



HAL
open science

Evaluation économique comparée de la responsabilité du constructeur

Pierre Kopp

► **To cite this version:**

Pierre Kopp. Evaluation économique comparée de la responsabilité du constructeur. Bertrand Du Marais. Agence de notation, immobilier et contrats publics. Contributions sur l'attractivité économique du droit, La Documentation Française, pp.113-163, 2007, Perspectives sur la justice. halshs-00263395

HAL Id: halshs-00263395

<https://shs.hal.science/halshs-00263395>

Submitted on 18 Mar 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**Évaluation économique comparée de la responsabilité du
constructeur.**

Sous la direction scientifique de

Pierre Kopp

EQUIPE

Pierre Kopp, Professeur Université Paris I- Panthéon Sorbonne

Philippe Frouté, Doctorant Paris I- Panthéon Sorbonne et
Programme doctoral ESSEC

Avec la collaboration de Yuval Bar Zemar, Linear City, Los Angeles

**"Etude réalisée avec le soutien du GIP
Mission de recherche"
Décembre 2006**

I – INTRODUCTION	4
1 – CONTEXTE	4
2 – PROBLÉMATIQUE	7
PARTIE II – CONVERGENCE DES SYTEMES DE RESPONSABILITÉ .	11
1 – RESPONSABILITÉ STRICTE <i>VERSUS</i> RESPONSABILITÉ POUR FAUTE	11
1. <i>Comportement ou risque</i>	11
2. <i>La responsabilité objective gagne du terrain</i> ...	12
2 – LES EFFETS INCITATIFS DES DIFFÉRENTES FORMES DE RESPONSABILITÉ CIVILE	13
1. <i>Comparaison des systèmes</i>	13
2. <i>Un problème plus complexe</i>	16
3 – LE CAS DES RELATIONS CONTRACTUELLES	18
1. <i>Introduction du contrat</i>	18
2. <i>Le choix de la règle de responsabilité</i>	19
3. <i>Que retenir de ces travaux sur la responsabilité des producteurs et prestataires de services ?</i>	20
4 – LA JURISPRUDENCE ADOPTE UN TRAITEMENT EXTENSIF DE LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DES CONSTRUCTEURS	23
1. <i>Évolution de la loi française</i>	23
2. <i>Tendances californiennes : multiplication des conflits</i>	28
3. <i>Changements du dispositif légal californien</i>	31
5 – LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ DES INTERVENANTS À L'ACTE DE CONSTRUIRE	34
1 . <i>Certains intervenants à l'acte de construire restent partiellement ou totalement en marge de ces garanties</i>	34

2 . <i>La responsabilité de plein droit ne concerne qu'une partie des sinistres</i>	37
PARTIE III – LE RÔLE DE L'ASSURANCE	38
1 – PRISE EN COMPTE DE L'ASSURANCE	38
1. <i>L'absence d'assurance</i>	39
2. <i>L'assurance pour tous</i>	39
2 – L'ASSURANCE OBLIGATOIRE À LA FRANÇAISE	41
1. <i>Dispositions communes aux assurances DO et de responsabilité</i>	41
2. <i>Afin de garantir l'indemnisation de la victime la jurisprudence a étendu le domaine de l'assurance obligatoire</i>	43
3 – L'ASSURANCE OBLIGATOIRE CONSERVE DES ASPECTS PEU FAVORABLES À LA VICTIME ET RESTE CONTENUE DANS DES LIMITES QUE L'ORDONNANCE DU 8 JUIN 2005 A TENTÉ DE REDÉFINIR.	44
1. <i>L'étendue de la réparation ne concerne strictement que l'ouvrage lui-même</i>	44
2. <i>L'ordonnance du 8 juin 2005 contribue à clarifier le domaine des assurances obligatoires</i> ..	46
4 – L'AUTO-ASSURANCE ET LE DÉFAUT D'ASSURANCE	48
IV – CONCLUSION	50
V – ANNEXE	54
VI – BIBLIOGRAPHIE	60

I — INTRODUCTION

1 — CONTEXTE

Dans le domaine de la construction, il n'existait pas d'assurances obligatoires en France avant la loi du 4 janvier 1978, les assurances étaient volontaires. Les entrepreneurs prudents assuraient leur responsabilité décennale, et les maîtres d'ouvrage professionnels, les promoteurs, contractaient une assurance de chose pour l'immeuble. Mais à supposer qu'il y ait eu assurance, la couverture était imparfaite. Seuls les architectes disposaient d'une assurance complète par leur mutuelle, et cette circonstance déformait l'application de la responsabilité, en amenant le maître d'ouvrage à rechercher prioritairement l'architecte, et les tribunaux à le condamner. L'assurance des entrepreneurs était souvent incomplète par suite d'exclusion, de plafonds, d'échéances et de franchises.

Le défaut majeur restait le manque d'articulation des diverses couvertures. L'assureur de chose du maître d'ouvrage attendait pour payer la recherche de responsabilité, à moins d'une clause dans la police l'obligeant à toute recherche de responsabilité, laquelle était relativement rare.

Les assureurs de responsabilité attendaient que soit fixée la part de la responsabilité imputable à leurs assurés. Cela retardait beaucoup les paiements, car on sait la longueur des procédures aboutissant à la répartition des responsabilités, avec leur lot d'expertises et leurs multiples acteurs. Le destinataire final du bâtiment devait attendre longtemps pour recevoir son indemnisation.

La loi du 4 janvier 1978 a opéré une réforme en profondeur de la responsabilité post-contractuelle des constructeurs. Notamment, le mot de responsabilité a été substitué à celui de garantie pour la décennale. L'assurance-construction a été rendue obligatoire. Une partie de la loi est donc passée dans le code des assurances. Les créanciers de la responsabilité sont, d'une part, le maître de l'ouvrage, d'autre part, les entrepreneurs, les architectes et les techniciens, réunis sous la dénomination

de constructeurs. Le créancier de la responsabilité post contractuelle des constructeurs est d'abord le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne pour le compte de qui l'immeuble est réalisé.

Le constructeur est responsable dix ans des dommages (et non plus des vices), ce qui souligne le caractère objectif de la responsabilité.

La responsabilité décennale est due cumulativement par une série de personnes. Le maître d'ouvrage peut choisir son responsable, ou les assigner tous solidairement, ou encore l'un d'entre eux. Si les condamnés sont assurés à la même compagnie, il n'y aura pas d'action récursoire, on ne se posera la question de savoir qui paiera en dernière instance que lorsque plusieurs assureurs entrent en jeu.

Les grandes lignes de la réforme sont donc assez claires. En instituant une assurance obligatoire, la loi du 4 janvier 1978 a institué une obligation d'assurance, non seulement de la responsabilité décennale des constructeurs, mais également des « dommages de l'ouvrage » couvrant le maître d'ouvrage et ses ayants cause, ce que l'on a appelé le système à double détente. Ce qui veut dire que l'assureur du maître d'ouvrage devra pré-financer la réparation du dommage, dans de très brefs délais, avant de rechercher la responsabilité. Ce système déplace le centre de gravité des litiges consécutifs à la construction. Ils opposaient antérieurement surtout le maître d'ouvrage (ou ses ayants droit les acheteurs) aux constructeurs responsables. Les premiers sont maintenant quasi certains d'être indemnisés, dans des brefs délais, par leur assureur et le litige pourra apparaître entre cet assureur et les assureurs des présumés responsables.

Le système français illustre donc un cas de responsabilité objective ou sans faute du constructeur couplé à une assurance obligatoire. Ce modèle est également celui vers lequel tend le système californien après un long processus d'ajustement.

Le droit californien a souvent été particulièrement novateur. Il est fortement marqué par une forte perméabilité aux enjeux économiques. Souvent, le droit californien a préfiguré les évolutions ultérieures du droit américain. La transformation récente du droit californien de la responsabilité immobilière s'explique sans doute par le nombre important de contentieux. Ce phénomène a été suffisamment inquiétant pour être souvent présenté comme

l'explication unique de la faiblesse du nombre de mise en chantier de *condominiums* depuis 1990¹.

L'argument central, avancé par les constructeurs, était que les propriétaires, souvent incités par les cabinets d'avocats, sont d'autant plus enclins à leur remplir une procuration pour engager une action en responsabilité que les firmes juridiques se rémunèrent au pourcentage. Ainsi, un an avant l'expiration de la responsabilité (généralement décennale), les cabinets d'avocats proposaient aux associations de propriétaires la possibilité, en cas de succès, de refinancer les propriétaires pour un coût nul. Dans la majorité des cas, les constructeurs affirment que les défauts mis en avant pour engager des poursuites ne sont pas réels ou n'auraient qu'un impact minime sur la qualité du logement. Pourtant, les jugements favorables aux propriétaires ont déclenché une augmentation du prix des assurances et ont rendu la construction de *condominiums* peu rentable. Les constructeurs ont donc longtemps réclamé un changement de la loi afin de diminuer la capacité des propriétaires à engager des poursuites judiciaires.

Les avocats des propriétaires considéraient, *a contrario*, que les poursuites étaient fondées. Ils faisaient valoir que le nombre important de mauvaises constructions tenait probablement plus au *boom* de la construction des années quatre-vingt qui a déclenché l'arrivée sur le marché de la construction de constructeurs peu expérimentés et diminué la qualité moyenne de la construction qu'à l'amour du contentieux injustifié. Les avocats affirmaient que l'accent devait plutôt être mis sur le contrôle de la qualité et non sur la réduction de la responsabilité, comme le réclamaient les constructeurs.

