé.

4-2. Sur le deuxième moyen

Première et quatrième branches: violations de l'article 1250-1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016,

Deuxième branche : manque de base légale de l'article 1250-1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016,

Troisième branche: dénaturation de la quittance subrogative

Il est reproché à la cour d'appel d'avoir retenu que la quittance subrogative établissait la concomitance du paiement et de la subrogation, de ne pas avoir précisé la date du paiement, d'avoir dénaturé la quittance subrogative en ce qu'elle ne mentionnait pas la date du paiement et de ne pas avoir tiré les conséquences légales de l'emploi d'un temps passé dans la quittance subrogative.

Il est proposé un rejet non spécialement motivé de ces griefs, en ce qu'ils sont inopérants et partant non fondés.

L'assureur peut se prévaloir de la subrogation légale résultant de l'article L.121-12 du code des assurances lorsque l'assureur a payé l'indemnité à l'assuré et que cette indemnité a été versée en application des garanties souscrites. Il peut aussi se prévaloir de la subrogation conventionnelle, qui implique l'acceptation expresse de l'assuré, manifestée concomitamment ou antérieurement au paiement de l'assureur, qui n'a pas à établir que ce versement a été fait en exécution d'une obligation contractuelle de garantie.

Les griefs des quatre branches du moyen reposent sur le postulat d'une subrogation conventionnelle. Or, la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, que l'action de la société Swisslife était fondée sur la subrogation légale prévue à l'article L.121-12 du code des assurances et que la quittance subrogative mentionnait que l'assureur se prévalait d'une subrogation dans les termes de cet article et que les paiements perçus par M. et Mme [O] avaient été versés en application des garanties accordées par le contrat n°0112851147. Elle en a exactement déduit que la société Swisslife justifiait, par cette quittance subrogative, être subrogée dans les droits de M. et Mme [O] à concurrence de la somme versée et qu'elle était donc recevable à agir en paiement.

Les motifs propres et adoptés de la cour d'appel suffisent à établir la subrogation légale de l'assureur sans qu'il soit nécessaire de déterminer si les conditions de la subrogation conventionnelle sont réunies. Les griefs des quatre branches sont inopérants dès lors qu'ils critiquent les conditions de mise en oeuvre de la subrogation conventionnelle, alors que la recevabilité de l'action a été justifiée par la subrogation légale.

En outre, il ressort des conclusions d'appel que la société Axa n'a pas contesté les conditions de la subrogation légale retenue par les premiers juges mais s'est prévalu de l'insuffisance probatoire de la quittance au regard des conditions de la subrogation conventionnelle.

C'est donc par des motifs surabondants que la cour d'appel, qui avait retenu la recevabilité de l'action de l'assureur sur le fondement de la subrogation légale, a répondu aux moyens portant sur les conditions d'application de la subrogation conventionnelle, et notamment sur la concomitance entre la subrogation et le paiement. Les griefs des quatre branches sont inopérants et critiquent des motifs surabondants, et partant, ils ne sont pas fondés.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5-1. Sur le troisième moyen

Avant d'analyser le pourvoi et les motifs de l'arrêt, il convient de présenter l'évolution de la jurisprudence sur le régime de responsabilité applicable aux éléments d'équipements adjoints à l'existant et sur la garantie des dommages aux existants au titre de l'assurance obligatoire, ainsi que le point de vue de la doctrine sur ces évolutions.

5-1.1. Le régime de responsabilité applicable aux éléments d'équipements adjoints à l'existant et la question de la garantie des dommages aux existants au titre de l'assurance obligatoire

5-1.1.1 Régime de responsabilité applicable aux éléments d'équipements adjoints à l'existant : évolution jurisprudentielle et point de vue de la doctrine¹

a) l'évolution jurisprudentielle

Selon l'article 1792 du code civil, relèvent de la responsabilité décennale les dommages qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

L'article 1792-2 du code civil soumet les éléments d'équipement indissociables à la responsabilité de plein droit de l'article 1792 tandis que l'article 1792-3 dispose que les éléments d'équipement dissociables relèvent de la garantie biennale de bon fonctionnement.

Dans un premier temps, la cour de cassation a jugé :

- les éléments d'équipement installés lors de la construction d'un nouvel ouvrage (éléments d'équipement d'origine), qui rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination, engageaient la responsabilité décennale des constructeurs sans qu'il y ait lieu de rechercher si les éléments d'équipements étaient ou non dissociables (3e Civ., 23 janvier 1991, pourvoi n° 88-20.221, Bulletin 1991 III N° 30)
- les désordres ou dysfonctionnements affectant un élément d'équipement adjoint à l'existant ne relevaient pas de la garantie biennale de l'article 1792-3 du code civil mais engageaient la seule responsabilité de droit commun du constructeur (3e Civ., 18 janvier 2006, n° 04-17.888, publié ; 3e Civ., 26 mai 2010, n°09-14.401 ; 3e Civ., 11 septembre 2013, n°12-19.483, publié ; 3e Civ., 26 novembre 2015, n°14-19.835, publié).

Plusieurs régimes de responsabilité étaient, par conséquent, applicables aux éléments d'équipements selon les cas :

- si l'élément d'équipement à l'origine des désordres était constitutif en lui-même d'un ouvrage, son impropriété à destination relevait de la garantie décennale.
- si l'élément d'équipement n'était pas un ouvrage mais il avait été installé lors de la construction de cet ouvrage, les désordres l'affectant relevaient, dès lors qu'il s'agissait d'un élément d'équipement d'origine, de la garantie décennale si les désordres rendaient l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination. (3e Civ., 27 avril 2004, pourvoi n° 03-11.538)
- si l'élément d'équipement d'origine était dissociable de l'ouvrage sans destruction de matière, les désordres l'affectant, s'ils ne rendaient pas l'ouvrage lui-même impropre à sa destination, pouvaient relever de la garantie biennale.

¹ La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 14 novembre 2022, act. 1257 - J.P Karila Les désordres affectant un élément de l'ouvrage, non destiné à fonctionner relèvent exclusivement de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs ; RDI 2022, p. 72 M. Faure Abbad - Etude - Les régimes de responsabilité applicables aux éléments d'équipement dissociables, réflexion sur les catégories

- si l'élément d'équipement adjoint à l'existant constituait lui-même un ouvrage, il pouvait relever de la garantie décennale. Ainsi, il a été jugé que l'installation d'un système de climatisation par pompe à chaleur, immergée au fond d'un puits en contact avec la nappe phréatique, et mise en place sur un ouvrage existant, constituait un ouvrage mobilisant la responsabilité décennale. (3e Civ., 24 septembre 2014, n° 13-19.615)

- si les éléments d'équipements avaient été installés en remplacement ou par adjonction sur un existant et ne constituaient pas un ouvrage en lui-même, ils ne relevaient ni la garantie décennale ni de la garantie biennale quelles que soient les conséquences des désordres provoqués, mais de la seule responsabilité de droit commun, laquelle ne fait pas l'objet de l'assurance obligatoire des constructeurs (3e Civ., 12 novembre 2015, n° 14-20.915 ; 3e Civ., 26 novembre 2015, pourvoi n° 14-19.835, Bull. 2015, III, n° 121).

Ainsi, les éléments d'équipement installés dans un ouvrage existant ne pouvaient engager la responsabilité décennale que dans la mesure où ils donnaient naissance à un ouvrage. En revanche, les dommages à l'ouvrage portant atteinte à sa destination engageaient la responsabilité décennale du constructeur, qu'ils proviennent d'un élément d'équipement installé à l'origine, dissociable ou non, le critère déterminant de la mise en oeuvre de la responsabilité décennale demeurant l'impropriété à la destination de l'ouvrage.

Ce critère de l'impropriété à la destination pouvait-il être retenu pour admettre l'application de la responsabilité des dommages liés à l'installation d'éléments d'équipement dans un ouvrage préexistant ?

C'est positivement que notre chambre a répondu et a procédé à un revirement de jurisprudence en jugeant que les désordres affectant les éléments d'équipements adjoints à l'existant lorsqu'ils rendent l'ouvrage en lui-même impropre à sa destination relèvent de la responsabilité décennale.

Ainsi, les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination. (3e Civ., 15 juin 2017, pourvoi n° 16-19.640, Bull. 2017, III, n° 71 à propos de l'installation d'une pompe à chaleur sur existant ; 3e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-17.323, Bull. 2017, III, n° 100 ; 3e Civ., 14 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.820, 16-12.593 à propos d'un insert ayant provoqué un incendie).

Ces arrêts ont été publiés au rapport annuel de la Cour de cassation assorti d'un commentaire expliquant que ces arrêts étendaient la solution retenue à propos de l'élément d'équipement d'origine à l'élément d'équipement dissociable installé sur un existant afin de mettre fin à une divergence de jurisprudence :

« Cette solution dispense de rechercher si l'élément d'équipement constitue par lui-même un ouvrage ou s'il est ou non indissociable, à condition, toutefois, qu'il soit établi que les désordres qui l'affectent rendent l'ouvrage en son ensemble impropre à sa destination. [...] »

Désormais, tous les dommages, de la gravité requise par l'article 1792 du code civil, relèvent de la responsabilité décennale, qu'ils affectent les éléments d'équipement dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, dès lors qu'ils rendent l'ouvrage en son ensemble impropre à sa destination. La seule différence concerne la personne tenue à garantie, qui reste le constructeur d'origine lorsque l'élément d'équipement impropre est d'origine, et est l'installateur de cet élément sur existant.

Il appartiendra à tous les corps de métier concernés de souscrire à l'assurance obligatoire, même lorsque leur intervention sera limitée à l'installation d'un élément d'équipement dissociable ».

Cette jurisprudence a été réaffirmée ultérieurement (3e civ., 25 janv. 2018, n° 16-10.050), et notamment à propos d'un insert qui avait causé un incendie : 3e Civ. 7 mars 2019, n°18-11.741, publié, censurant un arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté les demandes fondées sur la présomption de responsabilité des constructeurs de l'article 1792 du code civil, après avoir constaté que le désordre affectant un insert installé en remplacement de l'ancien avait causé un incendie ayant intégralement détruit une habitation.

Toutefois, par des arrêts récents, notre chambre a circonscrit le champ d'application de cette jurisprudence par deux arrêts publiés, l'arrêt du 13 février 2020, (3 Civ., 13 février 2020, n° 19-10.249, publié) et celui du 13 juillet 2022 (3e Civ., 13 juillet 2022, pourvoi n° 19-20.231,publié)

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 février 2020, la cour d'appel avait retenu qu'un revêtement avec fonction d'imperméabilisation constituait un élément d'équipement susceptible d'ouvrir droit à garantie décennale si le désordre trouvant son siège dans cet élément d'équipement avait pour effet de rendre l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination, le caractère dissociable ou indissociable de l'élément d'équipement important peu à cet égard.

Cet arrêt a été censuré au motif qu'un enduit de façade, qui constitue un ouvrage lorsqu'il a une fonction d'étanchéité, ne constitue pas un élément d'équipement, même s'il a une fonction d'imperméabilisation, dès lors qu'il n'est pas destiné à fonctionner.

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire dans le rapport annuel de la Cour de cassation en ces termes : *« Cette solution s'explique par la garantie de bon fonctionnement applicable aux éléments d'équipement dissociables instituée par l'article 1792-3 du code civil. La Cour de cassation en déduit que la solution, née du revirement de jurisprudence, n'est pas applicable à un enduit de façade, dès lors qu'il n'est pas destiné à fonctionner. Sur ce point, la Cour reprend la distinction déjà faite entre la fonction d'étanchéité et la fonction d'imperméabilisation (3e Civ., 9 février 2000, pourvoi n° 98-13.931, Bull. 2000, III, n° 27). Cette solution sera étendue à tous les éléments d'équipement dissociables qui ne fonctionnent pas. »*

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 juillet 2022, les acquéreurs d'une maison d'habitation se plaignaient de remontées d'humidité affectant le carrelage et les cloisons en plaques de plâtre adjoints dans le cadre de travaux de rénovation réalisés par les vendeurs. Constatant que le carrelage et les cloisons étaient des éléments dissociables de l'ouvrage et que les désordres les affectant rendaient l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination, la cour d'appel avait condamné les vendeurs, réputés constructeurs, sur le fondement de la responsabilité décennale. L'arrêt est censuré aux motifs qu'un carrelage et des cloisons, adjoints à l'existant, ne sont pas destinés à fonctionner après avoir énoncé au visa de l'article 1792 du code civil :

« 5. Les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination (3e Civ., 15 janvier 2017, pourvoi n°16-19.640, Bull. 2017, III, n°71 ; 3e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-17.323, Bull. 2017, III, n° 100 ; 3e Civ., 26 octobre 2017, n°16-18.120, Bull. 2017, III, n° 119 ; 3e Civ.,7 mars 2019, pourvoi n°18-11.741).

6. Cette règle ne vaut cependant, s'agissant des éléments adjoints à l'existant, que lorsque les désordres trouvent leur siège dans un élément d'équipement au sens de l'article 1792-3 du code civil, c'est-à-dire un élément destiné à fonctionner (3e Civ., 13 février 2020, pourvoi n° 19-10.249, publié).

7. Il en résulte que les désordres, quel que soit leur degré de gravité, affectant un élément non destiné à fonctionner, adjoint à l'existant, relèvent exclusivement de la responsabilité contractuelle de droit commun du constructeur ou réputé constructeur.».

