

## Consécration de l'autonomie de la faute dolosive : changement de cap en assurance RC des constructeurs



**Saisie de la question de la définition de la faute intentionnelle ou dolosive que l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances exclut de la garantie, la troisième chambre civile, après avoir longtemps fait prévaloir une conception unitaire et restrictive conduisant à ne retenir l'exclusion qu'en cas de « *volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 juin 2017, n° 16-14264, NPB. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2019, n° 18-21679 et 18-22915, NPB), emprunte désormais la même voie que la deuxième chambre civile en envisageant les deux fautes distinctement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mars 2023, n° 21-21084, PB). Cette évolution pourrait impacter significativement le contentieux sur le terrain de l'assurance de responsabilité des constructeurs.**

Depuis quelques années, la deuxième chambre civile admet que la faute intentionnelle « *implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu* » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2020, n° 18-18909, NPB), tandis que la faute dolosive « *s'entend d'un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables* » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2022, n° 20-13245, PB).

La troisième chambre civile a quant à elle procédé en deux temps.

Dans un premier temps, elle a allégé les conditions de la non-garantie, en n'exigeant pas de l'assuré qu'il ait eu conscience de l'existence d'un risque certain de dommage, c'est-à-dire d'un risque dont la réalisation ne fait aucun doute. Pour libérer l'assureur de son obligation d'indemniser sans pour autant donner de la faute dolosive une définition empruntée à la jurisprudence de la deuxième chambre civile, elle s'est contentée de la preuve que le constructeur assuré, en toute connaissance de cause, avait fait courir au maître de l'ouvrage un risque de dommage dont la probabilité était très élevée. Tel fut le cas dans des circonstances où un architecte s'était délibérément affranchi des prescriptions d'un permis de construire et où il était observé que la démolition des travaux était la conséquence de leur illégalité (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 juin 2021, n° 20-10774, NPB).

Dans un second temps, elle fait sienne la définition de la faute dolosive retenue par la deuxième chambre civile dans la décision du 20 janvier 2022 (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2022, préc.), à laquelle elle se réfère expressément. Ce changement de cap appelle trois remarques, lesquelles révèlent des effets qui ne sont pas négligeables d'un point de vue pratique.

Certes la solution adoptée ne résout pas la problématique de la double définition de la faute dolosive selon que l'on se place sur le terrain de la responsabilité des constructeurs ou sur celui de l'assurance construction. Les éléments constitutifs de la faute dolosive du constructeur continuent à différer légèrement selon que ce dernier est pris en qualité de responsable (C. civ., art. 1231-1) ou d'assuré (C. ass., art. L. 113-1, al. 2). Dans le premier cas de figure, la faute dolosive suppose une violation délibérée, par dissimulation ou par fraude, même sans intention de nuire, de ses obligations contractuelles (en dernier lieu, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juill. 2018, n° 17-2062, *NPB*). Dans le second cas de figure, il convient en outre d'établir que le constructeur avait conscience du caractère inéluctable des conséquences dommageables de son comportement délibéré.

Mais sur le terrain de la preuve de la réunion des conditions de l'exclusion légale de garantie, l'évolution est beaucoup plus nette. En effet, la charge de la preuve est particulièrement modérée dans la mesure où le constructeur est un professionnel. Or les professionnels sont présumés connaître les risques attachés à l'exercice de leur activité (en ce sens, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2022, n° 21-16408, *NPB*). Et puisque dans la connaissance, paraît indubitablement se loger la conscience, l'assureur de responsabilité d'un constructeur aura beau jeu d'opposer à son assuré qui n'a pas respecté les règles de l'art sa qualité de professionnel et de faire valoir que puisqu'il connaissait les risques inhérents à l'activité qu'il exerce dans sa sphère de compétence, il ne pouvait pas ne pas avoir conscience de l'inéluctabilité des conséquences dommageables qu'elle emportait. Les assureurs construction pourraient ainsi trouver dans l'autonomisation de la faute dolosive une arme assez puissante pour opposer au demandeur l'exclusion de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances dès lors que l'assuré a manqué aux règles de l'art.

En assurance de responsabilité décennale, se posera enfin la question de l'articulation de l'exclusion légale de la faute dolosive, opposable au propriétaire de l'ouvrage conformément aux dispositions de l'article L. 112-6 du Code des assurances et de la déchéance de garantie pour inobservation inexcusable des règles de l'art, inopposable « aux bénéficiaires de l'indemnité » (C. ass., art. A. 243-1, ann. I). La déchéance est subordonnée à la prévisibilité des désordres pour l'assuré qui a « *sciemment pris le risque de leur survenance* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juin 2004, n° 03-11132, *NPB*). Les conditions de la déchéance sont ainsi très proches de celles de l'exclusion justifiée par une faute dolosive, car cette dernière prend aujourd'hui à bien des égards les traits de la faute inexcusable. Dans ce contexte et sauf à ce que la troisième chambre civile apporte des précisions de nature à marquer plus nettement la distinction entre la faute dolosive et l'inobservation inexcusable des règles de l'art, l'assureur qui veut échapper à la garantie aura tout intérêt à privilégier l'exclusion. En cas de réclamation du propriétaire de l'ouvrage, il pourra en effet tirer parti de la règle de l'opposabilité des exceptions.

## ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

### **Assurance RC – Clauses relatives à l'activité garantie – Qualification et interprétation : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2023, n° 21-23375, *NPB* et Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mars 2023, n° 22-12320, *NPB***

Depuis longtemps, la Cour de cassation considère que si l'activité exercée sur le chantier diffère de celle décrite dans la police, l'assureur peut refuser d'indemniser au motif que la prestation réalisée n'entre pas dans l'objet de la garantie (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juill. 2011, n° 10-19928, *NPB*. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 2016, n° 14-15620, *NPB*). De cette solution jurisprudentielle constante, il paraît clairement ressortir que les clauses qui désignent l'activité couverte participent à la définition de l'objet de la garantie. L'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2023 le confirme, en écartant la qualification de clause d'exclusion au profit de celle de clause apportant « *une précision de la définition de l'objet du risque assuré* ». En l'espèce, dans les conditions particulières d'une police souscrite par une société intervenant en qualité de sous-traitante dans le cadre d'une opération de conception, construction et maintenance d'une centrale photovoltaïque en toiture d'un bâtiment industriel, figurait une clause mentionnant : « *l'activité comprend l'intégration de panneaux photovoltaïques en couverture, les branchements électriques ainsi que le raccordement au réseau public. Les installations concernées sont limitées à des surfaces maximum de 60 m<sup>2</sup> par installation et doivent être réalisées avec des systèmes bénéficiant d'un Avis Technique ou d'un Pass Innovation « vert » délivré par le CSTB* ». Cette clause, dans la mesure où elle ne désigne pas une circonstance particulière de la réalisation du risque, ne stipule pas une exclusion (sur ce trait caractéristique de l'exclusion, V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 mars 2022, n° 20-17662, *NPB*), mais une exigence s'inscrivant dans la durée du contrat et relative à l'objet du risque assuré. Le fait que la société sous-traitante ait participé à la construction d'une centrale photovoltaïque dont la surface dépasse 60 m<sup>2</sup> suffit à faire échec à la réclamation formée par le maître de l'ouvrage (dans le même sens, V. déjà, à propos d'un constructeur qui avait participé à un chantier de 150 m<sup>2</sup> après avoir déclaré une activité d'étanchéité pour des chantiers de 30 m<sup>2</sup>, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 déc. 2016, n° 15-25903, *NPB*).

L'arrêt du 30 mars évoque lui aussi l'étendue de l'activité garantie. Mais il est surtout riche d'enseignement en ce qu'il apporte d'utiles précisions relatives au critère de distinction de l'activité principale et de l'activité accessoire telles que visées dans les conditions particulières de la police d'assurance RC décennale obligatoire souscrite par un constructeur chargé du lot « *couverture-zinguerie* » sur le chantier de construction d'une maison. Etaient garantis les « *travaux courants de couverture* » intégrant des « *travaux accessoires ou complémentaires d'étanchéité de technicité courante* » à la condition que les feutres bitumés ou chapes souples mise en œuvre soient collés pour la

mise hors d'eau des bâtiments « *limités à 150 m2 par chantier* ». Or « *les travaux exécutés (...) ne consistaient pas en des travaux de couverture mais en des travaux d'étanchéité d'une toiture terrasse, activité distincte nécessitant des techniques et compétences spécifiques, peu important l'emploi de certains matériaux ou la pose de certains éléments accessoires non spécifiques* ». Autrement dit, contrairement à ce que laissait augurer l'intitulé du marché, l'activité principale du constructeur n'était pas une activité de « *couverture* » au sens des conditions particulières de la police, mais une activité d'étanchéité de toitures terrasses non déclarée. Le refus de garantie s'imposait, malgré les stipulations consacrant la couverture des travaux accessoires ou complémentaires d'étanchéité courante d'une surface maximale de 150 m2. Afin ne pas confondre l'activité principale et l'activité accessoire, la Cour de cassation utilise le critère des « *techniques et compétences spécifiques* », dont elle a déjà implicitement fait usage lorsqu'elle a été saisie de la question de la détermination des modalités d'exécution de l'activité déclarée. Quand un procédé particulier, dont la mise en œuvre nécessite par essence des techniques et compétences spécifiques, est nominativement désigné dans la police, il n'est pas compris comme « *une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée* », mais comme « *cette activité elle-même* » dont l'assuré doit impérativement respecter les éléments constitutifs sur le chantier (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2019, n° 17-31121, PB). Dans le même sens, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2020, n° 18-22108, PB). De la même manière, l'activité du constructeur n'est pas une activité accessoire de l'activité principale désignée dans la police lorsque son exercice nécessite des techniques et des compétences spécifiques. Elle est une activité autonome et distincte de l'activité déclarée.