Le droit californien a été marqué par une réforme récente qui tend à le placer sous un régime de responsabilité stricte. Toutefois, il subsiste encore des éléments inspirés de la responsabilité pour faute, puisque le propriétaire doit prouver que son bien a subi des dommages qui ne lui permettent plus de satisfaire aux « standards habituels » requis pour un logement. On observera qu'ici, contrairement à la procédure française qui prévoit une expertise par la compagnie d'assurance afin de déterminer le coût de la réparation et sa répartition entre les parties, l'expertise est faite par un constructeur indépendant qui ne se prononce pas sur le montant des réparations mais sur

¹ Le terme *condominium* désigne en américain des constructions destinées à une famille (*single family unit*) ou à plusieurs (*multi family unit*).

le fait que le logement est effectivement dégradé par le sinistre.

Après les changements de la dernière décennie, les droits californien et français convergent vers un système de responsabilité stricte mais, et c'est cela qui est intéressant, il apparaît qu'en la matière le droit français fait largement figure de précurseur.

Le droit de la construction comprend généralement un volet qui fixe les règles de responsabilité et un volet consacré à l'assurance. L'assurance est obligatoire aux États-Unis comme en France. Dans les deux pays, les assureurs tentent de répercuter l'augmentation du coût du risque sur les primes, mais le système californien prévoit un dispositif original de « *pooling* »² des risques. En autorisant les constructeurs à s'assurer eux-mêmes, il leur permet de sélectionner les bons risques et d'éviter les mauvais risques. Fournir une assurance à tous les constructeurs demeure dans les deux environnements une préoccupation importante. Ainsi, autant les systèmes de responsabilité convergent, autant la partie assurantielle reste marquée par des différences notables sur les rives de l'Atlantique et celles du Pacifique.

2 — PROBLÉMATIQUE

Le présent rapport compare les deux systèmes d'assurance dommage dans la construction, respectivement aux États-Unis et en France. La thèse défendue consiste à montrer que les deux systèmes ont convergé vers un système de responsabilité sans faute. Le modèle français a depuis longtemps adopté la responsabilité objective tandis que les États-Unis ont été plus long à l'adopter. En France comme aux États-Unis, la responsabilité se double d'un système d'assurance. Sans assurance, la responsabilité bute sur l'insolvabilité des constructeurs. L'introduction de l'assurance introduit en revanche, un problème d'aléa moral. Quel intérêt le constructeur peut avoir à construire

² Le *pooling* notamment dans les OCIP réside dans le fait que l'assurance regroupe l'ensemble des intervenants du projet (le *pooling* des risques concerne un seul projet). A ne pas confondre avec la conception classique de l'économie de l'assurance où une compagnie d'assurance peut assurer ses clients grâce aux primes de chacun ; comme ils ne font pas tous faillite, elle peut couvrir le risque de défaut (il y a *pooling* de plusieurs projets). Le *pooling* des risques signifie ici que la compagnie assure l'ensemble des risques de ses clients.

avec soin si sa prime d'assurance reflète le taux moyen de sinistre du secteur et non pas le sien propre ?

Le système californien favorise l'individualisation de la prime en prévoyant des possibilités d'auto-assurance où un groupe de constructeurs qui s'auto-sélectionne sur la base de leurs bonnes pratiques met en place son propre dispositif d'assurance. Ainsi, il est censé bénéficier au mieux de sa faible propension au sinistre.

En France, l'assurance mutualise largement le risque. Les bons constructeurs sont mal récompensés mais tout le monde trouve une assurance à un coût d'autant plus raisonnable que le législateur a institué le Bureau central des tarifications qui peut forcer un assureur à assurer à un tarif raisonnable un client qu'il avait refusé.

D'un point de vue théorique, comparer des systèmes légaux s'inscrit dans une perspective récemment renouvelée par les travaux de Rafael La Porta, Florencio Lopes-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny (LLSV par la suite). Ces derniers ont réalisé toute une série de travaux portant sur l'influence des origines légales sur le développement économique (LLSV, 1997, 1998, 1999a, 1999b, 2000, on pourra également consulter Glaeser et Vishny, 2002). L'originalité de ces travaux est qu'ils proposent des tests empiriques à grande échelle des hypothèses traditionnelles de la théorie néo-institutionnaliste. Le raisonnement repose sur les liens établis entre le respect des droits de propriété, l'intégrité des contrats et la sécurité des transactions qui influencent les modes de financement de l'économie qui conditionnent à leur tour l'investissement et in fine la croissance.

LLSV établissent l'existence de fortes corrélations entre les origines légales qu'ils ont identifiées (*common law*, droit civils de tradition scandinave, germanique ou française et droit des anciens pays socialistes) et la qualité des institutions protégeant les investisseurs. Par conséquent, les auteurs peuvent démontrer l'existence d'un lien entre les performances économiques d'un pays et l'origine légale de son système juridique.

D'une manière générale, LLSV mettent en évidence l'existence d'une relation significative entre le système de *common law*, en tant qu'origine du système légal d'un pays et les performances économiques enregistrées par ce dernier. La tentation est grande de recourir à un argument évolutionnaire fonctionnaliste en préconisant l'adoption de mesures permettant de se rapprocher de la *common law* lorsque l'on songe à effectuer des réformes judiciaires.

C'est pourquoi, les travaux de LLSV ont suscité de nombreuses critiques.

Une première série de critiques concernent la nature même de leur étude. Si les auteurs utilisent une donnée de type historique, l'origine légale d'un système juridique, en soi, leur approche est néanmoins profondément a-historique. Ainsi, la variable « *legal origin* » est doublement figée : spécifique à un pays, elle est figée sur un plan géographique, invariante avec le temps, elle l'est également sur le plan historique. Ces deux propriétés sont nécessaires pour que cette variable puisse avoir des effets permanents sur les institutions et les performances économiques. Cependant, certains travaux (Sgard, 2006) montrent que ceci est principalement le résultat de problèmes de nature purement économétrique. En effet, ces propriétés permettent essentiellement de traiter d'un problème d'endogénéité de la relation étudiée. LLSV considèrent que les institutions influencent le développement économique. Cependant, rien n'interdit que le développement ne contribue pas lui-même à façonner les institutions. La variable légale ne posséderait alors plus d'effet permanent et les travaux de LLSV seraient remis en cause. C'est d'ailleurs, ce que nous montrons dans le cas de la construction, où il apparaît que les pratiques du secteur affectent le design juridique et pas seulement le contraire.

En outre l'approche de LLSV est partielle. Il peut exister des variables dites cachées comme l'impact d'autres secteurs institutionnels, à l'exemple du développement du secteur éducatif, qui pourraient mieux rendre compte des différences de performances économiques observées. D'autre part, si l'on quitte l'approche partielle rien ne garantit l'absence de complémentarités institutionnelles (Aoki, 1994). La relation entre « *common law* » et performance économique pourrait dépendre de la présence d'autres institutions comme le recours majoritaire à un financement direct passant par les marchés financiers (Amable, 2005). Dans ce sens, la variable origine légale ne posséderait qu'un pouvoir explicatif limité. D'autre part, elle ne garantirait pas, à elle seule, la performance économique, ce qui ouvre la voie à d'autres modèles de développement, notamment en recourant à des instruments légaux issus d'autres familles juridiques.

Les travaux de LLSV sont à l'origine des rapports « *Doing business* » qui classent les pays selon les caractéristiques des systèmes légaux, et notamment le nombre de procédures. Comparer des pays à l'aide d'indicateurs, suppose que le nombre « théorique » de conflits est posé comme

identique dans tous les pays et que les différences observées sont dues au design juridique. Outre le caractère très discutable d'une telle méthode, il n'existe pas d'indicateur spécifique de la conflictualité dans le secteur de l'immobilier, nous devons nous contenter d'examiner l'indicateur « Dealing with licensing » des rapports « *Doing Business* », ce qui nous conduit à plusieurs remarques. Cet indicateur est un indicateur composite constitué de trois sous-indicateurs qui sont : le nombre de procédures, leur durée totale, mesurée en nombre de jours et leur coût mesuré en pourcentage du revenu national par habitant. Les données sont issues de questionnaires envoyés aux correspondants de la SFI pour la construction d'un entrepôt. Il s'agit donc d'un cas fictif. La compagnie Builco, SARL opérant dans la ville la plus peuplée du pays, qui est la propriété de 5 propriétaires, tous personnes physiques, opère dans le secteur de la construction. Elle souhaite construire un entrepôt de 2 niveaux de 3 mètres de haut chacun pour une surface de 1300,6m² dans l'aire périurbaine de la ville la plus peuplée du pays. Le terrain, possédé par Builco, possède une surface de 925 m². Le questionnaire est destiné à évaluer le nombre de procédures (relation avec des parties externes : notaires, inspection etc.) nécessaires à la construction dudit entrepôt jusqu'à ce qu'il soit opérationnel, la durée totale (évaluée en jours) et leur coût total (en % du revenu par habitant).