La jurisprudence selon laquelle les éléments d'équipements adjoints à l'existant sont susceptibles de relever de la garantie décennale lorsque les désordres les affectant rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination, est ainsi cantonnée aux éléments destinés à fonctionner, ce qui exclut les éléments d'équipements non appelés à fonctionner ou inertes.

Se pose dès lors la question de la définition de la notion des éléments d'équipements destinés à fonctionner susceptibles de relever de la garantie décennale. Ces éléments d'équipement destinés à fonctionner sont les éléments d'équipement au sens de l'article 1792-3 du code civil relatif à la garantie de bon fonctionnement.

Par exemple, relèvent, de la garantie de bon fonctionnement lorsqu'ils sont d'origine :

- des volets roulants (3e Civ., 20 juin 2012, n° 11-16.970),
- une installation domotique d'un groupe d'immeubles (3e Civ., 26 février 2003, n° 01-14.352, Bull. 2003, III, n° 47),
- des pompes de relevage (3e Civ., 4 février 2016, n°14-12.370),
- des nacelles sur rails destinées au nettoyage des parois de verre (3e Civ., 25 septembre 2013, n°12-17.267 et 12-21.826),
- des ballons d'eau chaude (3e Civ., 29 mars 2011, n°10-14.540).
- une installation numérique composée d'un câblage informatique ayant pour vocation le transport de signaux électriques d'un équipement électronique à un autre, en dégradant au minimum le signal et dont les prises numériques qui y étaient associées avait pour but de mettre en fonctionnement les équipements ainsi reliés (3e Civ., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-19.547, 21-19.377)

En revanche, ne relèvent pas de la garantie de bon fonctionnement mais de la responsabilité de droit commun, dès lors qu'ils sont inertes ou non appelés à fonctionner :

- les travaux de peinture (3 Civ., 27 avril 2000, n° 98-15.970, Bull. 2000, III, n° 88),
- les enduits de façade (3e Civ., 22 octobre 2002, n°01-01.539),
- les enduits des cloisons intérieures (3e Civ., 26 septembre 2007, n° 06-14.777),
- les revêtements de façade n'ayant qu'une fonction décorative (3e Civ., 19 octobre 2011, n°10-21.323, 10-24.231),
- les moquettes et les tissus tendus (3e Civ., 30 novembre 2011, n°09-70.345, Bull.2011, III, n°202),
- les dallages de sol (3e Civ., 13 février 2013, n°12-12.016, Bull. 2013, III, n°20),
- les carrelages (3e Civ., 11 septembre 2013, n°12-19.483, Bull. 2013, III, n°103 ; 3e Civ., 27 janvier 2015, n°13-25.514 ; 3e Civ., 4 février 2016 n°14-26.842), 3e Civ., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.514
- une chape séparée du plancher béton par une couche de désolidarisation (3e Civ., 26 novembre 2015, n° 14-19.835, Bull. 2015, III, n°121),
- le revêtement végétal d'une étanchéité (3e Civ., 18 février 2016, pourvoi n° 15-10.750, Bull. 2016, III, n° 29)

b) Le point de vue de la doctrine sur cette évolution jurisprudentielle

.Si certains auteurs ont pu mettre en lumière des éléments pouvant justifier et expliquer cette évolution jurisprudentielle, il n'en demeure pas moins que le revirement de

jurisprudence initiée par les arrêts de 2017 a fait l'objet de très vives critiques² en doctrine.

* Les éléments mis en avant pour justifier et expliquer le revirement initié en 2017

Certains auteurs, très critiques envers ce revirement, relèvent qu'il présente à première vue l'avantage d'une harmonisation et d'une simplification, puisque la seule condition à prendre en compte désormais pour engager la garantie décennale est que le désordre rende l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination, sans avoir à distinguer selon que l'élément d'équipement est dissociable ou non, qu'il soit d'origine ou installé sur un ouvrage existant³. *[La] Cour de cassation [a simplifié] le régime de la responsabilité décennale en ne distinguant plus entre éléments d'équipement installés à l'origine ou ajoutés ou encore remplacés dans un ouvrage déjà construit.*⁴

En outre, ce revirement a été analysé comme plus favorable au maître de l'ouvrage. Se plaçant du point de vue de celui-ci, M. Poumarède s'est interrogé sur la légitimité de la distinction antérieure opérée en fonction du moment de l'installation de l'élément d'équipement dissociable « *Pourquoi distinguer selon que l'élément d'équipement est posé au jour de la construction ou plus tard ? Le dommage n'est-il pas le même ? Pis, le dommage n'est-il pas plus grave encore, faute précisément de pouvoir être couvert par une garantie décennale ?* ». La jurisprudence antérieure plaçait le maître d'ouvrage dans une situation différente selon la date d'installation de l'élément d'équipement (lors de la construction de l'immeuble ou postérieurement)⁵. Ce changement prétorien favorise ainsi le maître d'ouvrage, en mettant fin aux anciennes distinctions liées au moment d'installation des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage et en faisant primer le critère de la gravité du désordre sur la qualification d'ouvrage.⁶

Bien qu'étant critique sur cette nouvelle jurisprudence, C.Cerveau-Colliard⁷ relève que le revirement opéré en 2017 pourrait s'expliquer par des considérations d'équité dans la mesure où les litiges portent sur des désordres affectant un élément d'équipement ayant entraîné la destruction totale de l'ouvrage dans lequel il avait été installé. Toutefois, selon M.Poumarède⁸, cette justification ne peut suffire dans la mesure où cette jurisprudence a été appliquée à des désordres n'entraînant pas la perte totale de

² P. Dessuet : RGDA 2017, p. 420. - C. Charbonneau : RDI 2017, p. 409. - J. Roussel : RDI 2017, p. 413. - J.-P. Karila : JCP G 2017, 1018

³ S. BECQUE-ICKOWICZ, Defrénois, janvier 2018, n°3, p. 39 (montre l'avantage de la jurisprudence en termes d'harmonisation et de simplification tout en y apportant des critiques)

⁴ A. CASTON, F. -X. AJACCIO, Élément d'équipement installé sur un existant, le grand bouleversement !, Gazette du Palais, 5 décembre 2017, n°42, p. 59

⁵ C. CERVEAU-COLLIARD, Les conditions d'application de la garantie décennale aux pompes à chaleur, Gaz. Pal. 17 octobre 2017, n° 35, p. 71

⁶ A. CASTON, F. -X. AJACCIO, Élément d'équipement installé sur un existant, le grand bouleversement !, Gazette du Palais, 5 décembre 2017, n°42, p. 59. C. CERVEAU-COLLIARD, L'incendie d'un insert relève de la responsabilité décennale, Gaz. Pal., 18 juin 2019, n° 22, p. 70 (montre l'avantage de la jurisprudence pour la protection du maître de l'ouvrage tout en soulignant son éloignement des principes essentiels régissant le régime de la responsabilité légale, susceptible de menacer sa stabilité)

⁷ C. CERVEAU-COLLIARD, L'incendie d'un insert relève de la responsabilité décennale, Gaz. Pal., 18 juin 2019, n° 22, p. 70

⁸ M. POUMAREDE, La garantie décennale, une garantie d'usage ?, RDI 2019, p. 286.

l'ouvrage : « Cette seule considération est-elle, toutefois, de nature à conduire à la création prétorienne d'un nouveau cas de garantie décennale ? L'on pourrait être tenté de répondre positivement. Après tout, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'assouplir sa jurisprudence lorsqu'est en cause, à titre exceptionnel, la sécurité. Toutefois, la lecture d'autres décisions convainc que cette piste n'est pas la bonne, la Cour de cassation n'ayant pas hésité à appliquer sa jurisprudence nouvelle à des désordres affectant des pompes à chaleur et même revêtement de sol... »

Pour certains auteurs, les clefs pour comprendre cette évolution jurisprudentielle sont à trouver dans les nouvelles pratiques du secteur immobilier, et notamment dans le rôle croissant des éléments d'équipement dans la vie de l'immeuble.

Pour expliquer cette jurisprudence « qui conduit à la création d'une sorte de garantie décennale rechargeable accompagnant l'ouvrage au grès de ses mutations ou une **garantie d'usage** », M. Poumarède ⁹s'intéresse aux mutations du secteur immobilier : « Aujourd'hui, l'usage est devenu essentiel ; demain il le sera plus encore, alors que, peu à peu, le bâtiment mutable, à l'architecture générique, devient réalité. Dès la conception, tant l'usage actuel, que les usages futurs, se succédant dans le temps, du matin au soir ou d'année en année, sont pensés. C'est ainsi que muter un bâtiment de bureau en bâtiment d'habitation n'implique(ra) plus des travaux de rénovation lourds assimilables à de la construction et relevant de la garantie décennale. Ce sont les éléments d'équipement, dont le rôle s'accroît de jour en jour, qui sont au cœur non seulement de cet usage mais aussi de la mutation d'usage, consubstantielle au bâtiment mutable. Est-ce alors cohérent qu'une garantie accompagne ces usages successifs du bâtiment ? Cela est certain : l'accédant, et cela sous-tend certainement la jurisprudence de la troisième chambre civile visant à uniformiser les situations, subit le même dommage que l'élément d'équipement soit installé *ab initio* (lors de la construction) ou à l'occasion d'un changement d'usage. Mais, la garantie décennale, garantie de la construction, peut-elle tenir ce rôle lorsqu'il s'agit seulement d'un changement d'usage par l'adjonction d'un élément d'équipement (pompe à chaleur, insert, et plus généralement tout élément d'équipement ayant un impact sur l'usage) ».

Ainsi, selon le même auteur, « malgré ses évidents travers, cette jurisprudence ne démontre-t-elle pas simplement, volontairement ou non, l'importance prise par les éléments d'équipement, importance qui ne cessera de grandir au fil du temps ? Et après tout, est-il si incohérent de tenter, ainsi que le fait la Cour de cassation, de soumettre (en toute hypothèse) les installateurs et peut être au-delà les fabricants à cette garantie décennale ? In fine, cette jurisprudence n'est-elle pas l'aboutissement du système mis en place en 1978, les éléments d'équipement à l'importance certaine prenant le pas sur l'ouvrage, tandis que l'entretien de l'ouvrage primera sur la construction elle-même, réduite à l'assemblage de parties d'ouvrages préfabriquées et à la pose d'éléments d'équipement (cf. C. civ., art. 1792-4) ? Quoi qu'il en soit, la création par la Cour de cassation de ce nouveau régime de garantie décennale rechargeable en l'absence même d'ouvrage doit conduire à se poser à nouveau la question de la juste place des parties d'ouvrage, des éléments d'équipement, de leurs fabricants et de leurs installateurs dans le champ de la responsabilité et de l'assurance construction, à l'heure où le législateur entend, de surcroît, favoriser la préfabrication (cf. Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, art. 19). »

De même, A.Caston et F-X. Ajaccio considèrent que cette évolution jurisprudentielle est liée à l'essor des travaux d'amélioration des bâtiments dans un contexte de changement climatique : « Certes, souvent la rigidité des principes juridiques rend la règle de droit inadaptée aux évolutions ou aux besoins des maîtres de l'ouvrage et, plus particulièrement, à l'essor des travaux liés à l'amélioration des bâtiments, notamment face aux

⁹ M. POUMAREDE, La garantie décennale, une garantie d'usage ?, RDI 2019, p. 286 ; Droit immobilier 2017, Droit et patrimoine, juin 2018, n° 281, p. 65

défis du changement climatique (la première espèce concernait une « pompe à chaleur », la deuxième un « insert » et la troisième une « cheminée »). »

* Les critiques de la doctrine dénonçant l'émergence d'un régime spécifique de responsabilité décennale contra legem

Le revirement de jurisprudence initiée par les arrêts de 2017 a fait l'objet de vives critiques¹⁰ pour dénoncer l'émergence d'un régime spécifique de responsabilité décennale *contra legem*, critiques qui ont redoublé après l'arrêt du 26 octobre 2017 (Cass. 3e civ., 26 oct. 2017, n° 16-18.120)¹¹.

C. Charbonneau considère que cette jurisprudence fait naître une catégorie autonome « les quasi-ouvrages » puisqu'il n'est plus nécessaire de démontrer l'existence d'un ouvrage pour admettre l'application de la responsabilité décennale dès lors qu'il s'agit de l'installation d'un équipement dissociable adjoint à un ouvrage existant. Il ajoute que l'appréciation du caractère décennal de l'atteinte à la destination ne se porte non pas sur l'équipement lui-même, pas sur les travaux neufs, mais sur l'existant accueillant ce nouvel équipement. Il estime que cette jurisprudence conduit à « effacer la condition préalable à l'application de la responsabilité décennale, s'agissant de la construction d'un ouvrage, et entraînant des conséquences néfastes sur la notion même de constructeur au sens de la loi, ou le dévoiement de la notion de l'impropriété à destination, et ce tant du point de vue des responsabilités qu'au regard du domaine de l'assurance obligatoire en matière de construction. »

J-P Karila relève que « le caractère « contra legem » de la solution retenue conduisant à l'avènement d'un nouveau débiteur de la garantie décennale en l'occurrence le simple fournisseur et installateur dans une maison existant d'une pompe à chaleur comme à l'avènement des « quasi ouvrages » dès lors que les éléments d'équipement dissociables remplacent de facto l'ouvrage dont la construction est pourtant une condition préalable à l'éligibilité aux garanties légales édictées par les articles 1792 et suivants du Code civil. »

M. Faure-Abbad¹² explique également qu'« il ne s'agit plus seulement de garantir la destination des ouvrages de construction neufs ; c'est aussi celle des immeubles anciens qui se trouve garantie dès lors qu'un équipement y est nouvellement installé. Les manuels, les plans de cours et les discours doivent désormais repenser leurs introductions au droit de la construction : la réalisation d'un ouvrage de construction n'est plus la figure fondamentale de la matière. Le texte historique de la garantie décennale est ici appliqué comme à l'envers : dès qu'une impropriété à destination est provoquée sur un immeuble - sans égard pour sa nouveauté ou son ancienneté - par un équipement qui y a été installé - sans égard non plus pour la technique utilisée (travaux de pose ou de construction) - la garantie décennale est due. Dans ce champ-là (nouveau) de la garantie décennale, la gravité du dommage causé à l'existant par l'équipement est la seule condition d'application de l'article 1792. ».

