

### Recours entre constructeurs : la nouvelle donne



**Au lendemain de la décision consacrant l'application de la prescription quinquennale de droit commun au recours exercé par un maître d'œuvre contre un locateur d'ouvrage (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2020, n° 18-25915, PB. – Dans le même sens, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2020, n° 19-21502, NPB), on pouvait espérer que la question des délais des recours entre constructeurs ne ferait plus débat. Il n'en fût rien. Le choix opéré concernant le point de départ du délai de l'article 2224 du Code civil a immédiatement suscité de nombreuses critiques doctrinales et des variations devant les juridictions du fond, auxquelles la troisième chambre civile de la Cour de cassation entend mettre un terme dans un arrêt de revirement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2022, n° 21-21305, PB).**

A propos du point de départ de la prescription quinquennale, l'article 2224 du Code civil évoque le « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant d'exercer son action. Sur cette base instable dont le principal mérite est de permettre une analyse empirique et l'adaptation à des contextes à géométrie variable, la 3<sup>e</sup> chambre civile a d'abord fixé le point de départ du délai des recours entre constructeurs au jour de « l'assignation en référé-expertise délivrée par le maître de l'ouvrage » à l'auteur du recours, qui « met en cause la responsabilité de ce dernier » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2020, n° 18-25915, PB). La formule n'est pas idéale dans la mesure où la demande de nomination d'un expert n'emporte pas réellement mise en cause de la responsabilité des constructeurs. Il s'agit de faire la lumière sur des faits de nature à justifier une action en responsabilité contre le constructeur qui, à ce stade, reste hypothétique. Quoi qu'il en soit, un nouvel arrêt a très nettement confirmé que « l'assignation en référé-expertise délivrée par le maître de l'ouvrage à un constructeur met en cause la responsabilité de celui-ci et constitue le point de départ du délai de ses actions récursoires contre un sous-traitant ou les autres constructeurs » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2020, n° 19-13131, NPB). Cette orientation révéla une divergence d'orientations entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives selon lesquelles « une demande en référé-expertise introduite par le maître d'ouvrage sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative ne peut être regardée comme constituant, à elle seule, une recherche de responsabilité des constructeurs par le maître d'ouvrage » (CAA Douai, 3<sup>e</sup> chambre, 13 juin 2019, n° 16DA00920, 16DA01065, 16DA01085. – Dans le même sens implicitement, V. CAA Nantes, 4<sup>e</sup> chambre, 18 déc. 2020, n° 19NT02733).

A l'appui du choix consistant à faire courir la prescription quinquennale dès la date de l'assignation en référé-expertise délivrée par le maître d'ouvrage à l'auteur du recours plutôt que du jour de la notification de la requête au fond, certaines juridictions du fond faisaient valoir que la demande de nomination d'un expert « permet au constructeur amené à participer aux opérations d'expertise (et/ou à son assureur) de savoir que sa responsabilité est potentiellement recherchée et qu'il est de son intérêt d'organiser ses recours en garantie (...) » (TJ Paris, 6<sup>e</sup> chambre, 16 oct. 2020, n° 16/13302). Nul doute que le constructeur, dès lors qu'il est assigné en référé expertise, doit s'inquiéter d'une éventuelle mise en jeu de sa responsabilité. C'est à ce titre que l'assignation en référé expertise suffirait à établir la connaissance des faits permettant l'exercice des recours. Une telle analyse semblait de bon sens et respectueuse de l'adage *contra non valentem* dont procèdent les dispositions de l'article 2224 du Code civil. Mais elle avait pour inévitable effet de multiplier les instances préventives alors que le pire, en l'occurrence l'assignation au fond du constructeur et le recours contre les autres acteurs du chantier qui en résulterait, n'est jamais certain.

Si une très grande majorité de cours d'appel a fait application de la solution adoptée par la Haute juridiction, des tribunaux judiciaires, en particulier les juges de la mise en état, soutenus par une doctrine majoritaire, ont marqué leur nette opposition au choix de fixer le point de départ du délai des recours entre constructeurs au jour de l'assignation en référé-expertise. Une ordonnance du Tribunal judiciaire de Bordeaux mentionnait notamment : « ainsi que l'a jugé le conseil d'Etat, (CE, 10 févr. 2017, Société Campenon Bernard Côte d'Azur et Société Fayat Bâtiment, n° 391722), l'action en référé expertise n'ayant pas pour suite nécessaire une action indemnitaire, les constructeurs assignés en référé ne seront pas nécessairement soumis à une action ultérieure tendant au paiement de dommages-intérêts en réparation des désordres ; elle ne paraît donc pas suffisante pour caractériser un intérêt certain à agir en garantie contre d'autres constructeurs. (...) Cette assignation informe seulement le constructeur que sa responsabilité pourra ultérieurement et seulement de manière éventuelle être recherchée, sans aucune certitude que le maître d'ouvrage engage une quelconque action indemnitaire à son encontre. Seule l'assignation au fond permettra de connaître le principe, la motivation et surtout le montant de ses prétentions. La solution contraire conduit les constructeurs, indépendamment de tout intérêt né, actuel et certain, à exercer leurs recours de manière préventive dans ce délai de cinq ans à compter de la demande en référé alors que le maître de l'ouvrage dispose à leur égard d'un délai de dix ans qui a recommencé à courir à compter du prononcé de l'ordonnance de référé ordonnant cette mesure d'instruction avant tout procès, lequel pourra au demeurant n'être jamais introduit. (...) Au surplus, il n'existe aucun motif légitime justifiant de manière proportionnée l'obligation d'introduire cette action récursoire au fond avant même toute réclamation chiffrée au fond du maître de l'ouvrage ou à tout le moins avant la fin de l'expertise » (TJ Bordeaux, ord. 8 sept. 2021, n° 20/04393. – Dans le même sens, V. TJ Thonon-Les-Bains, ord. 29 mars 2022, n° 20/00897).