Pour la France, en 2007, le nombre de procédures a été estimé à 10, la durée à 155 jours, le coût total à 75 % du revenu par habitant (26107,5\$). La France se classe au 26ème rang. Pour les Etats-Unis, le nombre de procédures a été estimé à 18, la durée à 69 jours, le coût à 16 % du revenu national par habitant (69984\$). Les Etats-Unis se classe au 22ème rang. Pour mémoire, en 2006, les résultats étaient les suivants Etats-unis : 19, 70, 16,9 % (69966\$) France : 10, 185, 78 % (23470,2\$)

Ces estimations posent quelques problèmes. Au premier examen, on pourrait penser que les Etats-Unis ont simplifié les démarches en annulant une procédure ce qui a permis de réduire la durée totale de construction de l'entrepôt d'une journée ce qui leur a permis de réaliser une économie de 0,9 point de pourcentage du revenu. Concernant la France, des réformes auraient permis de diminuer la durée des procédures d'un mois, ce qui aurait permis de gagner 3 points de pourcentage de revenu. Mais, si l'on analyse la situation plus finement, il apparaît que la réduction de la durée des procédures s'est soldée par une hausse des coûts de 11 % en valeur. Cette augmentation résulte en grande partie de la hausse des prix à la construction.

Dans le même temps, le revenu par habitant utilisé par « Doing Business » a cru d'environ 14%. Ainsi, le gain des 3 points de pourcentage de revenu est dû à la croissance globale et non à la situation du secteur ou aux effets de la réglementation. Hormis la hausse des prix à la construction, la même analyse vaut pour les Etats-Unis. L'indice des coûts est donc très imparfait³. Il nous semble donc impossible, faute de données, de comparer, à partir de leurs résultats l'efficacité relative des deux systèmes. Nous nous concentrons donc sur une mise en regard, plus analytique qu'empirique. Nous montrerons que les deux systèmes présentent de fortes analogies quant au droit de la responsabilité et quelques différences en matière du droit des assurances.

PARTIE II — CONVERGENCE DES SYTEMES DE RESPONSABILITE

1 — RESPONSABILITÉ STRICTE *VERSUS* RESPONSABILITÉ POUR FAUTE

1. Comportement ou risque

La théorie économique de la responsabilité civile voit dans les règles de responsabilité un mode de régulation des risques liés à certaines activités comme la production ou le transport de produits dangereux.

Dans le prolongement des réflexions de Coase (1960), l'objectif de cette théorie est d'identifier les moyens de corriger les effets externes produits par les auteurs de dommages. Le droit de la responsabilité, à l'image de l'article 1382 du Code Civil, considère en effet que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un

³ Plus étonnant, on observe dans dans le texte de DB2007 que la France est présenté comme l'un des « *best reformer* » en 2005/2006, la France serait passés de 11 procédures à 3 : « *In France the number of licenses required for construction projects was reduced from 11 to 3* ». Quand on regarde les chiffres, de DB 2006 à DB 2007, nous sommes passés de 10 procédures à... 10 procédures sic !

dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Sur cette base, la responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents (Calabresi, 1970) « *The principal function of accident law is to reduce the sum of the cost of accident and the cost of avoiding accidents* ».

En pratique, deux formes principales de responsabilité peuvent être distinguées : la responsabilité pour faute veut qu'il incombe à l'auteur d'un accident de réparer le dommage causé par sa négligence. En revanche, la responsabilité sans faute ne se fonde pas sur le comportement de l'agent, mais sur le fait que son activité est à l'origine du risque subi par d'autres agents (on parle à ce propos d'une responsabilité objective fondée sur le risque).

2. La responsabilité objective gagne du terrain

L'histoire récente montre que la responsabilité objective gagne du terrain. Elle a commencé à prendre de l'importance au siècle dernier, époque à laquelle les propriétaires de mines ont été rendus automatiquement responsables des dommages subis par les mineurs. À la fin du 19^{ème} siècle est apparue la responsabilité automatique du fait des accidents du travail par la fameuse loi de 1898. Ensuite, la liste des régimes de responsabilité sans faute ne va pas cesser de s'allonger : la responsabilité pour l'accident de circulation (1930), puis le risque nucléaire (1965), la responsabilité du producteur en matière de consommation (1985) et, plus récemment, le risque thérapeutique. Il est certain que la responsabilité pour faute perd du terrain. Mais cette évolution ne va pas toujours sans soulever des interrogations. Ainsi en matière environnementale lorsqu'on utilise l'expression « pollueur-payeur », y a-t-il derrière cette affirmation un fondement fautif ou un fondement objectif ? Quelles sont les raisons du choix ?

L'intérêt des règles de responsabilité est de pouvoir conduire à l'efficacité économique sans qu'aucune intervention particulière ne soit requise. Elles comportent en effet les incitations garantissant que chaque acteur agissant de sa propre initiative et dans son propre intérêt, le fera également dans l'intérêt général, sans que l'État ait à imposer de mesures coercitives. En d'autres termes, la responsabilité civile constitue une alternative décentralisée à la réglementation des activités risquées puisqu'elle contribue à établir des comportements particuliers

ex post à travers les effets incitatifs de la règle de droit sur les comportements des agents. Lorsque les auteurs de dommages sont confrontés au coût social de leurs actions, les incitations à prendre des précautions sont optimales *ex ante* et les victimes sont totalement indemnisées.

De nombreux auteurs [Brown (1973), Diamond et Mirrlees (1975), Shavell (1987), Landes et Posner (1988)] se sont efforcés de donner un traitement plus formalisé des effets de la responsabilité sur les comportements individuels. La question abordée par ces auteurs est de savoir quelles formes de responsabilité (existantes ou d'autres imaginables) permettraient en théorie de conduire à des résultats plus efficaces que ceux obtenus avec les règles effectivement appliquées.

A l'origine, cette question concernait essentiellement la façon dont les règles de responsabilité incitaient les parties susceptibles d'être impliquées dans un accident à prendre des précautions afin de réduire leur probabilité d'occurrence. Par la suite, la réflexion a été étendue afin d'intégrer non seulement les niveaux de précaution, mais aussi les niveaux d'activité et la façon dont le risque est réparti entre les parties en présence.

Ce faisant, les économistes mettent en avant la fonction préventive de la responsabilité civile. La recherche des conditions de l'efficacité des différentes règles de responsabilité fondées ou non sur la faute a ainsi permis d'élaborer une théorie très complète et largement opérationnelle.

2 — LES EFFETS INCITATIFS DES DIFFÉRENTES FORMES DE RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Comparaison des systèmes

La responsabilité objective semble s'imposer dans le domaine du droit immobilier. Une telle évolution traduit-elle la simple volonté de simplifier les procédures en « économisant » la recherche de la faute ou bien à la volonté d'indemniser rapidement les victimes ou la volonté de responsabiliser les constructeurs et les inciter à offrir des produits de qualité ?

1.1. Responsabilité sans faute versus responsabilité pour faute

L'analyse économique livre un certain nombre d'enseignements opérationnels quant à l'efficacité comparée des différentes règles de responsabilité.

Le point de départ de l'analyse se fonde sur la reconnaissance des variables influençant le risque d'accident. La première est l'effort de prévention et la seconde est le niveau d'activité. Deux types d'accident peuvent être distingués selon que la prévention de l'accident implique un comportement passif (accident «unilatéral ») ou actif (accident «bilatéral ») de la victime.

Dans le cas d'un accident unilatéral, l'activité d'un agent impose un risque de dommages accidentels à des tiers mais la probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers. Cet effort est réalisé lorsque le coût marginal des précautions égale le bénéfice marginal mesuré par la diminution de la probabilité d'accident.

En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Si une règle de responsabilité est introduite, il choisit son effort de façon à minimiser son coût privé qui intègre le montant des dommages supportés par l'agent responsable.

Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est responsable des dommages quel que soit l'effort consenti. En supposant la neutralité au risque, l'agent choisit alors l'effort socialement optimal puisque son coût privé correspond au coût social.

Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou standard de comportement «raisonnable » fixé par le tribunal compte tenu des caractéristiques de la situation. Si on suppose que ce standard correspond au niveau de précaution optimal, l'agent adoptera également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le tribunal. S'il ne respecte pas l'effort optimal, son coût privé se confond avec le coût social, ce qui

n'est plus vrai au-delà puisque le tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de choisir l'effort optimal de façon à minimiser son coût privé.

Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. Cette équivalence des règles de responsabilité concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime retenu. Avec la responsabilité sans faute l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts, avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

1.2. Niveau d'activité et comportement de la victime

Dans des situations plus complexes, des différences sensibles apparaissent entre les performances des deux régimes de responsabilité. En premier lieu, on peut étudier le niveau d'activité de l'agent générateur du risque si l'on admet qu'il influence le risque d'accident. Cela est fréquent en matière d'accidents de la circulation, du travail, d'accidents médicaux ou domestiques. Le risque croît par exemple avec le nombre d'heures consécutives passées au volant. Dans ces conditions, la détermination de la prévention optimale requiert d'intégrer le niveau d'activité de l'agent et le bénéfice qu'il retire de cette activité. Dans ces conditions, en l'absence de responsabilité, l'effort de prévention de l'agent sera insuffisant et son niveau d'activité sera excessif.