¹⁰ P. Dessuet : RGDA 2017, p. 420. - C. Charbonneau : RDI 2017, p. 409. - J. Roussel : RDI 2017, p. 413. - J.-P. Karila : JCP G 2017, 1018

¹¹ P. Dessuet : RGDA nov. 2017, p. 562 ; RDI 2018, p. 41, obs. C. Charbonneau. - G. Durand-Pasquier, Constr.-Urb. 2018, alerte 1 ; Constr.-Urb. 2018, alerte 6. - S. Bertolaso et E. Menard, Élément d'équipement adjoint à un ouvrage existant : révolutions pour un trompe l'oeil : Constr.-Urb. 2018, étude 1. - J. Roussel, Les existants à la Cour de cassation, le législateur : RDI 2018, p. 573. - H. Périnet-Marquet, Retour sur les éléments d'équipement installés sur l'existant : Constr.-Urb. 2018, repère 5)

¹² M. FAURE-ABBAD, Garantie décennale et pose d'un insert, JCP, éd. N, n° 4, 24 janvier 2020, 1028

En outre, la doctrine considère que cette jurisprudence instaure une garantie décennale « rechargeable » ayant vocation à couvrir les dommages causés aux ouvrages existants dès lors qu'un élément d'équipement y est nouvellement installé.

M. Faure-Abbad et M. Poumarès¹³ font ainsi remarquer que cette jurisprudence initiée en 2017 a pour effet de « *doter les immeubles anciens d'une garantie décennale rechargeable, sorte de garantie d'usage, à l'occasion d'un nouvel équipement susceptible, en cas de désordre, d'en compromettre globalement les utilités.* » Les immeubles anciens se trouvent ainsi garantis dès lors qu'un équipement y est nouvellement installé, sans exiger que celui-ci soit constitutif d'un ouvrage.

Commentant les arrêts récents du 13 février 2020 et du 13 juillet 2022, la doctrine les a analysés comme venant réduire la portée du principe posé par les arrêts de 2017 en le cantonnant aux éléments d'équipement destinés à fonctionner.

Pour P.Dessuet¹⁴, « *si on ne peut naturellement qu'approuver toute évolution jurisprudentielle qui conduira à restreindre les effets de cette jurisprudence de 2017 dont les conséquences négatives ont été unanimement exposées par la doctrine, on demeure perplexe sur la méthode utilisée qui s'apparente à une sorte de fuite en avant, en marge des textes, puisque par plus que le principe édicté en 2017, cette restriction aux seuls éléments destinés à fonctionner, ne trouve évidemment pas de fondement dans les textes du Code civil. La démarche est finalement identique à celle qui a donné naissance au régime prétorien des dommages intermédiaires.* »

C. Cerveau-Colliard¹⁵ considère que « *Bien qu'un tel raisonnement aboutisse à créer un déséquilibre de traitement entre les maîtres d'ouvrage selon la nature des éléments d'équipement adjoints à l'ouvrage existant, il paraît plus lisible et simple à mettre en oeuvre.* »

J-P Karila s'interroge sur la portée de l'arrêt du 13 juillet 2022 en ces termes « *Certes, la publication de l'arrêt du 13 juillet 2022 peut se justifier par le souci d'actualisation et de précision des solutions antérieures. Cependant ne peut-on pas espérer qu'elle pourrait être le signe avant précurseur d'autres évolutions vers un retour plus rigoureux à la stricte orthodoxie juridique et surtout à l'adoption de solutions moins inadaptées que celles appliquées pour des ouvrages « sortis » de la décennale depuis plusieurs décennies ! ?...* »

J. Rousse¹⁶ souligne que la solution posée par la jurisprudence de 2017, très critiquée en doctrine, ne rencontre pas davantage de succès chez les praticiens puisqu'aujourd'hui le marché de l'assurance construction ne propose pas de garanties décennales pour les professionnels concernés (installateurs de pompes à chaleur sur ouvrages existants), ni de dommages-ouvrages pour leurs clients et que l'avant-projet de réforme du droit des contrats, qui vient de faire l'objet d'une consultation publique, prévoit une disposition expresse sur les éléments d'équipement installés sur existant, disposition dont le but est de contredire la jurisprudence résultant du « spectaculaire revirement » opéré par la Cour de cassation en 2017.

¹³ M. FAURE-ABBAD, Garantie décennale et pose d'un insert, JCP, éd. N, n° 4, 24 janvier 2020, 1028 ; M. POUMAREDE, « Droit immobilier 2017 » Droit et patrimoine, juin 2018, n° 281, p. 65

¹⁴ RGDA n°9 - sept. 2022, Seuls les éléments d'équipement destinés à fonctionner installés isolément sur un existant sont éligibles à la RC décennale

¹⁵ Gazette du Palais - n°38 - page 60

¹⁶ RDI 2022 p.600 : Les éléments adjoints à l'existant non destinés à fonctionner ne relèvent pas de la décennale

Il explique que par l'arrêt du 13 juillet 2022, la Cour de cassation prend le parti de réduire la portée de la jurisprudence de 2017 relative à l'installation d'un élément d'équipement sur existant, en la limitant aux seuls éléments d'équipement qui relèvent de la garantie de bon fonctionnement en vertu de la jurisprudence de 2011. Il rappelle à ce titre que *« plusieurs des arrêts consacrant la responsabilité décennale à l'occasion de l'installation d'un élément d'équipement, notamment l'arrêt fondateur du 26 octobre 2017, avaient trait à... des inserts de cheminée, éléments dont on peut penser qu'ils sont inertes et ne seraient pas soumis, dans le cadre d'une construction neuve, à garantie biennale de bon fonctionnement. Étant néanmoins précisé que la distinction entre éléments qui ont ou non vocation à fonctionner, érigée aujourd'hui par la Cour de cassation comme une summa divisio, est loin d'être claire et facile à appliquer ! »*

Il considère que l'arrêt du 13 juillet 2022 est « novateur » en ce que l'affirmation de principe retenue est à la fois plus explicite et d'une portée beaucoup plus large que la précédente décision du 13 février 2020 : *« la règle posée en 2017, maintenue dans son principe, est désormais clairement écartée dans nombre de cas de travaux sur existant, dont certains, par exemple la pose d'une moquette, d'une cloison ou d'un carrelage dans lesquels son application aurait touché, disons-le clairement, à l'absurde »*

Toutefois, il reste réservé sur l'évolution de cette jurisprudence :

« Que peut-on penser de cette solution certainement inspirée par la volonté de réduire la portée de la jurisprudence de 2017 et, par là-même, ses inconvénients ? Peut-on complètement s'en réjouir ? À notre sens, la réponse est malheureusement négative, et comme l'a justement noté un auteur, on a plutôt l'impression d'assister à une fuite en avant . Avec cette difficulté, ce point faible de la démarche du juge lorsqu'il tente de créer le droit en lieu et place du législateur, à savoir qu'il ne peut - ou en tout cas ne devrait pas - distinguer là où la loi ne le fait pas.

À notre sens, la seule explication satisfaisante pour justifier la jurisprudence de 2013 aurait été de considérer que les éléments d'équipement n'ayant pas vocation à fonctionner n'en restaient pas moins des éléments d'équipement, mais étaient simplement écartés du champ d'application de la garantie de bon fonctionnement compte tenu des termes de l'article 1792-3 du code civil. À la lecture de l'arrêt commenté, comme cela a été souligné ci-dessus, une autre interprétation semble s'imposer, celle qui privilégie l'existence d'éléments qui font partie de la construction de l'ouvrage, mais n'en sont ni des éléments « constitutifs » au sens où l'entend le législateur, c'est-à-dire des ouvrages « de viabilité, de fondation d'ossature, de clos ou de couvert », ni pour autant des éléments d'équipement.

La lecture des textes ne laisse pourtant place à aucune ambiguïté, pas davantage d'ailleurs que celle du rapport de la commission présidée par Adrien Spinetta, qui distinguait clairement deux fonctions fondamentales à prendre en compte pour un système de garantie : « la fonction construction englobant l'infrastructure, la structure le clos et le couvert ; la fonction équipement incluant tous les aménagements intérieurs de l'espace délimité par le clos et le couvert ».

Dans cette perspective, le droit positif ne retient que deux catégories d'éléments qui font partie de l'ouvrage et, à ce titre, déclenchent les garanties spéciales à la charge des constructeurs, à savoir les éléments constitutifs et les éléments d'équipement. Ces derniers étant eux-mêmes repartis en éléments d'équipement dissociables ou non, avec un critère de distinction précisé par la loi et tenant à la possibilité de les enlever ou de les démonter sans détérioration de la matière. En décidant d'adopter une troisième qualification, de créer en quelque sorte une nouvelle partie d'ouvrage, des éléments « du troisième type », qui n'entrent dans aucune des deux fonctions envisagées par le législateur, et ceci plutôt que de renoncer à sa jurisprudence tant critiquée de 2017, la Cour de cassation ne simplifie donc pas le droit positif et ne lui apporte pas de réelle cohérence, bien au contraire.»

Pour souligner l'incohérence de cette jurisprudence, il se demande à la lumière des enseignements de l'arrêt du 13 juillet 2022 : *« comment traiter désormais les désordres affectant des éléments inertes intégrés dans la construction neuve ? »* puis répond en ces termes :

« L'arrêt, en prenant bien soin de préciser que la règle qu'il édicte s'applique « s'agissant des éléments adjoints à l'existant », semble vouloir écarter a contrario l'hypothèse de dommages affectant les mêmes éléments dans le cadre d'une construction neuve. Soit, il faut s'en réjouir puisque, dans le cas contraire, les désordres affectant des éléments inertes et rendant l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination auraient été écartés du champ de la responsabilité décennale et des assurances obligatoires, ce qui aurait constitué une régression complète et injustifiée dans les droits du maître d'ouvrage, ainsi que, plus généralement, dans le système d'assurance construction actuellement en vigueur.

Rappelons néanmoins qu'en vertu des articles 1792 et 1792-2 du code civil, qui ne laissent à cet égard aucune place au doute, les seuls dommages susceptibles de générer une responsabilité décennale sont ceux qui affectent les éléments constitutifs d'un ouvrage ou ses éléments d'équipement, sans qu'il soit fait aucunement mention de dommages affectant une troisième catégorie d'éléments.

Faut-il en déduire que les éléments qui n'ont pas vocation à fonctionner changent de nature juridique selon qu'ils s'intègrent ou non dans une construction neuve ? Dans un cas, élément d'équipement, dans l'autre simple élément adjoint ? »

Dans une étude consacrée aux régimes de responsabilité applicables aux éléments d'équipement dissociables¹⁷, M. Faure Abbad explique que le critère qui servait jusqu'alors à distinguer les dissociables bénéficiant de la garantie de bon fonctionnement de ceux relevant de la responsabilité contractuelle de droit commun, devient une condition de mise en jeu de la garantie décennale des existants.