C'est en l'état de ces variations jurisprudentielles que la troisième chambre civile de la Cour de cassation opère un revirement de nature à mettre fin au débat. Au visa des articles 2219 et 2224 du Code civil, ainsi que de l'article L. 110-4, I, du Code de commerce, elle propose une motivation intégrant une considération pratique et une analyse juridique.

Sur le premier point, elle constate que la multiplication des recours préventifs engendrée par la solution qu'elle retenait jusqu'alors nuit à « une bonne administration de la justice ».

Sur le second, elle énonce que : « le constructeur ne pouvant agir en garantie avant d'être lui-même assigné aux fins de paiement ou d'exécution de l'obligation en nature, il ne peut être considéré comme inactif, pour l'application de la prescription extinctive, avant l'introduction de ces demandes principales. Dès lors, l'assignation, si elle n'est pas accompagnée d'une demande de reconnaissance d'un droit, ne serait-ce que par provision, ne peut faire courir la prescription de l'action du constructeur tendant à être garanti de condamnations en nature ou par équivalent ou à obtenir le remboursement de sommes mises à sa charge en vertu de condamnations ultérieures ».

Enfin, la Haute juridiction indique que « la jurisprudence nouvelle s'applique à l'instance en cours », dans la mesure où elle « ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique (du défendeur) tout en préservant le droit d'accès au juge (des demandeurs) ».

Si la forclusion décennale de l'action exercée par le maître de l'ouvrage (C. civ., art. 1792-4-1 et 1792-4-3) et la mise en œuvre du délai butoir de vingt ans (C. civ., art. 2232) évitent de différer à l'excès l'exercice des recours (en ce sens, V. Lettre de la troisième chambre civile n° 9, déc. 2022, p. 5), on aurait pu envisager de fixer le point de départ du délai quinquennal au jour du dépôt du rapport d'expertise constatant l'imputabilité du désordre au constructeur (CA Aix-en-Provence, 24 juin 2021, n° 18/13165. – CA Poitiers, 16 nov. 2021, n° 19/03932. – CA Toulouse, 12 sept. 2022, n° 19/05448). C'est en effet à cette date que le constructeur a, en réalité, la certitude ou la quasi-certitude que le propriétaire de l'ouvrage lui demandera réparation. Il connaît dès lors le « fait » qui, au sens de l'article 2224 du Code civil, lui permet de d'apprécier l'opportunité d'un éventuel recours contre un autre acteur de la construction. La chambre commerciale de la Cour de cassation fait d'ailleurs prévaloir ce point de départ dans le cadre des actions et recours exercés sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle de droit commun (Cass. com., 6 juill. 2022, n° 20-15190, NPB. – Cass. com., 12 oct. 2022, n° 21-13292, NPB). Il reste que la solution retenue par la troisième chambre civile a le mérite, immense pour les praticiens, de mettre fin à la multiplication des recours préventifs et des sursis à statuer.

### **Garantie décennale – Bénéficiaire – Usufruitier (non) – Responsabilité de droit commun – Bénéficiaire – Usufruitier (oui) : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2022, n° 21-23505, PB**

En disposant que « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage (...)* », l'article 1792 du Code civil réserve le bénéfice de l'action en responsabilité décennale au propriétaire de l'ouvrage. Les titulaires d'un simple droit de jouissance sont ainsi privés du bénéfice de l'action en responsabilité décennale, quand bien même ils ont conclu un contrat de louage d'ouvrage aux fins de réaliser des travaux sur l'immeuble qu'ils occupent. La Cour de cassation a très explicitement jugé que « *le locataire, qui n'est titulaire que d'un simple droit de jouissance sur l'ouvrage dont il n'a pas la propriété, ne peut se prévaloir de la qualité de maître de l'ouvrage et ne dispose donc pas de l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage et non à sa jouissance* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-14714, PB). Dans l'hypothèse où une société a donné à bail à une autre société un local « *murs nus* », le locataire qui aménage l'immeuble à ses frais exclusifs dans le cadre d'un contrat conclu avec un entrepreneur, n'est donc « *pas recevable à agir contre le locateur d'ouvrage en responsabilité décennale* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 oct. 2012, n° 11-18850 et 11-19650, NPB).