Avec la responsabilité sans faute en revanche, le coût privé de l'agent correspond au coût social puisqu'il supporte la charge des dommages quel que soit son comportement. L'optimum social est donc réalisé tant en termes de prévention que d'activité.

Avec la responsabilité pour faute, l'effort de prévention est optimal alors que le niveau d'activité est excessif. Ce résultat tient au fait qu'en cas de jugement les tribunaux se prononcent sur le degré de précaution mais pas sur le niveau d'activité. Un exemple d'accident unilatéral au-

quel s'applique ce constat est fourni par le risque de marées noires (Amocco Cadiz, Exxon Valdez, Erika) dans la mesure où l'étendue des dommages dépend des précautions et de l'activité du pollueur. Dans ce cas, la responsabilité sans faute doit inciter à un comportement efficient en terme de prévention et d'activité. La responsabilité pour faute conduira quant à elle à un niveau d'activité excessif, sans compter les coûts informationnels supplémentaires pour identifier une faute dans les choix de technologie ou d'itinéraire.

Un autre exemple est celui de la responsabilité du fait des produits défectueux intégrée dans le Code civil en mai 1998 suite à la transposition en France d'une directive européenne de juillet 1985. Le principe consiste à ne plus fonder la responsabilité du producteur sur une faute (prouvée ou présumée), mais sur l'existence d'un défaut du produit (défaut de fabrication, de conception ou d'information). Cette évolution semble en partie compatible avec l'objectif de minimisation du coût social des accidents. En effet, comme les produits sont techniquement de plus en plus complexes, les consommateurs seraient relativement moins bien placés pour apprécier le « risque-produit », participer à la prévention des accidents et faire la preuve de la faute du producteur. Ces constats plaideraient donc pour une responsabilité objective du producteur.

2. Un problème plus complexe

Le problème de la perception du risque par le consommateur conduit à privilégier la responsabilité sans faute parce qu'elle incite le producteur à choisir un niveau de prévention optimal et provoque une augmentation du prix qui renforcera le signal envoyé au consommateur sur la dangerosité du produit de sorte qu'il achètera la quantité optimale. On peut remarquer que la même logique peut être développée dans le domaine de la sécurité alimentaire ou des risques thérapeutiques.

Dans le cas d'un accident bilatéral, les principes analytiques sont les mêmes que précédemment à la différence que la prévention optimale du risque requiert désormais la participation des deux parties. La responsabilité doit donc inciter simultanément l'agent générateur de risque et la victime à choisir un effort de prévention socialement optimal. Dans ce cas, la responsabilité sans faute ne permet plus de parvenir à l'optimum puisque seul l'agent générateur de risque est incité à prendre des précautions.

En revanche, l'équilibre réalisé sous un régime de responsabilité pour faute est optimal. Cette différence tient au fait que la responsabilité pour faute combine deux mécanismes : d'une part elle impose la charge des coûts d'accidents à une partie (la victime) et, d'autre part, elle permet à l'autre partie d'éviter d'être déclarée responsable en sélectionnant le niveau de précaution optimal.

D'autres formes de responsabilité combinent ces deux mécanismes et sont susceptibles de conduire à la prévention optimale. Il s'agit des règles qui retiennent le principe de la « négligence contributive » de la victime. En application de ce principe, l'agent générateur du risque ne peut se voir imputer la charge des dommages dès lors qu'il est reconnu que la victime a adopté un comportement fautif.

En intégrant les niveaux d'activité, il est aisé de démontrer que si les standards de comportement fixés par les tribunaux ne tiennent pas compte des niveaux d'activité des parties, alors aucune règle de responsabilité ne peut conduire à l'optimum social. Comme les deux parties ne peuvent supporter simultanément les pertes en cas d'accident, elles ne peuvent être incitées à choisir en même temps le niveau d'activité optimal. Seule la partie supportant les pertes à l'équilibre (variable selon la règle appliquée), choisira une échelle d'activité socialement optimale, l'autre s'engageant sur une échelle excessive. Les règles de responsabilité pour faute ou de responsabilité atténuée assurent le choix d'un niveau de prévention optimale de la part des deux parties comme le montre le tableau suivant.

Tableau 1 – Optimalité de différentes règles de responsabilité⁴

	Responsabilité Sans faute	Responsabilité « atténuée » sans faute	Responsabilité pour faute
Précaution de l'agent générateur de risque	Optimale	Optimale	Optimale
Activité de l'agent gé- nérateur de risque	Optimale	Optimale	Non optimale
Précaution de la vic- time	Non optimale	Optimale	Optimale
Activité de la vic- time	Non optimale	Non optimale	Optimale

3 – LE CAS DES RELATIONS CONTRACTUELLES

1. Introduction du contrat

Dans ce qui précède nous avons implicitement supposé que l'agent générateur du risque faisait courir un risque à des tiers avec lesquels il n'a aucune relation permettant de signer un contrat complet assurant la gestion optimale du risque.

Nous allons devoir abandonner cette hypothèse en admettant qu'il existe des situations où les accidents mettent face-à-face deux parties qui ne sont pas étrangères l'une pour l'autre. Le cas de figure habituel est celui de la responsabilité du producteur à l'égard des consommateurs victimes d'accident à la suite de l'achat d'un produit.

La responsabilité du producteur du fait de la commercialisation de produits défectueux a constitué dans les dernières décennies l'un des sujets les plus discutés par la doctrine. La raison en est avant tout qu'elle représente

⁴ Ce bilan ne porte que sur les situations où les parties n'ont pas de relations contractuelles auquel cas, le prix peut en effet permettre d'internaliser le risque d'accident quel que soit le système de responsabilité puisqu'il pourra être déterminé par les parties selon l'effort de prévention réalisé.

un banc d'essai du passage d'un système d'imputation fondé sur la faute à un régime de responsabilité objective. Elle est de ce fait une référence incontournable en matière de responsabilité des constructeurs.

Nous supposerons que les deux parties sont alors dans une relation contractuelle et que le consommateur perçoit plus ou moins bien la fiabilité du produit (*i.e* la probabilité d'accident). Cette remarque est essentielle puisqu'on admet en général qu'en présence d'une information parfaite du consommateur sur le risque de défektivité du produit, le prix du produit devrait s'ajuster de façon à refléter à la fois le risque résiduel et les pertes encourues compte tenu de la règle de responsabilité retenue.

2. Le choix de la règle de responsabilité

Deux types de questions peuvent alors être traitées : Quelles sont les règles de responsabilité qui permettent d'atteindre l'optimum ? et quel est le rôle du marché dans l'internalisation des coûts des accidents provoqués par des défauts des produits ou des prestations ?

Il ressort de l'analyse économique que le volume des échanges sur le marché ne sera théoriquement pas affecté par le choix de la règle de responsabilité. La question se pose alors de savoir si ce principe de neutralité vaut également du point de vue des précautions prises par les deux parties.

La réponse est délicate dans la mesure où elle dépend de la relation existante entre le prix du bien et les niveaux de précaution choisis. En admettant que le prix du bien ne dépendait pas des niveaux de précaution, il est alors logique de constater que la responsabilité objective ne peut pas conduire à l'optimum conformément aux résultats précédemment obtenus en cas d'accidents bilatéraux. Seules les règles de responsabilité se fondant sur la faute pourront alors conduire à l'optimum à la fois en termes de niveaux d'activité et de précaution.

Certains auteurs admettent cependant que les deux parties sont en mesure de signer un contrat qui fait dépendre le prix des précautions prises (Landes et Posner, 1987). Dans ce cas, l'hypothèse de maximisation de l'utilité du consommateur et de maximisation du profit du producteur suffisent pour rendre à la responsabilité sans faute son caractère optimal.

Cet argument renvoie au fameux théorème de Coase (1960). Il suggère en effet que si les parties sont en mesure de faire dépendre le prix de l'effort de prévention, quelle que soit la règle de responsabilité retenue, l'optimum social est toujours atteint.

Ce résultat repose toutefois sur l'hypothèse d'une information parfaite des parties sur le risque d'accident, c'est-à-dire sur les comportements de prévention. Le problème se pose avec une acuité particulière pour la règle de responsabilité objective dans la mesure où le producteur se trouve confronté à un phénomène de risque moral considérable : il doit être capable de contrôler le niveau de précaution du consommateur après que celui-ci a acheté le produit et payé un prix reflétant son engagement de choisir l'effort optimal. En l'absence d'un tel dispositif de responsabilité de plein droit le problème est différent car les parties négocient pour une augmentation des précautions prises par le producteur moyennant un prix plus élevé. Le consommateur doit donc être en mesure d'estimer correctement la fiabilité du produit par le consommateur à partir du prix proposé par le producteur.

3. Que retenir de ces travaux sur la responsabilité des producteurs et prestataires de services ?

D'un point de vue normatif, le principal enseignement réside dans le fait qu'aucune règle simple et universelle ne permet de parvenir à l'optimum dans tous les cas de figure imaginables.

On retiendra que la responsabilité sans faute conduit toujours à l'optimum en cas d'accident unilatéraux, mais que le recours au principe de la faute (comme base de la responsabilité ou au contraire comme moyen d'exonération) est souhaitable en cas d'accident bilatéraux pour inciter les parties à choisir simultanément les niveaux de prévention optimaux. En définitive, si l'on se demande quelle règle a, en moyenne, le plus de chance d'assurer la minimisation du coût social des accidents, il semble possible de retenir le principe d'une responsabilité atténuée sans faute.