Elle met en évidence la portée normative de la jurisprudence limitant l'application de la garantie décennale aux équipements destinés à fonctionner puis s'interroge sur sa justification :

« Si la discrimination a du sens s'agissant des éléments couverts par la garantie biennale de bon fonctionnement, puisque des éléments inertes ne sont pas concernés par des défauts de fonctionnement, elle n'en a guère pour la jurisprudence des quasi-ouvrages . Motivée par l'impropriété à destination généralisée causée à l'existant du fait de l'équipement nouveau, on ne voit pas pourquoi la garantie devrait être conditionnée par la nature particulière des équipements destinés à fonctionner. Sauf à imaginer qu'ils sont davantage susceptibles que les éléments inertes de causer un dommage de la gravité requise ? Pourtant, des carrelages ou dallages notamment peuvent causer des impropriétés à destination de l'immeuble dans lequel ils sont posés. Les rapports de l'observatoire de l'agence Qualité Construction le révèlent, qui soulignent le poids important des sinistres affectant ces revêtements de sol, dont beaucoup compromettent la sécurité d'utilisation. La Cour de cassation semble donc plutôt faire machine arrière et a trouvé là le moyen de limiter la portée de sa jurisprudence audacieuse sans la renier. [...] la Cour de cassation entend ainsi construire un régime de responsabilité particulier pour les équipements dissociables destinés à fonctionner : équipements d'ouvrage, ils sont seuls à bénéficier de la garantie biennale pour leur dommage de fonctionnement intrinsèque ; équipements d'existant, ils sont seuls à donner droit à la garantie décennale de l'existant dont ils compromettent la destination. »

¹⁷ RDI 2022, p. 72- Les régimes de responsabilité applicables aux éléments d'équipement dissociables, réflexion sur les catégories

5-1.1.2 La garantie d'assurance et les dommages causés par des éléments d'équipement adjoints aux existants

a) L'évolution jurisprudentielle ayant conduit à l'insertion d'une nouvelle disposition législative (l'article L. 243-1-1, II du code des assurances)

Initialement, s'agissant des travaux sur existants, il existait une dualité de régime juridique et d'assurance¹⁸. J. Roussel¹⁹ enseigne que *« si les travaux sur les ouvrages existants constituaient un ouvrage, ils relevaient de la responsabilité légale et de l'obligation d'assurance. L'ouvrage ancien, quant à lui, ne pouvait relever que de la responsabilité de droit commun et des assurances facultatives. Ainsi, après réception, les dommages aux travaux nouveaux constitutifs d'un ouvrage, même provenant d'un vice du sol, étaient couverts par l'assurance dommages-ouvrage et l'assurance de responsabilité décennale. Les dommages subis par l'existant du fait de la partie neuve étaient couverts quant à eux par une garantie contractuellement plafonnée, soit en extension facultative des garanties de nature décennale, soit en extension des polices de responsabilité de droit commun des intervenants à l'acte de construire. »*

Puis, il explique que l'ensemble de cet édifice a été remis en cause par la Cour de cassation, une première fois en 1990 (3^e Civ.3 juill. 1990, n°89-11.967), puis, de façon plus explicite :

- par l'arrêt *Sogebor* du 30 mars 1994 (3^e civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 92-11.996, Bull. III, n° 70) en posant la règle selon laquelle les garanties légales sont susceptibles d'application tant aux désordres affectant les travaux neufs que ceux affectant les existants, si l'on ne peut dissocier les existants des travaux neufs devenus indivisibles.

- puis par l'arrêt *Y...* du 29 février 2000 (1^{re} Civ., 29 février 2000, pourvoi n° 97-19.143, Bull. 2000, I, n° 65) en considérant que les dommages subis par les existants, même s'ils étaient indépendants de l'exécution des travaux effectués par l'entrepreneur, relevaient du champ de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale, lorsqu'ils étaient consécutifs à un désordre de nature décennale.

« La première chambre civile – dont la volonté était de faire coïncider le domaine des assurances obligatoires avec celui des garanties légales, et en particulier, avec celui de la responsabilité décennale – a, dans l'esprit de l'arrêt précité du 3 juillet 1990, par un arrêt dit Y... du 29 février 2000 (1^{re} civ., 29 févr. 2000, n° 97-20.952, Bull. civ. I, n° 65) considérablement élargi le domaine de la garantie décennale, en décidant, et alors que les ouvrages neufs étaient totalement distincts et parfaitement dissociables des ouvrages existants, que ladite garantie décennale et par conséquent la couverture d'assurance de l'assureur de responsabilité décennale couvrait la réparation de l'ouvrage dans son entier, y compris les dommages affectant les existants par suite d'une malfaçon des travaux neufs. »

Cette jurisprudence applique l'assurance obligatoire de responsabilité décennale non seulement aux travaux nouveaux mais aussi à la partie ancienne, alors même que l'existant était parfaitement dissociable des travaux nouveaux.

Cette solution a été guidée par la nécessité de simplifier le régime de l'assurance construction pour les désordres causés aux existants et, d'autre part, par la volonté de

¹⁸ G. LEGUAY, Quelle assurance pour les existants ? RDI 2000 p.494

¹⁹ J. ROUSSEL, Répertoire de droit civil, 2022, n° 107-108

protéger le maître d'ouvrage en intégrant au champ de l'assurance obligatoire l'intégralité de l'ouvrage sur lequel sont réalisés les travaux neufs.

C'est dans ce sens que P. Sargos commente l'arrêt Y... : *« on peut aussi se demander s'il ne faudrait pas simplifier la solution à donner à cette difficulté en partant, d'abord, de la notion de technique des travaux de bâtiment mise en lumière par l'arrêt X... du 26 février 1991 (Bull. civ. I, n° 75 et rapp. annuel 1991, p. 355) : dès lors que la mise en œuvre de cette technique a provoqué des dommages de nature décennale - ce qui est évidemment la condition sine qua non - l'assurance obligatoire des constructeurs doit jouer. S'agissant de la question spécifique des dommages subis par les "existants" du fait des malfaçons, l'idée développée par M. Jean-Jacques Sabatier à la Gazette du Palais de 1995 (doctr. p. 17) dans sa chronique "À la recherche des existants" mérite sans doute attention. Il évoque en particulier la notion d'unicité de l'ouvrage. Or, cette notion paraît tout à fait pertinente. Un ouvrage sur lequel sont réalisés des travaux d'entretien, de rénovation ou d'extension conserve son unicité. Limiter la responsabilité décennale du constructeur, et partant la garantie de son assureur, aux seuls nouveaux travaux n'a pas de sens dès lors que l'ouvrage entier est en réalité affecté par les dommages et que s'il n'est pas remis en état en son entier, le maître de l'ouvrage ne peut plus en réalité en disposer pour l'usage auquel il l'a destiné. En décider autrement reviendrait d'ailleurs à rendre dans certains cas pratiquement inexistante la portée de la garantie obligatoire et à introduire un inextricable contentieux sur les travaux devant être financés. À suivre la thèse restrictive, on aurait même pu soutenir que l'assureur devait seulement rembourser le coût de "l'insert" et de sa pose ! »*

La solution a été approuvée par certains auteurs. G. Courtieu ²⁰ estime que la distinction qui était faite entre les désordres affectant les ouvrages neufs et ceux subis par les existants, outre qu'elle était susceptible de conduire à des situations inextricables, voire absurdes, n'a aucune signification juridique. La loi ne fait aucune distinction entre les travaux selon qu'ils concernent l'édification d'un ouvrage ex nihilo ou l'intervention sur un ouvrage existant. Il en conclut que les désordres atteignant les existants relèvent de la responsabilité décennale telle qu'elle a été établie par les articles 1792 et 2270 du code civil. Partant, ils sont intégrés, de droit, dans les garanties obligatoires des deux assurances des travaux du bâtiment instituées par les articles L 241-1 et L 242-1 du code des assurances.

En revanche, d'autres auteurs l'ont fermement critiquée.

Ainsi, pour P. Malinvaud²¹, s'il s'agit de la solution la plus simple et la moins coûteuse pour l'accédant consistant à faire supporter à l'assureur la charge du risque sans lui faire payer les primes correspondantes, la position de la troisième chambre dans l'arrêt *Sogebor* précité s'attachant à l'indissociabilité entre les travaux neufs et les existants est préférable.

Selon J-P Karila, la solution retenue par l'arrêt Y... constitue une extension injustifiée de la garantie décennale et de la jurisprudence *Sogebor* : *« Dans l'espèce objet de l'arrêt rapporté, la situation était totalement différente de celle objet de [l'arrêt Sogebor], en ce sens qu'il n'y avait aucune indissociabilité des travaux existants et des travaux neufs, alors même que ces derniers avaient consisté en l'agrandissement de la maison existante, ni une mauvaise conception desdits travaux neufs pour n'avoir pas adapté celle-ci à l'état des existants eux-mêmes. Certes la mauvaise conception de l'insert était à l'origine de l'incendie qui a détruit la totalité de l'immeuble, mais devait-on, pour autant, appliquer la garantie décennale et partant la*

²⁰ G. COURTIEU, Responsabilité et assurances de la construction : les « existants » n'existent pas, RCA 2000, n° 6, juin 2000, Chron. 14

²¹ Ph. MALINVAUD, Les travaux sur existants : rapport de synthèse(1), RDI 2000, p. 509

garantie obligatoire de cette responsabilité à l'ensemble des dommages, c'est à-dire à la réfection de l'immeuble en son entier ? Une réponse négative s'impose à notre avis, tant il est évident qu'hors les cas précités d'indissociabilité ou encore de vices de conception des travaux neufs pour n'avoir pas intégré l'état de ceux-ci, la garantie décennale était inapplicable à la destruction de la partie ancienne, qui n'avait pas fait l'objet de travaux quelconques de l'entrepreneur, lequel n'avait pas construit « l'existant » !... La 1ère Chambre civile - dont la volonté affirmée de faire coïncider le domaine de l'assurance obligatoire de la responsabilité décennale avec celui de cette dernière est connue - franchit, dans l'arrêt rapporté, un pas de plus consistant à élargir de façon extensive et injustifiée le domaine de la garantie décennale. (...) s'il n'est pas contestable que la condition sine qua non de la mise en jeu de l'assurance obligatoire des constructeurs réside bien dans le caractère décennal des dommages, encore faut-il que les dommages dont il s'agit affectent bien la construction de l'ouvrage réalisé par le constructeur, dont la responsabilité décennale est recherchée, et non pas l'ouvrage existant parfaitement dissociable de l'ouvrage neuf réalisé!»

G. Leguay s'interroge également sur les effets de cette jurisprudence sur le marché de l'assurance : « Dans ces conditions, l'assurance des travaux sur existants est-elle pratiquement encore possible ? La réponse à cette question me paraît, à l'évidence, négative. On ne peut, en effet, demander à un assureur de couvrir, sans limite, un risque qu'il est dans l'incapacité de cerner - et donc d'évaluer - ni faire supporter aux constructeurs - et en répercussion à l'ensemble de la collectivité - le poids financier d'un risque hypothétique maximum dans tous les cas de figure. C'est d'ailleurs, sans doute pour cette raison, que la Commission Technique de l'Assurance Construction préconise, dans la définition du champ des assurances obligatoires qu'elle est en train d'élaborer, l'adjonction d'une exclusion concernant « les ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indissociables. »

F. Ausseur abonde également dans ce sens : « Cette évolution jurisprudentielle, si elle se perpétue, aura pour conséquence d'alourdir considérablement la charge de l'assurance décennale obligatoire lorsque l'on sait que 60 % du volume des travaux de bâtiment, en France, est constitué par l'intervention des entreprises sur des « existants ». Les constructeurs qui réalisent une multitude de travaux sur des ouvrages préexistants paient une prime d'assurance calculée en fonction du chiffre d'affaires exécutés. Est-il réaliste de supposer qu'on puisse demander aux entreprises et aux artisans du bâtiment de connaître et de déclarer à leur assureur le coût de chaque ouvrage sur lequel ils envisagent de réaliser des travaux ? Quand bien même cette évaluation pourrait être faite, l'entreprise pourra-t-elle supporter le coût exorbitant de la prime d'assurance qui lui sera demandée en contrepartie de la garantie des existants ? Les maîtres d'ouvrage vont-ils continuer à remplir leurs obligations légales en souscrivant une police dommages-ouvrage si le coût de cette dernière se trouve fortement augmenté pour prendre en compte l'extension de sa garantie à la couverture des existants ? Comment évaluer le risque en fonction de la nature des travaux exécutés (plomberie, chauffage, maçonnerie...) et des conséquences éventuelles d'un désordre sur tout ou partie de la construction ancienne ? Face à toutes ces questions auxquelles il est impossible de répondre aujourd'hui, les assureurs construction, avec l'appui des autres professions et de la doctrine, souhaitent que les règles du jeu soient clairement définies. C'est pourquoi, ils ont demandé aux Pouvoirs publics que le projet de loi, sur le champ de l'assurance construction obligatoire, actuellement en discussion, prévoit une disposition supplémentaire excluant de son champ les existants.»

C'est en réaction à l'arrêt Y... qu'un dernier alinéa a été inséré à l'article L. 243-1-1, II du code des assurances par l'ordonnance n°2005-658 du 8 juin 2005 :

« II. - Ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles. »

Le projet de loi n'envisageait pas initialement de dispositions particulières concernant les ouvrages existants à l'ouverture du chantier. En effet, ce projet de loi a été établi à partir du rapport remis en décembre 1997 par le comité composé d'H. Périnet-Marquet, chargé de l'animer, de C. Saint-Alary-Houin et de J-P. Karila dont la mission portait sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire et la rédaction de propositions permettant de circonscrire l'obligation d'assurance. Le projet a été élaboré à partir de la deuxième proposition de définition du comité consistant à définir de manière négative le champ de l'assurance construction obligatoire (système du « tout sauf ») et des observations de la Commission technique de l'assurance construction (CTAC).

L'ajout d'une disposition particulière excluant du champ d'application des ouvrages existants à l'ouverture du chantier était justifié par certains professionnels afin de « *permettre aux maîtres d'ouvrage et aux différents intervenants à l'acte de construire d'avoir la certitude d'obtenir de leurs assureurs des garanties de droit commun efficaces en cas de dommages causés à un existant en répercussion de travaux nouveaux.* », « *tout en maintenant, telle qu'actuellement rédigée, l'exclusion des existants du champ des garanties d'assurance obligatoires* »²²

Cette exclusion des existants du domaine de l'assurance obligatoire a conduit les professionnels du secteur à réfléchir à un autre mécanisme de prise en charge.