Quid en cas de démembrement du droit de propriété ?

Le preneur à bail à construction est titulaire d'un droit réel immobilier de jouissance sur le terrain objet du bail (CCH, art. L. 251-3), mais bénéficie de la garantie décennale en qualité de propriétaire temporaire du bâtiment qu'il a fait édifier (CCH, art. L. 251-2) et sur lequel il a réalisé des constructions de grande ampleur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 oct. 2014, n° 13-19448). Concernant la faculté d'agir de l'emphytéote, il semble possible de raisonner par analogie avec le régime applicable au preneur à bail à construction. Selon l'article L. 451-10 du Code rural, le preneur « *profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose* ». Sauf clause contraire stipulée dans le contrat (C. rur., art. L. 451-3, al. 2), il en résulte qu'il est titulaire d'un droit de superficie temporaire, véritable droit de propriété immobilière sur les améliorations, constructions et autres plantations dont il est l'auteur. Ce droit s'ajoute, à titre d'accessoire, au droit réel de jouissance portant sur l'immeuble objet du bail. Le droit de propriété temporaire sur l'installation qu'il a réalisée, telle l'adjonction de modules photovoltaïques en toiture d'un bâtiment agricole, pourrait permettre à l'emphytéote de revendiquer le bénéfice de la garantie décennale en cas de désordres affectant l'installation elle-même. En revanche, le simple droit réel immobilier de jouissance dont il est titulaire sur les bâtiments agricoles ne devrait pas l'autoriser à se prévaloir de cette garantie afin d'obtenir réparation des désordres affectant l'existant. Dans les rapports entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur, l'action en responsabilité décennale est réservée au crédit-bailleur tant que le crédit-preneur n'a pas utilisé sa faculté d'acquisition (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 févr. 2003, n° 01-13579. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mai 1999, n° 97-19599). Seule une clause dérogatoire stipulée dans le contrat de crédit-bail autorise le crédit-preneur, avant transfert de la propriété du bien, à exercer une action en réparation sur le fondement de l'article 1792 du Code civil (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 2002, n° 01-01783, PB). Elle peut prendre la forme d'un mandat, qui confère au crédit-preneur la faculté d'agir contre les constructeurs au nom et pour le compte du crédit-bailleur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2011, n° 10-30189. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 déc. 2012, n° 11-27593).

A propos de l'usufruit, l'article 578 du Code civil prévoit que l'usufruitier est titulaire d'un droit d'usage (*usus*) et de jouissance (*fructus*), tandis que le nu-propriétaire conserve la faculté de disposer de l'immeuble qui en est l'objet (*abusus*). La garantie décennale étant attachée à la propriété de l'ouvrage, le droit de jouissance de l'usufruitier ne saurait lui conférer le bénéfice de l'action fondée sur l'article 1792 du Code civil. Seul un mandat, dont la forme et l'étendue ne sont pas précisées mais qui s'apparente vraisemblablement à celui susceptible d'être stipulé dans un contrat de crédit-bail, pourrait lui permettre de demander réparation sur le terrain de la responsabilité spécifique. En l'absence de mandat, seul le nu-propriétaire paraît disposer de la faculté d'agir, alors même qu'il a la qualité de tiers au contrat de louage d'ouvrage conclu entre l'usufruitier et le constructeur. Par le passé, à propos d'immeubles de rapport édifiés à l'initiative d'un usufruitier, la Cour de cassation a pourtant considéré que l'accession n'opérait pas « *immédiatement au profit du nu-propriétaire* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-15460). La formule proposée suggère que le nu-propriétaire n'a pas qualité pour agir au titre de la garantie décennale. Mais elle ne signifie pas que l'accession opère dans un premier temps au profit de l'usufruitier. Ainsi, la troisième chambre civile, qui entend vraisemblablement ne pas heurter l'interprétation usuelle des dispositions de l'article 1792 du Code civil, prive l'usufruitier du bénéfice de la garantie décennale en qualité de titulaire d'un simple droit de jouissance. La solution qu'elle adopte est conforme à la lettre de l'article 578. L'usufruitier a, en revanche, qualité pour agir « *sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, en réparation des dommages que lui cause la mauvaise exécution des contrats qu'il a conclus pour la construction de l'ouvrage, y compris les dommages affectant l'ouvrage* ». La perspective offerte est toutefois moins attractive dans la mesure où le demandeur, qui doit apporter la preuve d'une faute du constructeur, est privé du bénéfice de l'assurance obligatoire de responsabilité décennale souscrite par ce dernier.

AUTEURS

Sabine BERTOLASO & Emmanuelle MENARD