D'un point de vue positif, les travaux présentés conduisent à apprécier l'évolution constatée dans la plupart des pays industrialisés en faveur de la responsabilité sans faute. C'est aux États-Unis qu'ont été en premier élaborées, à partir des années soixante, les prémises d'un système de responsabilité détachée de l'exigence de la faute. Cette « *strict liability* » trouve son origine dans

la décision du juge Traynor à l'occasion de l'affaire Escola/Coca Cola bottling (1944), selon laquelle un producteur devait être jugé responsable si, lors du lancement du produit sur le marché, il savait qu'il serait utilisé sans contrôle et s'il s'avérait qu'un défaut du produit avait causé un préjudice.

La raison en est que le producteur, à la différence du public, peut se protéger contre les risques et est en mesure de contracter une assurance en répartissant son coût sur les consommateurs. En définissant les règles de responsabilité, la Cour Suprême de Californie a accueilli favorablement la position du juge Traynor dans l'affaire Greenman/Yuba Power (1963), estimant le producteur défendeur objectivement responsable des dommages causés du fait du défaut du produit. Ce principe a été ensuite inscrit dans le « *Restatement Second of Torts* » dans la section 402 A (1965), qui prévoit la responsabilité du vendeur à l'égard du consommateur du fait de la commercialisation de produits défectueux.

Il est à noter que, à partir de la publication de la Section 402 A, la plupart des États américains ont adopté des régimes de responsabilité objective. Le défaut du produit est en général entendu dans un sens assez large puisqu'il peut s'agir d'un défaut de fabrication, de conception ou d'information.

Du côté européen, l'évolution a été identique pour aboutir à l'adoption de la directive du 25 juillet 1985, relative aux rapprochements des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Cette dernière s'inspire fortement du modèle californien puisqu'elle prévoit un système de responsabilité sans faute du fabricant, considéré, d'une part, comme l'instrument le plus apte à assurer une protection adéquate du consommateur (quatrième considérant) et, d'autre part, justifié par le fait que le fabricant est le centre d'imputation idéal du préjudice puisqu'il peut intégrer les frais découlant de cette responsabilité, à titre de coûts de production, dans le calcul de ses prix et les répartir ainsi entre tous les consommateurs de produits identiques mais dépourvus de défauts (cinquième considérant). La transposition en France de cette directive européenne a été réalisée dans le Code Civil français en mai 1998.

Autant, il est certain que le système français a été précurseur, autant il est difficile de considérer, sans une étude précise de l'enchaînement des décisions, qu'il a été précurseur et a influencé la rédaction de la directive e

1985. La simple succession des faits ne suffit pas pour affirmer qu'il y eu une véritable « inspiration française » lors des travaux préparatoire à la directive de 1985. Quant au système américain et notamment californien, on ne trouve apparemment pas de références aux droits continentaux, tant l'évolution semble dictée par les impératifs de a régulation sectorielle.

Au plan micro-économique, on peut souligner à la suite des travaux de Landes et Posner (1987) que l'évolution des systèmes de responsabilité du producteur, dans la direction que nous avons évoquée, est largement compatible avec l'objectif de minimisation du coût social des accidents. En effet, comme les produits sont techniquement de plus en plus complexes, les consommateurs seraient relativement moins bien placés pour apprécier le « risque-produit », participer à la prévention des accidents et faire la preuve de la faute du producteur. Ces constats plaideraient donc pour une responsabilité objective du producteur (fondée sur le risque et non sur la faute).

En suivant cette analyse, le problème de la perception du risque par le consommateur conduit à privilégier la responsabilité sans faute parce qu'elle incite le producteur à choisir un niveau de prévention optimal et provoque une augmentation du prix qui renforcera le signal envoyé au consommateur sur la dangerosité du produit de sorte qu'il achètera la quantité optimale.

Si l'on transpose ces éléments d'analyse au cas particulier de la responsabilité immobilière, il semble possible de conclure à l'efficacité d'un système de responsabilité de plein droit des constructeurs à l'image du dispositif existant en France. Le point important est en effet de souligner l'asymétrie d'information importante entre le constructeur et le propriétaire (non professionnel) de sorte que l'on imagine mal une situation d'accident bilatéral et/ou la capacité de négocier sur la dangerosité de la construction (à développer en fonction des priorités de la recherche).

4 — LA JURISPRUDENCE ADOPTE UN TRAITEMENT EXTENSIF DE LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DES CONSTRUCTEURS

1. Évolution de la loi française

La multiplicité des intervenants à l'acte de construction, et l'interdépendance de leurs missions (conception, exécution, contrôle, fabrication ou fourniture des matériaux utilisés) et des différents travaux entre eux (différents corps d'état, sous traitance), rend particulièrement malaisée l'indemnisation des dommages subis dans un système juridique reposant sur la faute.

Le dommage est souvent d'origine inconnue, et peut avoir plusieurs causes liées aux activités d'une pluralité d'acteurs ou à divers types de travaux.

En outre, avant la loi du 4 janvier 1978 dite « Spinetta » seul l'architecte était soumis à l'obligation d'assurance pour garantir sa responsabilité civile. Sa responsabilité était par conséquent souvent recherchée en priorité. À cette époque 40% des entrepreneurs n'étaient pas assurés.

La loi du 4 janvier 1978 a pour objectif une meilleure protection de la victime en garantissant une réparation intégrale et rapide du préjudice qu'elle a subi. De cette loi résulte une police d'assurance dommages ouvrage obligatoire (DO) garantissant la chose en dehors de toute recherche de responsabilité (articles L 242-1 et L 242-2 du code des assurances), la responsabilité de plein droit des intervenants à l'acte de construire, une assurance de responsabilité obligatoire devant supporter la charge finale du dommage (articles L 241-1 et L 241-2 du code des assurances), la création d'une garantie spécifique du fabricant et l'amélioration du contrôle technique dans le but de prévenir les sinistres.

Ce système juridique reposant sur la responsabilité contractuelle de plein droit des constructeurs et son corollaire, deux assurances dont la souscription et le contenu sont obligatoires, accélère et facilite considérablement l'indemnisation de la victime du dommage.

1.1 – la jurisprudence repousse les limites de la responsabilité des constructeurs

Bien que la réception de l'ouvrage mette fin aux relations contractuelles entre les intervenants à l'acte de construction, la responsabilité encourue après la réception, qui est parfois qualifiée de post-contractuelle, est encore de nature contractuelle en ce qu'elle trouve son origine dans l'exécution du contrat.

Toute clause contractuelle ayant pour objet d'exclure ou de limiter les responsabilités énoncées aux articles 1792 à 1792-6 du Code Civil est réputée non écrite (article 1792-5 du Code Civil résultant de la loi du 4 janvier 1978). Avant la loi Spinetta, l'interprétation et l'application de ces clauses contractuelles qui étaient fréquemment insérées dans les contrats généraient un important contentieux.

La responsabilité dite "décennale" concerne les dommages affectant l'ouvrage (article 1792 du Code Civil) ou les éléments d'équipement indissociables de l'ouvrage (article 1792-2 du Code Civil).

Le même régime est applicable à la responsabilité "biennale" afférente au bon fonctionnement des autres éléments d'équipement (article 1792-3 du Code Civil).

La garantie de plein droit concerne tous les ouvrages quelle que soit leur destination, la technique utilisée et la nature publique ou privée du marché.

La garantie décennale est applicable lorsque le dommage est d'une certaine gravité, (les praticiens disent qu'il est "de nature décennale"), c'est-à-dire, un dommage qui compromet la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutif ou l'un de ses éléments d'équipement, le rend impropre à sa destination (article 1792 du Code Civil), ou affecte la solidité d'un élément d'équipement indissociable de l'ouvrage (article 1792-2 du Code Civil).

Il doit apparaître après la réception, qui pourrait être assimilée à une livraison acceptée par le maître de l'ouvrage.

La cause du dommage est indifférente, le constructeur est présumé responsable des dommages qui affectent l'ouvrage et qui présentent un lien de rattachement avec sa mission, (même si ce dommage résulte "d'un vice du sol" selon la mention expresse de l'article 1792 du Code Civil). La vic-

time est par conséquent libérée de la charge de la preuve d'une faute.

Les dommages apparents qui ont été réservés à la réception font l'objet d'une garantie de parfait achèvement d'une durée d'un an à compter de la réception (article 1792-6 alinéa 2 du Code Civil), qui constitue une garantie efficace de réparation des désordres et défauts de conformité réservés à la réception ou apparus dans l'année qui suit. N'est tenu à cette garantie que l'entrepreneur qui a réalisé les travaux litigieux, qui doit effectuer les reprises "en nature". À défaut, et après mise en demeure, le maître d'ouvrage pourra faire réaliser les reprises par l'entreprise de son choix aux frais de l'entrepreneur, ce qui est très dissuasif.

1.2 – Les personnes redevables des garanties décennales et biennales sont clairement identifiées

Sont redevables des garanties :

- les réputés constructeurs désignés par l'article 1792-1 du Code Civil : l'architecte, l'entrepreneur, le technicien (dont le contrôleur technique), le mandataire du maître d'ouvrage qui accomplit une mission assimilable à un locateur d'ouvrage, le vendeur d'ouvrage (après achèvement).
- le vendeur d'immeuble à construire (article 1646-1 du Code Civil)
- le promoteur (article 1831-1 du Code Civil)
- le constructeur de maison individuelle sur plan (article L231-1 du code de la construction et de l'habitation)
- dans certaines conditions, le fabricant (article 1792-4 du Code Civil).