Une première proposition, préconisée par une partie de la doctrine et défendue par les maîtres d'ouvrage et promoteurs, prévoyait un dispositif légal, par lequel la souscription d'un contrat d'assurance, en application de la loi du 4 janvier 1978, ouvrirait droit, en complément à la garantie des désordres de nature décennale, à une garantie de droit commun couvrant les dommages causés aux immeubles existants par les travaux nouveaux. Une deuxième proposition présentée par les assureurs (représentés par la Fédération française des sociétés d'assurances), hostiles à une nouvelle obligation d'assurance même hors décennale, envisageait seulement la rédaction d'un protocole par lequel ils s'engageraient à offrir systématiquement des garanties couvrant les dommages aux existants, sous forme d'assurance de chose, souscrites par les maîtres d'ouvrage²³.

C'est la seconde proposition qui a primé : une convention sur les existants a été signée le 8 septembre 2005 entre les différentes fédérations professionnelles concernées et l'État, formalisant l'engagement des assureurs en matière d'assurance facultative des existants. Selon G. Leguay, ce dispositif résultait d'un compromis entre la volonté des assureurs d'exclure les dommages aux existants du champ des assurances obligatoires en matière de construction et celle des maîtres d'ouvrage de pouvoir obtenir, de façon certaine, des garanties d'assurance de bonne qualité pour couvrir les dommages pouvant être subis par les existants du fait de travaux nouveaux. Puis, il conclut que « *c'est bien parce que les répercussions des travaux nouveaux sur les existants ne devraient plus être couverts que de façon tout à fait exceptionnelle par les assurances couvrant les dommages de nature décennale qu'avait été prévu l'ensemble du dispositif décrit dans le projet d'article L. 243-1-2*²⁴ *dont il ne reste malheureusement plus aujourd'hui qu'une convention certes signée mais, pour l'instant, sans valeur.* »²⁵

²² G. LEGUAY, Le champ d'application des obligations d'assurance, RDI 2001 p.349

²³ Dalloz Action droit de la construction, 2018-2019, n° 110-241 et n° 110-242

²⁴ L.243-1-21 renvoyait à une convention à passer entre l'État et les organisations représentatives des maîtres d'ouvrage et des assureurs, devant déterminer les modalités d'assurance des dommages aux ouvrages existants hors du champ des obligation d'assurance en matière de dommages de nature décennale. « Il était également prévu la création d'une instance de régulation qui devait veiller à l'application de la convention et avait pour mission d'examiner les difficultés pouvant survenir lors de la souscription de l'assurance ou dans le règlement des sinistres

b) L'arrêt du 26 octobre 2017 : l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances n'est pas applicable à un élément d'équipement installé sur existant.

L'arrêt du 3e Civ., 26 octobre 2017, n° 16-18.120, Bull. n°119, tout en appliquant la nouvelle jurisprudence initiée en juin 2017 à propos d'une cheminée ayant occasionné un incendie, a jugé que les éléments d'équipement installés sur existant ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances. Ainsi, l'ensemble du dommage matériel relève de l'assurance obligatoire de responsabilité décennale.

Cet arrêt a été commenté dans le rapport annuel de la Cour de cassation : « la Cour de cassation, substituant un motif de pur droit aux motifs erronés de la cour d'appel (ainsi que le permet l'article 620, alinéa 1, du code de procédure civile), a jugé, d'une part, que les dispositions de l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances ne sont pas applicables à un élément d'équipement installé sur existant, d'autre part, que les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la garantie décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination. La cour d'appel ayant relevé que la cheminée à foyer fermé avait été installée dans la maison et que l'incendie était la conséquence directe d'une absence de conformité de l'installation aux règles du cahier des clauses techniques portant sur les cheminées équipées d'un foyer fermé, la Cour de cassation en a déduit que, s'agissant d'un élément d'équipement installé sur existant, les dispositions de l'article L. 243-1-1, II, précité n'étaient pas applicables et que les désordres affectant cet élément relevaient de la garantie décennale ».

Cette jurisprudence a été fortement critiquée par la doctrine, même si certains auteurs ont pu considérer que cet arrêt avait fait une application littérale de l'article L 243-1-1 du code des assurances. Hubert Groutel explique que « *Pris à la lettre, le texte ne s'applique pas à des éléments d'équipement installés sur un existant. C'est ce que décide le présent arrêt.* ». De même, bien qu'étant critique sur l'arrêt du 26 octobre 2017, S. Becque-Ickowicz¹ relève qu'« *il est vrai que l'article L. 243-1-1, II du code des assurances suppose la présence de deux ouvrages, un existant et un neuf, ce qui n'est pas le cas en présence d'une simple adjonction d'un élément d'équipement dissociable sur de l'existant* ».

c) Le point de vue de la doctrine sur la solution écartant l'exclusion de l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances à un élément d'équipement installé sur existant

La grande majorité de la doctrine considère que l'arrêt du 26 octobre 2017 a fait une application *contra legem* de l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances. Elle considère que cette solution va à l'encontre de l'esprit du texte, relevant à ce titre que l'ordonnance n°2005-658 du 8 juin 2005 avait pour finalité de revenir sur la jurisprudence Y..., qu'elle est source de complexités et d'incohérences, qu'elle est certes plus protectrice pour les propriétaires de bâtiments mais aussi lourde de conséquences pour l'ensemble des acteurs du monde de la construction.

affectant les existants »². Enfin, il était indiqué qu'à défaut de signature de la convention ou en cas de dénonciation de celle-ci, les conditions de l'assurance des dommages aux existants seraient définies par décret en Conseil d'État.

²⁵ G. LEGUAY, La question des dommages aux existants dans le cadre de la convention du 8 septembre 2005, RDI 2005 p. 418 ; Les nouvelles règles d'assurance du rénovateur, RDI 2007 p. 47

* une solution allant à l'encontre de l'esprit du texte qui avait pour finalité de revenir sur la jurisprudence Y....

Selon S.Bertolaso et E.Ménard²⁶, « (...) l'article L. 243-1-1 II du Code des assurances exclut la garantie obligatoire des désordres à l'ouvrage existant. Si le législateur fait exception à ce principe, c'est uniquement dans le cas où les existants sont totalement incorporés dans « l'ouvrage neuf » au point d'en devenir techniquement indivisibles. On est en droit de penser que si l'obligation d'assurance disparaît au motif que les éléments d'équipement n'entrent pas dans le champ de l'exception au principe de non-garantie, c'est ce dernier qui doit s'appliquer. Cette analyse aurait dû conduire la Cour de cassation à considérer que « les obligations d'assurance ne s'appliqueront pas à la réparation de l'ouvrage dans son entier, bien que celui-ci soit impropre à sa destination et que la responsabilité des intervenants soit engagée sur le fondement décennal ». Or elle écarte l'application de l'article L. 243-1-1 II dans son intégralité et donc de la règle de non-garantie qu'il expose in limine. L'assureur est ainsi obligé de fixer le montant de l'indemnisation en tenant compte de l'ensemble des dommages matériels causés par l'incendie. Ce jugeant, la Haute juridiction fait totalement abstraction de l'esprit des dispositions légales. (...)

Écarter l'application des dispositions de l'article L. 243-1-1 II du Code des assurances au motif implicite qu'une partie de ces dispositions désigne, non l'élément d'équipement neuf, mais « l'ouvrage neuf », impose ipso facto à l'assureur de verser au propriétaire de l'ouvrage une indemnité calculée sur la base du coût de la reprise de l'élément d'équipement et de l'existant, y compris, conformément aux clauses-types, « les travaux de démolition, déblaiement, dépose ou démontage éventuellement nécessaires » (C. assur., art. A. 243-1, annexe I). Cette contrainte contrevient à l'esprit d'un texte dont l'objet est de préserver l'équilibre économique de l'opération d'assurance, lorsque la valeur de l'existant non déclarée est largement supérieure à celle de la partie neuve qui seule l'a été.»

P. Dessuet ²⁷ critique l'arrêt du 26 octobre 2017 puisqu'il aboutit à neutraliser le principe d'exclusion des existants du champ d'application des garanties obligatoires par la non-application de l'article L.243-1-1 du code des assurances :

« Si on devait tenter de donner une justification de texte à cette motivation, cela reviendrait à interpréter littéralement le II comme une exception au I, en se fondant sur le fait que le II est introduit par l'expression " ces obligations d'assurance ", supposant qu'il s'agit de celles visées au I, lequel vise l'exclusion de certains " ouvrages " neufs et non d'éléments d'équipement.

La lecture de l'ensemble des écrits doctrinaux rédigés lors de la préparation de ce texte démontre pourtant de la manière la plus claire que telle n'était pas l'esprit du texte et que le II, totalement autonome du I, avait un tout autre objet.

Le I avait pour objet de corriger les excès de la jurisprudence des années 2000 ayant conduit à la dénaturation complète du critère discriminant entre garantie obligatoire et garantie facultative, à savoir la réalisation de travaux de bâtiment, pour lui substituer une liste fermée d'ouvrages formellement exclus.

Le II quant à lui avait pour objet de corriger les effets de ce qui à l'époque avait été considéré comme un autre errement jurisprudentiel, le fameux arrêt Y..., dans lequel la Cour de cassation avait décidé que l'incendie d'un ouvrage préexistant causé par la pose d'un insert de cheminée relevait des garanties d'assurance construction obligatoires au même titre que la réparation du vice affectant l'installation de l'insert.

On citera à cet égard in extenso le propos de Jean-Pierre Karila qui fut l'un des trois membres de la commission présidée par le professeur Hugues Périnet-Marquet, chargé de faire des propositions de rédaction de l'ordonnance du 8 juin 2005 sur le champ d'application de l'obligation d'assurance : " But et finalité du texte - Le paragraphe II de

²⁶ S. BERTOLASO, E. MENARD, *Élément d'équipement adjoint à un ouvrage existant : révolutions pour un trompe l'oeil, Construction - Urbanisme* n° 1, Janvier 2018, étude

²⁷ Revue Générale du droit des assurances, (RGDA) , nov 2017, n°11 p.562 ; RGDA, n°12 , décembre 2018, p. 526

l'article L. 243-1-1 du code des assurances constitue à l'évidence une censure de l'arrêt Y... du 29 février 2000 (34), qui avait estimé que "dès lors que la technique des travaux de bâtiment mise en oeuvre 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, c'est à bon droit que l'arrêt attaqué a retenu que le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire mettait à la charge de l'assureur 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", et ce alors même que les ouvrages neufs étaient totalement distincts et parfaitement dissociables des ouvrages existants.»

Ainsi, il explique que l'article L. 243-1-1 II. portant sur l'atténuation de l'exclusion traite « d'un ouvrage neuf » et non d'un « élément installé sur existant » et que la Cour de cassation en déduit que l'exclusion des existants du champ d'application de l'assurance construction obligatoire n'a pas lieu de s'appliquer, faute de texte visant le cas de l'existant incorporé dans l'élément d'équipement installé. Toutefois, il n'est pas convaincu par cette argumentation dès lors qu'à l'époque, en 2005, la Cour de cassation considérait que la simple adjonction d'un élément d'équipement sur un existant ne constituait pas la construction d'un ouvrage et n'était donc pas éligible à la responsabilité décennale, de sorte que les dommages consécutifs qui auraient pu être la conséquence de cette installation, ne ressortaient pas non plus du régime de la responsabilité décennale des constructeurs et que donc, il n'en résultait aucun problème de champ d'application de l'assurance construction obligatoire.

Selon H.Périnet-Marquet, « *En 2005, le législateur avait clairement voulu, même s'il avait mal concrétisé son désir dans le texte voté, que, sauf indivisibilité, les dommages affectant l'existant ne soient pas couverts par l'assureur construction ayant assuré l'élément d'équipement. (...). Or, dans son arrêt du 26 octobre 2017, la Cour de cassation décide, au contraire, de ne pas appliquer une loi à des situations pour lesquelles elle avait précisément été faite, méconnaissant ainsi clairement ce qu'avaient souhaité les parlementaires.*

Analysant l'arrêt du 26 octobre 2017, C. Charbonneau ²⁸ explique également qu'« *en affirmant que cette disposition ne s'appliquait pas pour un élément d'équipement installé sur existant, la Cour de cassation peut estimer qu'elle ne fait qu'appliquer le texte considéré qui ne vise que l'ouvrage existant et non l'équipement existant. On pense néanmoins que le législateur ne pouvait sérieusement se pencher en 2005 sur l'hypothèse de l'application de la responsabilité décennale en dehors de la condition légale de l'existence d'un ouvrage.[...]. Ainsi, la Haute juridiction admet l'application d'une assurance de responsabilité décennale là où la réforme de 2005 a voulu qu'elle ne puisse pas trouver à s'appliquer.*»

J-P Karila ²⁹ considère que l'arrêt du 26 octobre 2017 est « *le résultat de la combinaison du contournement artificiel des dispositions du paragraphe II de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances, jugeant qu'elles n'étaient pas applicables à des éléments d'équipement installés sur les existants, et de la répercussion de l'extension du domaine d'application de la responsabilité décennale par les arrêts précités des 15 juin et 14 septembre 2017.* »

J-M Do Carmo Silva et D. Krajewski³⁰ résument ainsi la position de la doctrine: « *[le législateur] est, encore une fois, ouvertement défié par la Cour de cassation qui, d'une manière*

²⁸ « *Quand le quasi-ouvrage emporte l'ouvrage* », RDI, 18 janvier 2018, n°1, p. 41

²⁹ JCP G 2017, 1018

³⁰ Les assurances de la construction, in les grandes décisions du droit des assurances, 15 mars 2022