**Assurance dommages-ouvrage – Assiette du recours subrogatoire : CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> chambres réunies, 12 avr. 2023, n° 463 881, Lebon T**

Le mécanisme de la subrogation joue un rôle fondamental dans la préservation de l'équilibre financier de l'assurance dommages-ouvrage, véritable assurance de préfinancement de la reprise des désordres les plus graves affectant un ouvrage. Il n'en demeure pas moins que le parcours de l'assureur dommages-ouvrage qui exerce un recours est un véritable parcours d'obstacles, dont certains ont heureusement été levés au fil du temps. En jugeant, par exception au principe de la prohibition des subrogations futures, que la recevabilité du recours subrogatoire est subordonnée au paiement de l'indemnité au jour où le juge statue au fond, la Cour de cassation a offert à l'assureur la possibilité d'agir au plus vite avant l'expiration du délai décennal, alors même qu'il n'a pas encore eu le temps matériel de procéder au paiement de l'indemnité (en dernier lieu, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janvier 2021, n° 19-21358, NPB). Elle admet aussi que le recours subrogatoire prospère quand le versement de l'indemnité procède de l'exécution d'une décision de justice (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 nov. 2021, n° 20-19182, PB). Pour autant, le succès du recours subrogatoire n'est bien sûr pas systématique. En effet, l'assureur subrogé ne saurait avoir davantage de droits que son assuré n'en a lui-même, de sorte qu'il a par exemple récemment été jugé que l'apparence du désordre à la réception sans réserve fait échec au recours exercé sur le fondement de l'article 1792 du Code civil (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2022, n° 21-15217, PB). Le principe selon lequel la subrogation a lieu dans la limite de la créance détenue par l'assuré contre le responsable a aussi une incidence sur le calcul de l'assiette du recours : l'assureur ne peut ainsi efficacement prétendre obtenir versement d'une somme supérieure à celle que l'assuré aurait pu réclamer au responsable (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 oct. 2014, n° 13-24420, PB), en particulier une somme supérieure à la valeur du préjudice subi (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 juin 2015, n° 14-10520, NPB). De la même manière, en cas de partage de responsabilité retenu par le juge en raison d'une faute de la victime, il ressort de la décision rendue par le Conseil d'Etat le 12 avril que la somme demandée au responsable ne saurait excéder la part contributive de ce dernier. La solution n'est pas nouvelle (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 1976, n° 74-11420, PB. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2021, n° 20-13692, PB). Le Conseil d'Etat emprunte une voie identique à celle choisie par la Cour de cassation, en posant, sur le double fondement des articles L. 121-12 du Code des assurances et 1346-4 du Code civil, le principe selon lequel « *la subrogation a lieu dans la mesure de ce qui a été payé et dans la limite de la créance détenue par l'assuré contre le responsable* » et en établissant, sur cette base, un *modus operandi* particulièrement clair. Ce *modus operandi* doit conduire le juge, une fois vérifiées les conditions de la responsabilité du défendeur et constaté un partage de responsabilité en raison d'une faute commise par l'assuré, à appliquer ce partage « *à l'assiette constituée par l'évaluation du préjudice subi par l'assuré et non au montant de l'indemnité versée par l'assureur à son assuré* ». Or à l'inverse, la cour administrative d'appel a affecté le coefficient de partage qu'elle retenait, au montant de l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage tel qu'il avait été fixé dans le cadre d'une transaction conclue avec le maître de l'ouvrage. Ce faisant, elle a commis une erreur de droit. En pratique, l'assureur dommages ouvrage ne saurait donc réclamer une somme dépassant le montant de l'indemnité versée à l'assuré, ni une somme excédant le montant de la part contributive du constructeur. En cas de responsabilité partagée, il en résulte que si le préjudice subi par le maître de l'ouvrage est évalué à 500 000 euros et si à l'issue d'une transaction conclue entre l'assureur et l'assuré, l'indemnité payée au titre de la garantie dommages ouvrage est égale à 250 000 euros, le recours subrogatoire de l'assureur peut être exercé à hauteur de 50 % de la valeur du préjudice (250 000 euros), sans que le défendeur puisse efficacement opposer une limite à 50 % du montant de l'indemnité (125 000 euros).

AUTEURS

Sabine BERTOLASO & Emmanuelle MENARD