La liste des réputés constructeurs n'a pas de tendances à l'extension. Ces constructeurs sont clairement identifiés, même s'ils sont désignés par des articles épars. L'on peut remarquer qu'ils tous liés au bénéficiaire de la garantie par un contrat.

Une réserve (négligeable) doit être émise : l'alinéa 2 de l'article 1792-1 du Code Civil répute constructeur celui qui vend après achèvement un ouvrage, ce qui rend la qualité de constructeur de ce vendeur dépendante de la définition que la jurisprudence donne de la notion d'ouvrage.

1.3 – La jurisprudence interprète largement les conditions de mise en oeuvre des garanties

Dans un but évident de ne pas priver la victime de la garantie qu'elle sollicite, la jurisprudence interprète avec bienveillance à son égard chacun des éléments constituant les conditions cumulatives de mise en oeuvre de la responsabilité des constructeurs.

- la notion d'ouvrage est en soit une notion très large, plus large que "l'édifice" de la loi du 3 janvier 1967, et que la notion de "bâtiment" retenue dans le code des assurances pour les assurances obligatoires par la loi du 4 janvier 1978. La notion d'ouvrage a permis à la jurisprudence de considérer comme des ouvrages : une véranda, un monument funéraire, un court de tennis, une piscine, un muret, une canalisation même si elle n'est pas rattachée à un bâtiment, une station d'épuration, un aquarium intransportable, un ravalement ayant une fonction d'étanchéité... Est également considérée comme un ouvrage bénéficiant de la responsabilité du constructeur, la partie de l'ouvrage préexistant affectée par les travaux (effondrement d'un mur pignon du fait de travaux de toiture...). L'élément d'équipement peut parfois constituer en lui-même un ouvrage (un équipement frigorifique intégré, le transformateur d'une centrale électrique, une installation géothermique destinée au chauffage urbain...).

- la gravité du dommage : Ont été considérées comme des atteintes à la solidité de l'ouvrage : l'effondrement d'une cheminée, des défauts d'étanchéité générant des infiltrations à l'intérieur des appartements... Ont été considérés comme une impropriété à la destination de l'ouvrage : les craquements sonores d'un parquet, l'implantation d'un immeuble en zone inondable...). L'appréciation bienveillante par la jurisprudence de l'atteinte à la destination de l'ouvrage a pu contribuer à diminuer le niveau de gravité du dommage conditionnant l'application de la garantie décennale. La jurisprudence exige en outre des constructeurs qu'ils se renseignent sur la destination que le maître d'ouvrage entend donner aux locaux.

La jurisprudence considère par ailleurs que le dommage futur, dénoncé pendant le délai décennal, qui n'a pas de gravité décennale mais atteindra cette gravité au cours du délai de dix ans, bénéficie de cette garantie (fissures qui deviendront infiltrantes à brève échéance, et en tous cas, avant l'expiration du délai décennal), de même que le désordre évolutif, qui présente une gravité décennale pendant le délai de dix ans et se poursuit au delà de ce dé-

lai (extension des désordres affectant des pierres de façade).

- la réception de l'ouvrage est expresse ou judiciaire (article 1792-6 alinéa 1 du Code Civil). Elle constitue le point de départ des responsabilités de plein droit des constructeurs. La jurisprudence admet le principe d'une réception tacite de l'ouvrage, si le comportement du maître de l'ouvrage traduit sa volonté non équivoque de le recevoir.

- la jurisprudence apprécie strictement la notion de dommage apparent à la réception (constituent un dommage apparent : le scellement d'une antenne de télévision sur la cheminée d'un voisin, un escalier dont les marches sont de hauteur différentes). Les dommages qui bien qu'étant apparents à la réception ne se sont manifestés dans leurs conséquences que postérieurement à celle-ci relèvent de la garantie décennale: (fissures apparentes lors de la réception qui ont révélé des défauts de fondation dans le délai décennal).

1.4 – Les causes d'exonération de responsabilité des constructeurs sont admises avec réticence par la jurisprudence

La responsabilité du constructeur résultant de son seul lien avec les travaux réalisés, il ne peut se prévaloir de son absence de faute. La cause étrangère est seule exonératoire, en totalité ou partiellement, et la jurisprudence l'apprécie avec une grande exigence :

- Les éléments cumulatifs constituant la force majeure (irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité) sont rarement réunis. Dans la plupart des espèces, les intempéries n'entraînent pas l'exonération du constructeur (un orage de grêle, la modification du volume d'argiles gonflantes...). A été retenue comme étant constitutive de la force majeure : une inondation due à des pluies d'une exceptionnelle densité...).

- Le fait d'un tiers est très exceptionnellement exonératoire. Et sauf cas d'espèce infiniment particulier, le constructeur ne peut se prévaloir de la faute d'un autre constructeur de l'ouvrage, d'un sous traitant, d'un fabricant, ou du maître d'oeuvre afin d'être déchargé de sa responsabilité à l'égard du maître d'ouvrage (absence de caractère exonératoire pour l'entrepreneur du défaut de surveillance du maître d'oeuvre).

- L'immixtion fautive du maître d'ouvrage compétent dans le domaine d'intervention du constructeur, l'acceptation

par lui de risques en dépit des conseils qui lui ont été donnés par les constructeurs, ou son comportement fautif avant ou après la réception, constituent les causes étrangères les plus largement admises par la jurisprudence. Il est logique et équitable que la garantie de plein droit des constructeurs cède devant le comportement de celui qui en bénéficie lorsqu'il est suffisamment grave pour justifier qu'il en soit privé (refus en connaissance de cause de travaux demandés par les constructeurs pour éviter les inondations, dépassement de la limite de charges de dalles ...).

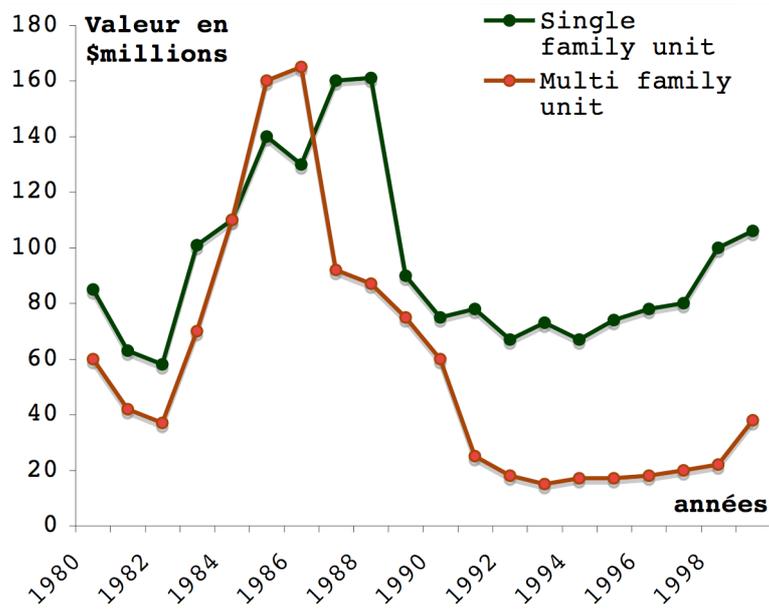
1.5 – Les bénéficiaires de la garantie se voient accorder la réparation intégrale du dommage

L'action en garantie est accessoire à la propriété et se transmet aux ayants cause successifs du maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage ou le nouveau propriétaire bénéficient de la réparation intégrale de l'ouvrage et de l'indemnisation des préjudices annexes. La réparation intégrale peut impliquer la démolition préalable de l'ouvrage, ou la construction d'une partie d'ouvrage non prévue à l'origine (un couvre joint en zinc sur des murets dont l'absence affectait la bonne tenue d'une peinture). Les préjudices annexes peuvent être des préjudices mobiliers, des pertes de loyer ou de recettes d'exploitation, un préjudice moral ou de jouissance, la souscription d'une police dommage ouvrage pour les travaux de reprise.

2. Tendances californiennes : multiplication des conflits

Le graphique ci-dessous met en évidence le *boom* de la construction des années quatre-vingt, en Californie, déclenché par la réduction des taxes sur la propriété, mis en œuvre en 1981. Le *boom* prend fin avec le changement de la loi fiscale en 1986. Au même moment, les prix des logements augmentent. Le prix médian croît de 65% entre 1985 et 1990 tandis qu'il, diminue de 10% entre 1991 et 1996.

Graphique 1. Tendances du marché de la construction californien



Il est sans doute abusif de tenir l'accroissement du nombre de poursuites judiciaires (+27% sur la décennie 90) pour seul responsable de l'effondrement du marché de la construction en Californie depuis la fin des années 90.

Les actions en justice ont certes augmenté mais lorsqu'un bâtiment est au centre de poursuites judiciaires, son prix de revente baisse, les faillites personnelles sont alors plus nombreuses.

Il est par ailleurs impossible de savoir si les actions en justice sont systématiquement fondées ou si elles ont été déclenchées par le comportement opportuniste des cabinets d'avocats.