« totalement incompréhensible pour l'ensemble de la doctrine », a décidé de « neutraliser complètement l'application du principe de non-application des garanties obligatoires en matière d'assurance et au minimum élargir, de manière significative, l'exception au principe prévue par l'alinéa 2 du II de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances » (en rétablissant au passage la solution de l'arrêt Y... que le texte susmentionné avait précisément pour objet de casser) ; - [la Cour de cassation] est désormais exposée à un bris de jurisprudence par le législateur ainsi que ce dernier y est vivement invité par des voix autorisées comme celle du regretté professeur Philippe Malinvaud qui, dans une tribune dans laquelle il avait déclaré cette jurisprudence « inquiétante, tant sur le plan de l'assurance que de la responsabilité », avait annoncé qu'« on peut craindre le pire si le législateur ne vient pas briser cette jurisprudence regrettable » »

*** une solution, source d'incohérence, de complexité et d'incertitudes**

S. Bertolaso et E. Ménard considèrent que l'arrêt du 26 octobre 2017 est à l'origine d'un paradoxe, en ce que l'assurance obligatoire s'appliquerait lorsque l'installation d'un élément d'équipement n'est pas assimilable à un ouvrage, et non lorsque les travaux sont assimilables à la construction d'un ouvrage. Partant de la lettre de l'article L. 243-1-1 II du Code des assurances selon laquelle seul le double constat de l'incorporation de l'ouvrage existant dans l'ouvrage neuf et de l'indivisibilité technique qui en résulte justifie l'application de l'assurance obligatoire, elles expliquent que la Cour de cassation paraît faire abstraction de la condition relative à l'incorporation de l'existant dans le neuf et considèrent qu'« en l'état actuel de la jurisprudence, l'assurance obligatoire est susceptible d'être mise en œuvre afin de couvrir des désordres à l'existant qui procèdent de travaux limités, même s'il n'existe pas d'indivisibilité technique de la partie neuve et de la partie existante. Elle est au contraire exclue, en présence de désordres similaires causés par des travaux de plus grande importance, en l'absence d'indivisibilité technique de l'ouvrage neuf et de l'ouvrage existant. Aussi marginale soit-elle, cette dernière circonstance établit que les propriétaires qui peuvent apporter la preuve de l'impropriété à destination de l'ensemble comprenant l'élément d'équipement et l'existant, auront tout intérêt à éluder la question de la qualification d'ouvrage afin de pouvoir bénéficier plus sûrement de l'assurance obligatoire. »

C. Charbonneau soutient que l'arrêt du 26 octobre 2017 crée un régime assurantiel spécial en présence d'un élément d'équipement puisque cette solution « prive les assureurs de la faculté d'opposer les limites de garantie stipulées dans les garanties facultatives dommages aux existants et spécialement les plafonds de garantie » et que « cette extension conduira probablement à des débats sur les modalités déclaratives relatives aux existants, la réforme des clauses-types de 2009 imposant au maître de l'ouvrage comme aux constructeurs de déclarer aux assureurs à la souscription la valeur des existants ». Selon lui, il en résulte en pratique que, dès lors que le désordre atteint un élément d'équipement installé sur existant, ce sont les règles nouvelles (destination par rapport à l'ouvrage existant et non application de l'article L. 243-1-1, II du code des assurances) qu'il convient d'appliquer et non les règles traditionnelles.

J. Roussel souligne que « le paysage du droit positif qui résulte de tout cela est d'une regrettable complexité, avec des distinctions incertaines entre travaux sur un ouvrage existant visés par l'article L. 243-1-1, II, installation d'un élément d'équipement sur existant qui relève de la nouvelle jurisprudence et travaux de modeste importance sur existant... qui ne sont soumis qu'au droit commun ».

Pour certains auteurs³¹, cette jurisprudence soulève des difficultés d'articulation avec d'autres dispositions en matière d'assurance, notamment avec la nature de la garantie de responsabilité décennale décrite à l'article A. 243-1, ann. I (le contrat garantit le paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué), puisque qu'en cas d'adjonction d'un équipement dissociable sur un existant, l'assuré ne participe à la construction d'aucun ouvrage. Ils évoquent également le cas des travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation où le montant de la garantie peut être limité au coût de la construction déclaré par le maître de l'ouvrage (C. assur., art. A. 243-1, ann. I) et les difficultés en découlant pour apprécier le coût de la construction : s'agit-il du coût de l'ouvrage existant ou de la construction réalisée c'est-à-dire du montant du marché pour l'installation de l'équipement dissociable ?

Les mêmes auteurs mettent également en évidence les impacts indirects de cette jurisprudence sur d'autres contrats d'assurance : *« Les incendies causés par les équipements installés sur un ouvrage existant sont, à ce jour, pris en charge par des assureurs de dommages aux biens. Or, les conditions générales de ces contrats prévoient généralement des exclusions pour les « dommages ou désordres relevant des articles 1792 à 1792-6 du Code civil ainsi que toutes les responsabilités vous incombant en vertu de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 » (JO 5 janv.), dite loi Spinetta. Dès lors, du fait de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, dans les contrats d'assurance multirisques habitation, ne devraient plus être pris en charge les incendies trouvant leur origine dans un élément d'équipement dissociable relevant de l'article 1792... Certains contrats d'assurance protection juridique peuvent également comporter des exclusions du même type ou, du moins, des options pour les travaux soumis à l'assurance obligatoire. L'équilibre contractuel se trouve ainsi bouleversé par cette nouvelle dérive de la Cour de cassation. »*

P. Dessuet³² abonde dans ce sens en soulignant le fait qu' *« une telle situation aurait donc pour effet de renvoyer les assurés vers une action contentieuse, à l'issue longue et incertaine, en RC décennale contre les installateurs et leurs assureurs RC décennale en assurance obligatoire, alors que jusqu'alors une simple déclaration amiable en police multirisque suffisait à régler la question. »*

* une solution protectrice pour les propriétaires de bâtiments mais comportant de lourdes conséquences pour tous les acteurs du monde de la construction

Bien que critiques à l'égard de cette jurisprudence, certains auteurs l'ont analysée comme un *« changement prétorien, qui favorise et protège les intérêts du consommateur »*, *« une évolution jurisprudentielle qui apporte une protection accrue aux propriétaires de bâtiments »* puisqu'auparavant, à défaut de couverture d'assurance par des polices de dommages, la victime pouvait être exposée à un préjudice sans trouver un responsable solvable et que désormais les propriétaires peuvent obtenir une indemnisation au titre de l'assurance dommages-ouvrage ou de l'assurance responsabilité civile décennale, l'obstacle de l'article L. 243-1-1 II du Code des assurances ayant été contourné pour consacrer l'identité des domaines de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire.

³¹ F-X. AJACCIO, A. CASTON, R. PORTE, Éléments d'équipement dissociables installés sur existants : les impacts des (r)évolutions, Revue Lamy Droit civil, n° 164, 1er novembre 2018

³² Le problème des travaux sur existants depuis les revirements de juin et septembre 2017, RDI 2018 p.136

Toutefois, la majorité de la doctrine considère que cette solution comporte de lourdes conséquences pour l'ensemble des acteurs du monde de la construction³³ :

- Le maître de l'ouvrage, qui fait installer des éléments d'équipement sur des existants, est obligé de souscrire une assurance dommages-ouvrage et de justifier, en cas de vente dans les dix ans suivant ces travaux d'installation, de la souscription d'une assurance de responsabilité dès lors qu'ils sont réputés constructeurs et débiteurs de la garantie décennale. Ainsi, « *faute d'avoir souscrit une assurance de responsabilité décennale, le vendeur sera recherché sur ses deniers personnels. [...] De plus, ce même particulier devrait, en théorie, sous peine de sanctions pénales, souscrire une assurance de dommages ouvrage en application de l'article L. 242-1 du Code des assurances. Si ces principes étaient appliqués, il est fort probable que la prime d'assurance dépasserait très largement le coût de l'équipement.* »

Selon P. Dessuet, « *la conséquence majeure en matière d'assurance des travaux neufs concerne les maîtres d'ouvrage particuliers, ceux-là mêmes que cette jurisprudence était censée protéger. En effet, le propriétaire d'une maison individuelle qui fait remplacer un chauffe-eau ou une chaudière pourra être recherché en RC décennale par les acquéreurs s'il procède à la vente de sa maison dans les dix ans qui suivent les travaux d'installation d'un élément d'équipement sur un existant.* »

Il ajoute que « *la situation deviendrait également délicate pour les assurés en police DO, contraints d'inclure dans la garantie des travaux neufs la valeur de reconstruction à neuf de leur ouvrage préexistant au motif qu'ils font réaliser quelques travaux d'électricité et que l'assureur DO pourrait se trouver tenu d'indemniser la totalité de l'existant en cas de sinistre les affectant, trouvant son origine dans la réalisation défectueuse des modestes travaux neufs assurés par la police.* »

- les entrepreneurs sont tenus de s'assurer en responsabilité décennale au titre de leurs travaux relatifs à des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur des existants.

Certains auteurs soulignent que les entrepreneurs, souvent des artisans, peuvent se trouver dans une situation délicate. « *Selon les contrats, l'intervention dans un ouvrage dépassant le seuil fixé contractuellement peut engendrer une non garantie ou une réduction proportionnelle (C. assur., art. L. 121-5). Dès lors, le constructeur se trouve dans une situation délicate. Du fait de l'arrêt du 26 octobre 2017, il devra déterminer non pas le coût de ces travaux mais la valeur de l'immeuble dans lequel il intervient car, en cas de désordre de nature décennale, l'assureur devra prendre en charge la reconstruction de l'ensemble de l'immeuble existant. Le cas échéant, il devra demander des extensions de garantie.* »

C. Charbonneau souligne que « *des difficultés vont apparaître sur le plan pratique. Un pan entier d'artisans et d'entreprises assurent aujourd'hui des interventions sur ouvrage sans être couverts par une police d'assurance de responsabilité décennale. Le petit plombier, le petit électricien, l'homme des tâches d'entretien... Ces personnes sont désormais exposées sur leurs biens propres pour ne pas avoir souscrit d'assurance*

³³ F-X. AJACCIO, A. CASTON, R. PORTE, Éléments d'équipement dissociables installés sur existants : Élément d'équipement installé sur un existant, le grand bouleversement !, Gazette du Palais, 5 décembre 2017, n°42, p. 59 ; les impacts des (r)évolutions, Revue Lamy Droit civil, n° 164, 1er novembre 2018 ; P. DESSUET, Le problème des travaux sur existants depuis les revirements de juin et septembre 2017, RDI 2018 p.136 ; S. BERTOLASO, E. MENARD, Élément d'équipement adjoint à un ouvrage existant : révolutions pour un trompe l'oeil, Construction - Urbanisme n° 1, Janvier 2018, étude 1 ; J. ZAVARO, Assurance obligatoire - Travaux sur existants, Annales des Loyers, décembre 2017, n°12, p. 101

obligatoire et ils n'en savent rien ». Il ajoute qu'en raison de son effet rétroactif, cette jurisprudence a « *une conséquence terrible pour les entrepreneurs considérés dès lors que le défaut de souscription de l'assurance obligatoire est une faute détachable, de sorte que c'est le patrimoine propre des gérants des sociétés de construction qui pourrait être engagé.* »

- Les assureurs devront indemniser à hauteur du coût de la reprise des désordres à l'existant, alors qu'ils n'ont pas provisionné les primes nécessaires à la prise en charge d'un sinistre de cette nature.