Le marché californien a connu un excès d'offre dans les années quatre-vingt ce qui explique, en partie, sa longue stagnation depuis les années quatre-vingt-dix.

Enfin, on observe une forte opposition des résidents actuels à la construction de nouveaux *condominiums* qui sont perçus comme une menace pour la valeur des constructions existantes.

En dernier lieu, il est clair que les pertes enregistrées sur le marché du *condominium* ont ralenti l'ardeur des constructeurs à investir dans ce segment.

Il est donc délicat de démontrer que le nombre de procédures liées à des défauts de constructions a effectivement augmenté.

Toutefois plusieurs facteurs viennent appuyer cette thèse. Plusieurs hivers froids dans les années quatre-vingt-dix ont augmenté le nombre de procédures, de même les récents tremblements de terre ont fragilisé certains bâtiments et enfin, la croissance de l'offre a conduit les développeurs à construire sur des terrains plus complexes à bâtir.

La majorité des poursuites judiciaires sont engagées par l'association des propriétaires contre le « *general contractor* ». Les membres du bureau agissent au nom des autres propriétaires, sans même que ces derniers soient nécessairement informés des poursuites engagées. Une des causes de contentieux les plus fréquentes porte sur les problèmes d'étanchéité. La très grande majorité des cas sont réglés avant d'aboutir devant les cours de justice. Le compromis moyen, en 1999, était compris entre 1 et 2 millions de dollars. Le compromis le plus important portait sur la somme de 34,5 millions de dollars. Les constructeurs et leurs compagnies d'assurances affirment être forcés d'arriver à un compromis car les coûts de se défendre sont trop importants.

Les poursuites judiciaires peuvent impliquer un nombre important de parties. Si un défaut de construction est découvert, l'association des propriétaires poursuit le *general contractor*. Bien que le *contractor* soit responsable pour le choix et le management du groupe qui a effectué la construction, il n'a pas réalisé lui-même le travail. Les projets importants impliquent souvent jusqu'à 50 sous-contractants. Dans la majorité des cas, le *general contractor* poursuivra chacun des sous contractants dont la responsabilité peut être mise en cause dans le défaut qui fait l'objet de la procédure. Les sous-contractants mettront alors en avant l'argument que la relation entre leur travail et le défaut constaté est ténue. Le résultat est que le nombre de parties mises en cause dans la procédure va augmenter.

La décision de la Cour Suprême de Californie dans un cas de pollution au DDT a également constitué un facteur d'augmentation du nombre de parties concernées par les poursuites dans le domaine de la construction⁵. La décision de la cour dans le cas Montrose impliquait que n'importe quelle assurance qui avait assuré un *contractor*, depuis la

⁵ Montrose chemical Corporation v admiral insurance company 897 P.2d1 (Cazl 1995)

date de la construction jusqu'à la découverte du problème, pouvait être tenue de payer les dommages. En conséquence, lorsqu'une compagnie d'assurance était impliquée dans une procédure elle tentait agressivement de trouver un moyen d'impliquer les autres assureurs.

3. *Changements du dispositif légal californien*

La loi californienne a connu de profonds bouleversements qui ont accompagné les transformations du marché et on suivi la jurisprudence.

Afin de limiter les conflits et de transformer le paysage institutionnel de manière à permettre la reprise de la construction en Californie (État dont la population croit) le dispositif juridique a été profondément remanié.

Les changements récents initiés semblent avoir largement rendu caduque le « *standard of care* » ou, au minimum, déplacé la charge de la preuve.

Avant 1960, les logements étaient vendus sur la base du principe *caveat emptor*, ce qui veut dire que le vendeur et l'acheteur étaient placés sur un pied d'égalité et qu'ainsi l'acheteur assumait seul, les conséquences des risques associés à la structure de l'appartement qu'il achetait.

Une série de décisions ont érodé les vieilles habitudes et le marché est désormais placé sous une règle de responsabilité stricte, à l'instar de la majorité des marchés de produits manufacturés.

L'asymétrie de l'information entre l'acheteur et le vendeur a commencé à être prise en compte par les juges. En conséquence, les développeurs ont commencé à être tenu pour responsable des défauts, y compris, ceux qui n'étaient pas apparents au moment de la construction. Les cours de justice ont ainsi pris acte de l'augmentation de la sophistication des techniques utilisées dans l'industrie de la construction.

La responsabilité du constructeur, selon la loi californienne est toutefois limitée dans le temps. Après une période de quatre ans, la réparation des défauts facilement observables (*patent defect*) n'est plus à la charge du constructeur. Durant une période de dix ans, les autres défauts restent de la responsabilité du constructeur. La nature des défauts de construction n'est pas précisément définie et est donc extrêmement large.

Initialement introduite par le Sénateur de l'État de Californie John Burton en février 2001 et approuvée par le sénat en août 2002, la « *Senate Bill 800* » a été introduite dans le Code Civil de Californie et a pris effet en janvier 2003. Communément connue comme la loi du « droit à réparer », cet élément ne constitue qu'un des aspects de la loi.

La *Senate Bill 800* s'applique aux nouvelles constructions vendues après le 1er janvier 2003. La loi s'applique à toute action destinée à recouvrir des dommages engendrés par la déficience dans la construction. La *Senate Bill 800* a été adoptée et incorporée dans la loi californienne afin d'améliorer le traitement judiciaire des défauts de construction. La *SB 800* est applicable à tout type de constructions destinées à être vendues comme unité individuelle de logement. La loi spécifie les droits et les limites des propriétaires individuels. La loi précise les standards de construction des unités de logements et définit ainsi ce qui constitue un défaut de construction.

Durant une période de 10 ans, le propriétaire n'a pas besoin de démontrer que le logement ne remplit pas les standards et n'a pas besoin de prouver l'existence de dommages. La *SB 800* précise également l'ampleur des dommages qui peuvent être remboursés au propriétaire. Ce montant correspond à la valeur dite « raisonnable de réparer » les dommages et d'en rectifier les causes lorsque le bâtiment ne correspond pas aux standards en vigueur. Le coût raisonnable de réparer et remplacer, les réparations inadaptes réalisées par le constructeur, le coût du stockage et de la perte de revenu lorsque le propriétaire tire un revenu de son logement.

La loi prévoit une procédure qui force le propriétaire à correspondre avec le constructeur, à opérer certaines opérations de maintenance. Avant de pouvoir engager une procédure judiciaire, le propriétaire doit mettre en œuvre une série de procédures pré-contentieuses. Si le constructeur ne respecte pas la procédure, il peut immédiatement être assigné en justice par le propriétaire. La procédure précontentieuse précise que le propriétaire doit décrire au constructeur la nature de sa réclamation. Dans les 14 jours, le constructeur doit accuser réception et peut proposer au propriétaire un règlement négocié non-contentieux.

Un constructeur indépendant va inspecter le bâtiment concerné et doit vérifier si le bâtiment ne correspond pas aux standards en vigueur, dans les 14 jours après réception de la lettre du propriétaire. Une seconde inspection

est possible si elle s'avère raisonnablement nécessaire. Et doit être effectuée dans les 40 jours après la première inspection.

Dans les 30 jours après l'inspection, le constructeur peut faire une proposition écrite de réparation des violations des standards et de compensation du propriétaire. Le propriétaire a 30 jours pour autoriser le constructeur à procéder à la réparation ou offrir les services de trois entrepreneurs indépendants. Si le propriétaire souhaite que cela soit des entreprises indépendantes qui interviennent, le constructeur a 20 jours pour faire visiter les lieux à des entreprises et ensuite 35 jours pour faire une proposition. Alors, le propriétaire a 20 jours pour autoriser l'une des entreprises à effectuer la réparation.

L'offre de réparation faite par le constructeur doit être accompagnée par une offre de médiation. La durée de la médiation est limitée à quatre heures, sauf accord des deux parties, elle doit se tenir dans les 15 jours après la requête initiale du propriétaire, devant un médiateur indépendant. Si le constructeur a fait une offre de réparation et que le propriétaire ne choisisse pas un médiateur ou que la médiation échoue, le propriétaire doit permettre au constructeur de réaliser les réparations. Si le constructeur ne fait pas d'offre de réparation ou qu'il ne respecte pas l'un des aspects de la procédure pré-contentieuse, le propriétaire est en droit de procéder à une suite contentieuse immédiate.

Le constructeur peut ne pas procurer satisfaction, après réparation au propriétaire, dans ce cas le propriétaire doit déclencher une suite contentieuse. La période durant laquelle une telle procédure peut être déclenchée est de 100 jours après la déclaration initiale du propriétaire.

Le constructeur a le droit de proposer de faire une offre de dédommagement et ne pas procéder aux réparations.

Les deux caractéristiques du système californien sont, d'une part, son évolution plus lente qu'en France vers un système de responsabilité objective et, d'autre part, l'ouverture d'une fenêtre de règlement du litige par le constructeur lui-même. Le système français n'offre pas la possibilité au constructeur de réparer, c'est l'assurance qui prend en charge les dégâts et diligente les travaux.

5 - LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ DES INTERVENANTS À L'ACTE DE CONSTRUIRE

1 . Certains intervenants à l'acte de construire restent partiellement ou totalement en marge de ces garanties

1.1. Selon le système français, le fabricant n'est redevable que d'une responsabilité accessoire.

La responsabilité décennale et biennale du fabricant "d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance" résulte des dispositions de l'article 1792-4 du Code Civil, créé par la loi du 4 janvier 1978.