Pour, S. Bertolaso et E. Menard, le principe posé à l'article L. 243-1-1 II du Code des assurances permettait de libérer les assureurs de la charge d'indemniser des sinistres pour lesquels aucune prime n'a été provisionnée. « *En effet, le calcul de la prime intègre exclusivement le coût total des travaux que l'assuré déclare à son assureur. Il ne tient pas compte du prix de l'existant sur ou dans lequel ces travaux sont réalisés. La couverture des désordres aux existants est donc légitimement écartée, car elle n'est pas économiquement viable. Seule l'incorporation totale des ouvrages existants dans l'ouvrage neuf, qui révèle tout à la fois la valeur résiduelle de l'existant et la valeur prépondérante du neuf, autorise exceptionnellement la mise en jeu de la garantie obligatoire sous réserve que la partie existante et la partie neuve soient techniquement indivisibles. [...]. Or, écarter ce principe « impose à l'assureur de verser au propriétaire de l'ouvrage une indemnité calculée sur la base du coût de la reprise de l'élément d'équipement et de l'existant, y compris, conformément aux clauses-types, « les travaux de démolition, déblaiement, dépose ou démontage éventuellement nécessaires » (C. assur., art. A. 243-1, annexe I). Cette contrainte contrevient à l'esprit d'un texte dont l'objet est de préserver l'équilibre économique de l'opération d'assurance, lorsque la valeur de l'existant non déclarée est largement supérieure à celle de la partie neuve qui seule l'a été. »*

Ainsi, la position de la Cour de cassation a pour effet de basculer les dommages aux existants, initialement soumis aux garanties facultatives avec l'application d'un plafond de garantie, dans ceux relevant de la garantie obligatoire, ce qui implique un sinistre maximal possible totalement différent pour l'assureur. Cette jurisprudence a, selon la doctrine, un impact économique pour l'assureur qui n'a pas pu anticiper ce risque dans la tarification et ses provisions. J. Zavarro estime à ce titre que cette jurisprudence n'est pas raisonnable dans la mesure où « *si on veut que l'assureur paye, il faut lui permettre d'encaisser ses primes. A défaut, il va ou refuser d'assurer l'activité concernée, ou fixer les primes à un niveau astronomique que les entreprises ne pourront satisfaire.* »

Pour préserver l'équilibre économique de l'opération d'assurance, certains auteurs avancent que « *les assureurs pourraient tenter de tirer argument des clauses-types, qui cantonnent la garantie responsabilité civile décennale au « paiement des travaux de réparation de l'ouvrage à la réalisation duquel l'assuré a contribué ainsi que des ouvrages existants, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisibles » (C. assur., art. A. 243-1, annexe I, Nature de la garantie) et la garantie dommages-ouvrage au « paiement des travaux de réparation des dommages à l'ouvrage réalisé ainsi qu'aux ouvrages existants, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisible » (C. assur., art. A. 243-1, annexe II, Nature de la garantie). Les assurances obligatoires ne sont ainsi susceptibles d'être utilement sollicitées que si un ouvrage a été construit. Cette condition n'est pas remplie en cas d'adjonction d'un simple élément d'équipement à un ouvrage existant. »*

Pour P. Dessuet, la conséquence la plus directe de cette jurisprudence concerne les polices de responsabilité décennale d'abonnement : *« alors que dans ce type de police la prime est assise sur le chiffre d'affaires de l'assuré, c'est-à-dire le montant de son marché, sans prise en compte de la valeur de l'existant sur lequel il intervient, mais avec par contre un plafond de garantie limitant la couverture au titre des dommages aux existants, l'assureur aux termes de cette jurisprudence se trouverait contraint d'indemniser l'incendie total d'un ouvrage historique consécutif à un court-circuit résultant des travaux neufs, et donc à un désordre de nature décennale puisque touchant à la sécurité des occupants, affectant l'installation d'un simple détecteur de fumée par exemple. »*

Le même auteur souligne qu'une des difficultés posées par ces différents revirements jurisprudentiels réside dans leur caractère rétroactif et leur application immédiate pour des marchés de travaux ou des polices d'assurance signés il y a près de dix ans et sur le contenu desquels il n'est pas possible de revenir. D'autres auteurs abondent dans ce sens : *« l'assureur se trouve confronté à de redoutables défis puisque, au regard de l'application de la jurisprudence dans le temps, il sera contraint d'indemniser des sinistres qu'il n'avait pas intégré dans le calcul de la prime. »*

- les notaires sont tenus de vérifier lors des ventes la souscription par les vendeurs d'une assurance dommages-ouvrage pour la réalisation des travaux d'installation d'éléments d'équipement sur des existants et, s'il y a lieu, de porter dans les actes la mention selon laquelle une telle assurance n'a pas été souscrite.

H. Perinet-Marquet³⁴ estime que *« concrètement, les notaires doivent donc revoir en profondeur leur questionnaire vendeur pour demander, désormais, non seulement si des travaux ont été réalisés dans le délai de dix ans, mais également si des éléments d'équipement ont été installés, même sans travaux dans l'ouvrage, à l'intérieur de ce même délai. Dans la mesure où il est, d'évidence, extrêmement difficile de déterminer à l'avance, quel type d'éléments d'équipement pourrait causer des dommages aux existants dans le délai de dix ans, la prudence sera de demander quels éléments d'équipement ont été posés dans l'ouvrage depuis dix ans, en précisant ce qu'il faut entendre par éléments d'équipement, ce qui ne sera pas toujours facile. »*

d) l'article 66 du projet de loi ELAN : une initiative parlementaire n'ayant pas abouti

L'article 66 du projet de la loi ELAN avait pour objet, selon la doctrine, de revenir sur la jurisprudence du 26 octobre 2017.

« L'objet de cette initiative parlementaire était explicitement de soustraire l'obligation d'assurance aux effets de la jurisprudence de la Cour de cassation. L'amendement adopté à l'Assemblée nationale est sans ambiguïté : « la Cour de cassation a rendu le 26 octobre 2017 un arrêt réintégrant, contra legem, le périmètre des biens déjà construits dans le périmètre de l'assurance décennale obligatoire. La rédaction de cet arrêt est donc génératrice d'ambiguïté en ce qu'elle se réfère à la notion d'ouvrages existants, par opposition à celle de dommages affectant les ouvrages existants. Incorporer les dommages aux existants dans la garantie décennale crée une insécurité juridique alors que l'équilibre décennal est fragile et expose les assureurs construction à un risque qui n'est pas maîtrisable et ainsi les maîtres d'ouvrage à une insécurité juridique » (amendement n° 3059). Les amendements déposés au Sénat reprenaient

³⁴Responsabilité des constructeurs et éléments d'équipement installés sur existant, Defrénois, 28 juin 2018, n° 25, p. 34

également cet argument : « il s'agit d'une réponse à une jurisprudence de la Cour de cassation : celle-ci a pris le contrepied de la volonté du législateur lors de l'adoption de l'article L. 243-1-1, point II du Code des assurances, qui définit le champ de l'obligation d'assurance en cas de travaux sur existant » (amendement n° 839). Il n'y a donc aucune ambiguïté sur la volonté du législateur de revenir au régime antérieur.»

Cet article ayant été qualifié de cavalier législatif, il a été supprimé à l'issue de la décision n°2018-772 du 15 novembre 2018 du Conseil constitutionnel³⁵.

Pascal Dessuet regrette que ce projet de modification du texte « porte assez largement la marque du lobbying qui l'a inspiré et ne traite que de la question d'assurance, sans s'attaquer à la racine du problème, c'est-à-dire la jurisprudence issue de l'arrêt du 15 juin 2017 considérant que l'adjonction d'un simple élément d'équipement sur un existant était éligible aux garanties légales de responsabilité. Il convient d'observer en effet que les artisans, mainteneurs et réparateurs en tout genre demeureront présumés responsables sur un fondement décennal des dommages à leurs installations, donc en répercussion sur les existants (jurisprudence classique), sans assurance couvrant intégralement leur responsabilité. »

5-1-2. L'analyse du moyen et des motifs de l'arrêt

Pour justifier l'application de la garantie décennale, la cour d'appel a :

- rappelé que la société Axa soutenait en appel que la garantie décennale n'était pas applicable à un insert de cheminée dès lors qu'il n'est ni un ouvrage ni un élément d'équipement indissociable d'un ouvrage neuf mais un élément d'équipement adjoint à un ouvrage existant ;
- puis écarté ce moyen en se prévalant de la jurisprudence selon laquelle les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination et que cette solution avait été appliquée dans une espèce intéressant un incendie provoqué par un insert de cheminée.(Civ 3 14/09/2017 n°16-17323)
- pour en déduire que le premier juge, dont la décision n'est pas plus amplement critiquée, a retenu l'application de la garantie décennale et la responsabilité de la société l'Univers de la cheminée, par des motifs pertinents que la cour adopte.

Puis pour justifier la mobilisation de la garantie de l'assureur de responsabilité décennale, la cour d'appel a écarté le moyen tiré des dispositions de l'article L243-1-1 2° du code des assurances pour limiter sa garantie au seul remplacement de l'insert aux motifs que selon une jurisprudence constante, les dispositions de cet article ne sont pas applicables à un élément d'équipement installé sur existant (Civ 3 26/10/2017 n°16-18120), comme l'est en l'espèce l'insert de cheminée dont les désordres relèvent de la garantie décennale.

Le MA, après rappelé l'évolution jurisprudentielle sur les éléments d'équipements adjoints à l'existant, souligne les inconvénients de cette solution et le fait qu'elle soit contraire à la lettre et à l'esprit de la loi : elle aboutit à rendre débiteur de garantie

³⁵Cons. Const., 15 novembre 2018, décision n° 2018-772, Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique ; Voir aussi J. ROUSSEL, Les existants, la Cour de cassation et le législateur(1), RDI 2018 p.573 : « Par une décision du 15 novembre 2018 (...), le Conseil constitutionnel a censuré une série d'articles de la loi Elan, dont celui qui nous intéresse (...), au motif qu'ils ne présentent aucun lien, même indirect, avec le projet de loi initial. Il est vrai que la loi votée ressemble à un fourre-tout et que la décision du Conseil constitutionnel peut aisément se comprendre ».

décennale l'installateur d'un élément d'équipement, dissociable ou non, alors que les travaux qui lui sont confiés ne sont pas un ouvrage immobilier ; l'application de la garantie décennale dépend de la nature des dommages causés par cet élément d'équipement, et non pas selon la nature des travaux qu'ils auront réalisés ; elle revient à rendre passible de sanctions pénales et débiteur de garantie décennale envers l'acquéreur le maître de l'ouvrage ayant installé ou fait installer un élément d'équipement, sans contracter d'assurance à la suite de la vente de son bien. Il relève à ce titre un arrêt dissident de la Chambre commerciale (arrêt du 30 janvier 2019, n°17-27.494) et l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux prévoyant de revenir sur cette jurisprudence.

Il reproche à la cour d'appel d'avoir appliqué la jurisprudence selon laquelle les éléments d'équipements adjoints à l'existant sont susceptibles de relever de la garantie décennale lorsque les désordres les affectant rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination et d'avoir retenu la garantie décennale, alors que l'ouvrage constitue une des conditions d'application de cette garantie et que les travaux de pose d'un insert dans une cheminée préexistante ne constituent pas un ouvrage (première branche qui sollicite un revirement de jurisprudence).

Il fait grief à la cour d'appel d'avoir appliqué la garantie décennale aux désordres affectant un insert de cheminée,

- alors que les désordres affectant un élément d'équipement adjoint à l'existant et rendant l'ouvrage impropre sa destination ne relèvent de la garantie décennale que lorsqu'ils trouvent son siège dans un élément destiné à fonctionner et que l'insert de cheminée constitue un élément d'équipement non destiné à fonctionner. (deuxième branche)
- en retenant que l'insert de cheminée constituait un élément d'équipement sans constater que celui-ci était destiné à fonctionner. (troisième branche)

Il précise à ce titre que l'insert de cheminée constitue un élément inerte, qui n'a par lui-même aucune aptitude à fonctionner dès lors qu'il ne dispose d'aucune mécanique, aucune dynamique propre, ni d'un moteur, et ce même s'il a une fonction.

Il reproche à la cour d'appel d'avoir écarté l'exclusion de garantie prévue à l'article L. 243-1-1 2° du code des assurances, alors que selon cet article, l'application de l'assurance de responsabilité décennale ne concerne que les désordres affectant les existants qui s'incorporent dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisibles et que l'insert n'ayant pas été incorporé à l'ouvrage existant, la garantie ne pouvait pas couvrir les dommages causés aux existants. (quatrième branche)

Le MD soutient que les motifs de l'arrêt ne font qu'appliquer une jurisprudence abondante et bien établie selon laquelle tout élément d'équipement rendant l'ouvrage impropre à sa destination relève de la garantie décennale et qu'un insert, dont la mauvaise installation a provoqué un incendie, constitue un élément d'équipement rendant l'ouvrage impropre à sa destination.

Il estime que le revirement de jurisprudence sollicité par le MA n'est pas justifié sur le plan théorique et pratique : la jurisprudence, appelée par l'impératif indemnitaire, reçoit une application mesurée dès lors qu'elle s'applique dans les cas les plus graves d'atteinte à la solidité de l'ouvrage ou d'impropriété à sa destination. Elle se justifie également au regard de l'accroissement, sous l'impulsion législative, des travaux de rénovation énergétique sur les immeubles existants, notamment par l'adjonction d'équipements dont l'installation défectueuse peut affecter gravement l'immeuble.

Au vu de ces éléments, il conviendra d'apprécier les mérites des griefs de ce moyen.

5-2. Sur le quatrième moyen

5-2-1. Sur l'application du principe de la réparation intégrale du préjudice

L'existence du préjudice, son étendue et l'évaluation de la créance de réparation relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Ass. plen. 26 mars 1999, Bull n°3, pourvoi n°95-20.640 ; Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, Bull. 2002, Ch. mixte, n°4). Les juges du fond sont souverains pour apprécier l'absence de préjudice (Ch. Mixte, 6 septembre 2002, Bull. n°5). Ils apprécient souverainement l'étendue du dommage qu'ils retiennent (2e Civ., 22 novembre 2012, n°11-23.828 ; 2e Civ., 1er juin 2011, n°09-72.002).

Toutefois, les juges sont tenus d'indemniser un préjudice dès lors qu'ils en constatent l'existence (Civ. 3ème, 23 janvier 2020, pourvoi 18-15.246 ; Civ. 3ème, 21 novembre 2019, pourvoi 18-23.231 ; Civ. 3ème, 19 septembre 2019, pourvoi 18-19.121) et cette réparation doit être intégrale (3ème Civ. 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-19224).

La réparation d'un dommage doit être intégrale sans excéder le montant du préjudice, le maître de l'ouvrage devant être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le désordre ne s'était pas produit (3e Civ., 27 mars 2012, n° 11-11.798). Les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit (2e Civ., 23 janvier 2003, n° 01-00.200, Bull.n° 20 ; 3e Civ., 8 juillet 2009, n° 08-10.869, Bull. n°170).

Le préjudice indemnisable regroupe tous les travaux nécessaires à la réparation de l'ouvrage (3e Civ., 20 novembre 2013, n° 12-29.259). Cela implique tant la réparation intégrale de l'ouvrage que la réalisation de certains éléments absents, sans que cela ne constitue une plus-value, et ce y compris la démolition et reconstruction (3e Civ., 26 janvier 2000, pourvoi n° 98-17.045 ; 3e Civ., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-14.054).

Une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments (3e Civ., 22 octobre 2002, pourvoi n° 01-11.261)

Dans l'exercice de ce pouvoir, s'ils ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve soumis par les parties au soutien de leurs prétentions (3e Civ., 24 janvier 2019, pourvoi n° 17-31.286), ils ne sont pas tenus :

- de s'expliquer spécialement sur ceux qu'ils décident d'écarter (3e Civ., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-13.944 ; 1re Civ., 20 juin 1995, pourvoi n° 93-12.582, Bulletin 1995 I N° 273 ,
- ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation (3e Civ., 7 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.373, Bull. 2010, III, n° 139)
- ni de s'expliquer spécialement sur chacune des pièces soumises à leur appréciation (.2e Civ., 9 septembre 2010, pourvoi n° 09-11.481)

Mais la Cour de cassation exerce un contrôle sur la motivation des juges et s'assure que la décision respecte le principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit pour la victime (Civ., 3ème, 5 juillet 2001, pourvoi n°99-18.712, Bull. 2001, II, n° 135 ; Civ., 3ème, 27 mai 2010, pourvoi n°09-14.695). Elle sanctionne ainsi une motivation contradictoire ou insuffisante, une évaluation forfaitaire du préjudice, une évaluation toutes causes confondues, une double indemnisation du même préjudice.

C'est au regard de ces principes que les juges du fond déterminent l'indemnisation résultant de la destruction d'un immeuble par un incendie à la hauteur du préjudice effectivement subi, sans entraîner un enrichissement ou un avantage indu au profit de la victime :

2e Civ., 14 janvier 1999, pourvoi n° 96-17.562, Bull. 1999, II, n° 14

Le propriétaire d'une usine détruite par un incendie ayant demandé la réparation de son préjudice à hauteur de la valeur de remplacement de ce bien, c'est sans méconnaître le principe de la réparation intégrale qu'une cour d'appel déduit de ce que l'usine était arrêtée depuis 17 ans, que les factures de son entretien étaient de faible montant, que la remise en route de l'établissement après la retraite du propriétaire était hypothétique et que le matériel, ancien et amorti, n'était assuré que pour un montant limité, que l'indemnisation ne pouvait être opérée qu'en valeur vénale.

3e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21.393, Bull. 2010, III, n° 74

Saisie par le bailleur d'un immeuble partiellement détruit par un incendie d'une demande d'indemnité dirigée contre le preneur, une cour d'appel qui constate que le bailleur a revendu le terrain à un tiers en abandonnant toute idée de reconstruction, peut en déduire, sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, qu'il n'y a lieu ni de lui allouer une indemnité correspondant à une valeur à neuf, ni de lui rembourser les frais d'architecte, de contrôle technique et de coordonnateur de sécurité que de façon certaine, il n'exposera pas.

3e Civ., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-13.156, Bull. 2010, III, n° 126

Ayant relevé que depuis plusieurs années aucun fonds de commerce n'était exploité dans les lieux, que les équipements présents dans les locaux dataient de bien avant la précédente exploitation de la discothèque "Le Passé Simple" qui avait déjà fermé ses portes plusieurs années avant le sinistre, qu'aucun projet d'aménagement quelconque n'était en cours ou sur le point de commencer et que M. X... n'établissait pas son intention réelle de relancer l'activité de son exploitation, la cour d'appel, sans violer le principe de la réparation intégrale, a pu retenir que, sauf à faire bénéficier M. X... d'un enrichissement infondé, il y avait lieu d'appliquer le coefficient de vétusté proposé par l'expert judiciaire aux équipements présents dans les locaux avant la survenance du sinistre.

3e Civ., 7 septembre 2017, pourvoi n° 16-15.257, Bull. 2017, III, n° 99

Ayant relevé que l'immeuble ne pouvait être reconstruit à l'identique en raison de la dangerosité de sa situation et du refus du maire d'accorder un permis de construire et retenu qu'octroyer aux propriétaires une valeur de reconstruction à neuf dans un autre lieu leur procurerait un avantage indu puisqu'ils bénéficieraient d'un bien équivalent mais mieux situé, la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer le principe de la réparation intégrale, que l'indemnisation du préjudice devait s'effectuer selon la valeur vénale de l'immeuble à la date du sinistre ;

5- 2-2. Sur l'analyse du moyen et des motifs de l'arrêt

La cour d'appel justifie le montant de l'indemnisation qu'elle a allouée au titre du préjudice lié à la destruction de la maison :

- en rappelant que la société Axa reprend en appel son argumentation de première instance tendant à limiter l'indemnisation des époux [O] à la somme de 107 000 € correspondant à une valeur de $900/m^2 \times 130 m^2 = 117\ 000$ diminué de 10 000 € au titre du prix de rachat payé par la commune de [Localité 5].
- et en répondant qu'aucune critique n'est apportée aux motifs pertinents du premier juge que la cour adopte lui ayant permis de retenir la valeur de 199 237,49 € TTC au titre de l'indemnisation de la maison d'habitation.

Le MA fait grief à la cour d'appel :

- d'avoir méconnu les termes du litige dans la mesure où en appel, la société Axa a formulé des critiques contre les motifs du jugement évaluant le préjudice de destruction de la maison à la valeur de la reconstruction de la maison, et non à la valeur vénale (première branche).

- d'avoir retenu une somme correspondant à la valeur de reconstruction de la maison, alors que seule la valeur vénale pouvait être prise en compte au titre de l'indemnisation dès lors qu'en raison de la vente, la maison ne pouvait pas être reconstruite. Il estime que le remplacement étant impossible, seule la disparition de la valeur patrimoniale du bien peut être compensée. (seconde branche)

Le MD soutient qu'en rappelant le moyen de la société Axa, la cour d'appel l'a pris en compte dans sa motivation en expliquant qu'aucune critique n'est apportée aux motifs pertinents du premier juge qui avaient relevé l'absence de pièces pour contester le chiffrage retenu par l'expert de la société Axa et le chiffrage qu'elle proposait, de sorte que le grief de la première branche n'est pas fondé. Il répond également que le chiffrage retenu par le premier juge correspond à un coût de reconstruction minoré en considération du fait de l'absence de reconstruction de l'immeuble et par conséquent à la réparation intégrale du préjudice subi sans entraîner un enrichissement au profit de M. et Mme [O].

Au vu de ces éléments, il conviendra d'apprécier si les griefs sont fondés.

5-3. Sur le cinquième moyen

5.3.1. Sur la caractérisation de l'abus du droit d'agir en justice

Selon une conception classique, l'exercice d'une action en justice constitue un droit et ne dégénère en abus que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou s'il s'agit d'une erreur équipollente au dol (Civ., 7 mai 1924, S. 1925. 1. 217 ; Civ. 2^{ème}, 6 novembre 1974, Bull. n°283).

Même si elle n'exige plus la preuve d'une intention de nuire ou d'une mauvaise foi, la jurisprudence la plus récente admet de façon tout aussi restrictive l'abus dans l'exercice du droit d'agir en justice, l'accès au juge étant un principe fondamental reconnu tant par la jurisprudence constitutionnelle que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits d'homme.

Notre Cour impose aux juges du fond de caractériser les circonstances de nature à faire dégénérer en faute l'exercice du droit d'agir en justice.

Il a été jugé que l'abus ne peut être caractérisé simplement par :

- la seule affirmation du caractère abusif de l'action (2e Civ. 19 mai 2016 n°15-17.408; 3e Civ., 12 octobre 2017, pourvoi n°16-20.773),
- le seul constat d'un éventuel préjudice subi par la partie adverse (3e Civ., 17 décembre 2002, n° 01-14.349)
- le caractère mal fondé d'une prétention (3e Civ., 27 avril 2000, n° 98-17.237)

De même, en l'absence d'indication plus précise, l'utilisation de «tous les moyens procéduraux pour retarder » l'exécution de ses obligations (3e Civ., 1er février 2000, n°97-15.530) ou la multiplication systématique des recours par le justiciable qui ne s'acquitte pas de ses obligations (2e Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 17-26.606) ne caractérisent pas l'abus.

Seule une faute caractérisée, dont l'existence ne saurait résulter du seul échec d'une procédure, peut faire dégénérer en abus l'exercice du droit d'agir en justice. (Civ. 1ère, 14 novembre 2013, pourvoi n°12-20.522).

En outre, notre Cour exerce à cet égard son contrôle de qualification sur la faute caractérisant l'abus de droit. (2e Civ., 27 mars 2014, pourvoi n° 13-15.117 ; Civ. 2, 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-16289, bull. n° 5 ; Civ. 3, 21 janvier 1998, pourvoi n° 95-19109, bull. n° 17.

S'agissant d'un contrôle léger, il n'y a pas de profil-type de comportement fautif. A titre d'exemples, on peut citer :

- Justifie sa décision d'accorder des dommages-intérêts pour procédure abusive, la cour d'appel qui caractérise la faute en relevant qu'une partie subit un harcèlement procédural révélant l'intention de lui nuire et en constatant qu'elle subit un préjudice résultant directement de l'attitude fautive de l'adversaire (3e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-14.298, Bull. 2011, III, n° 61)

- La cour d'appel a pu caractériser la faute faisant dégénérer en abus le droit d'ester en justice en retenant que l'utilisation frauduleuse de locaux pendant de longues années pour échapper à un statut légal est d'autant plus fautive qu'elle émane d'un ancien professionnel du droit et est, au surplus, génératrice d'un préjudice moral et financier pour les occupants des lieux mis dans l'obligation de se défendre face à des accusations farfelues. (3e Civ., 1 avril 2009, pourvoi n° 07-21.833, Bull. 2009, III, n° 74)

- La cour d'appel a pu décider que leur comportement caractérisait un abus de procédure en relevant que l'action en justice apparaissait uniquement dilatoire dès lors que, faisant l'objet d'une mesure d'expulsion exécutoire, les demandeurs se maintenaient abusivement dans les lieux, multipliant les procédures et s'abstenant de régler les indemnités d'occupation mises à leur charge (2e Civ., 19 décembre 2002, pourvoi n° 00-20.250, Bulletin civil 2002, II, n° 290)

- La cour d'appel a pu caractériser l'abus du droit d'agir en défense en retenant que le défendeur avait refusé d'exécuter les engagements transactionnels dont il avait reconnu la validité sous la plume de son conseil tout en percevant les produits financiers, ce qui avait obligé les demandeurs à agir en justice, et qu'elle avait interjeté appel de la décision de première instance pour présenter à nouveau devant la cour des prétentions et arguments dont elle ne pouvait ignorer qu'ils étaient confus et contournés (3e Civ., 14 mai 2020, pourvoi n° 19-13.785)

En revanche,

- il a été décidé que, lorsqu'une partie qui a succombé en première instance exerce une voie de recours, l'abus n'est pas caractérisé par le seul fait qu'elle ait fait valoir en appel les mêmes moyens que ceux invoqués devant les premiers juges, quand bien même ceux-ci les auraient rejetés par des motifs explicites (1re Civ., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-24.248, Bull. 2016, I, n° 221).

- De même, le sens des motivations des décisions déjà rendues par les juridictions saisies par le demandeur et l'absence de moyens nouveaux invoqués ne caractérisaient pas l'abus du droit d'agir en justice (Civ. 2, 7 février 2019, pourvoi n° 18-11719).

- Sont également impropres à caractériser une faute dans l'exercice du droit d'agir en justice les motifs retenant que l'attitude d'une partie doit être sanctionnée (Com, 18 mars 2014, pourvoi n° 12-35001) ou que la preuve de son attitude dilatoire, par une opposition systématique, est rapportée, y compris sur l'application des décisions judiciaires (Civ. 2, 28 septembre 2017, pourvoi n° 16-23538)

5.3.2 L'analyse du moyen et des motifs de l'arrêt

Pour caractériser un comportement procédural abusif, la cour d'appel a retenu, par motifs propres et adoptés,

- que le litige était dénué d'ambiguïté dans la détermination du lien de causalité entre le fait générateur de l'incendie et le préjudice, caractérisée dès le stade de l'expertise

amiable, confirmée par l'expert judiciaire, alors que M. et Mme [O] avaient accepté le chiffrage proposé par l'expert de la société Axa ;

- que celle-ci, prenant la direction du procès, a poursuivi en appel une réformation d'une décision parfaitement motivée en excipant des jurisprudences anciennes ou contraires à ce qu'elle avait elle-même soutenu dans des instances précédentes, alors qu'elle est dotée de services juridiques et de conseils particulièrement aptes à apprécier la probabilité de succès ou d'échec d'une voie de recours, de sorte qu'elle a retardé, en faisant appel d'un jugement non assorti de l'exécution provisoire, l'indemnisation légitime de M. et Mme [O] et de leur assureur.

Le MA se prévaut de la cassation par voie de conséquence en cas de cassation de l'arrêt sur l'un des trois premiers moyens . Il est fait grief à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs impropres à caractériser un abus de droit d'agir en justice.

Le MD souligne le caractère circonstancié de la motivation de la cour d'appel.

Il conviendra de dire si la motivation de la cour d'appel encourt le grief de ce moyen.