La responsabilité du fabricant est une responsabilité accessoire à celle du "locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre" l'élément fabriqué et qui est redevable des obligations mises à sa charge par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 du Code Civil. Il en résulte que la responsabilité du fabricant ne peut être recherchée si l'élément fabriqué a été mis en oeuvre par un sous-traitant ou par le maître d'ouvrage lui-même.

La jurisprudence détermine en outre si cet élément a été mis en oeuvre "sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant", ce qui peut conduire également à limiter ou à exclure sa responsabilité.

Enfin la jurisprudence n'est pas fixée, et donc un peu imprévisible, en ce qui concerne la définition de "l'élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance" ou "EPERS" (abréviation utilisée par les praticiens de la construction pour désigner les "éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire" du fabricant).

En conséquence, les actions formées à l'encontre du fabricant sont souvent introduites sur le fondement du droit commun : responsabilité pour défaut de conformité, vice caché, ou manquement à l'obligation de conseil. Cependant, en vertu des dispositions du dernier alinéa de l'article 1386-6 du Code Civil, le fabricant dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des garanties décennales et biennales échappe expressément à la responsabi-

té du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants du Code Civil, résultant de la loi du 19 mai 1998 qui transpose la directive du 30 juillet 1985.

La durée de la responsabilité du sous-traitant, qui n'est toujours pas un réputé constructeur, a été artificiellement réduite par l'ordonnance du 8 juin 2005.

L'ordonnance du 8 juin 2005, en créant l'article 2270-2 du Code Civil, uniformise l'ensemble des prescriptions des actions dirigées à l'encontre des sous-traitants. La responsabilité contractuelle trentenaire du sous-traitant à l'égard du donneur d'ordres devient décennale. Cette disposition d'application immédiate concerne tous les contrats en cours.

Ainsi, toutes les actions dirigées à l'encontre d'un sous-traitant, se prescrivent par dix ans à compter de la réception (ou par deux ans pour les éléments d'équipement) à savoir :

- les actions délictuelles introduites par le maître d'ouvrage et/ou son assureur DO, ou par tout constructeur qui n'est pas lié au sous-traitant pas un contrat.
- le recours formé sur un fondement contractuel par le donneur d'ordres du sous-traitant et/ou son assureur de responsabilité civile.

Ce raccourcissement attendu par les praticiens de la durée de la prescription désormais plus favorable au sous-traitant répond à un souci légitime d'harmonisation avec la responsabilité décennale ou biennale des constructeurs. Cette durée de prescription est cependant doublement dérogatoire au droit commun :

- la responsabilité contractuelle du sous-traitant est de 10 ans alors que la responsabilité contractuelle de droit commun est de 30 ans;
- la responsabilité extracontractuelle du sous-traitant est de 10 ans à compter de la réception, alors que les actions civiles extracontractuelles de droit commun se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation (article 2270-1 du Code Civil).

À trop multiplier les régimes dérogatoires au droit commun, le droit perd de sa clarté, alors que d'autres dispositions relatives au sous-traitant auraient pu permettre d'atteindre un résultat plus satisfaisant.

En effet, le sous-traitant, qui est pourtant souvent à l'origine directe des dommages, n'est pas un constructeur au sens de l'article 1792-1 du Code Civil. L'on relèvera aussi qu'à l'inverse des "réputé-constructeurs", le sous-traitant n'a pas de lien contractuel avec le maître d'ouvrage, ce qui peut expliquer qu'il demeure encore à ce jour exclu de cette catégorie.

Le sous-traitant échappe à la responsabilité de plein droit des articles 1792 et suivants du Code Civil et à la solidarité avec les constructeurs. Il demeure en dehors du champ de l'assurance de responsabilité obligatoire, ce qui peut être préjudiciable à la victime des dommages en particulier si l'assurance du donneur d'ordre est défaillante.

De nombreux auteurs regrettent que le sous-traitant n'ait pas été ajouté à la liste des constructeurs de l'article 1792-1 du Code Civil, ou qu'un article qui lui serait particulier et qui serait semblable à l'article 1792-4 du Code Civil relatif à la responsabilité du fabricant, le rende solidaire des constructeurs à l'égard du maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, à condition que cette solidarité ne soit pas comme celle du fabricant, accessoire à celle de l'entrepreneur principal.

Ainsi les modalités choisies pour harmoniser la responsabilité du sous-traitant avec celle des autres constructeurs sont juridiquement artificielles et peut être un peu trop timides.

1.2. Le contrôleur technique

L'ordonnance du 8 juin 2005 est venue clairement délimiter le champ de la responsabilité décennale du contrôleur technique. Les interprétations extensives de son rôle par la jurisprudence avaient entraîné une surévaluation de sa responsabilité l'assimilant à celle des constructeurs.

L'article L111-24 du code de la construction et de l'habitation mentionne déjà clairement que le contrôleur technique est soumis "dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage" à la présomption de responsabilité décennale. L'ordonnance vient compléter cet article en précisant que le contrôleur technique est responsable, vis à vis des constructeurs (c'est à dire au stade de la répartition de la charge définitive de la dette), "dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître de l'ouvrage".

Ce complément d'article constitue un rappel à l'adresse de la jurisprudence, et confirme le rôle et la responsabilité un peu secondaires du contrôleur technique. Ce texte est susceptible de générer des difficultés (donc des divergences) d'interprétation quant à sa portée (relativement à la solidarité entre constructeurs et la conséquence de l'insolvabilité de l'un d'entre eux).

2 . La responsabilité de plein droit ne concerne qu'une partie des sinistres

Les travaux qui ne constituent pas un ouvrage (tels que des peintures extérieures n'ayant qu'un rôle esthétique et sans fonction d'étanchéité), les ouvrages qui n'ont pas été réceptionnés, les dommages qui ne portent pas atteinte à la solidité de l'immeuble et ne le rendent pas impropre à sa destination appelés dommages intermédiaires (telle que la pose défectueuse du carrelage d'une terrasse) n'entrent pas dans le domaine de la garanties décennale. Ils peuvent faire l'objet de recours sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun. Ils requièrent la preuve d'une faute, d'un préjudice, d'un lien de causalité, et naturellement sont exclus du champ de l'assurance obligatoire.

Les dommages apparents qui n'ont fait l'objet d'aucune réserve à la réception ne sont plus indemnisables.

La responsabilité décennale ne porte pas sur l'absence d'achèvement de l'ouvrage. Celle-ci peut faire l'objet de recours sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, ou de contrats spéciaux afférents à la vente d'immeuble à construire (loi du 3 janvier 1967), le contrat de promotion immobilière (loi du 16 juillet 1971), le contrat de construction de maison individuelle sur plans (loi du 11 juillet 1972), le contrat de location-accession (loi du 12 juillet 1984).

PARTIE III — LE RÔLE DE L'ASSURANCE

1 — PRISE EN COMPTE DE L'ASSURANCE

La multiplication des parties peut, d'un côté, faciliter le règlement des conflits, ou de l'autre le compliquer. Elle augmente également le coût de la défense. Les dépositions sont plus longues et plus coûteuses lorsqu'une file d'avocats attendent leurs tours. De même, avec un nombre important de parties, chacune d'entre elles peut n'engager qu'une somme minime. Mais *in fine*, la lourdeur de la procédure vient augmenter son coût même s'il est partiellement divisé entre les parties.

En conséquence, le coût des assurances a considérablement augmenté, en France comme aux États-unis. Par exemple, un « *contractor* » californien assurant la construction du toit payait en moyenne \$155 pour son assurance au début des années 90. En 1996, la même assurance valait \$3000. Les assureurs ont augmenté les franchises et réduit la couverture de leur police. L'offre d'assurance a diminué. Les assureurs se sont retirés du marché de l'assurance californien. Actuellement, il n'y a plus que deux ou trois assureurs qui acceptent d'assurer les « *contractors* » qui entreprennent la construction de *condominiums*.

En France, la commission Mercadal (2006) notait qu'on évaluait à 3,2 milliards d'euros le déficit cumulé sur les années 1983 à 1999 des assureurs construction. C'est seulement à partir de 1995 qu'on a observé un redressement tarifaire enclenché pour prendre en compte les décisions des tribunaux. Cette décision tarifaire a permis de parvenir à des résultats proches de l'équilibre depuis 2000. Mais cet équilibre du système reste très chancelant et dépendant du niveau des produits financiers sur les provisions qui jouent un rôle important dans les résultats de la branche. On estime que 1% de baisse du taux de rémunération des placements oblige à augmenter les tarifs de 10%.

1. L'absence d'assurance

L'analyse économique du droit des accidents aborde également le problème de l'affectation des risques entre les parties.

Le problème posé est de savoir si les différentes formes de responsabilité créent des incitations pour une affectation efficiente des risques. Précédemment, nous avons implicitement supposé que les parties impliquées dans l'accident étaient neutres vis-à-vis du risque. Cette hypothèse est parfois acceptable, mais on admet plus généralement que les individus éprouvent de l'aversion pour le risque de sorte que, confrontés à une perte potentielle, leur bien-être serait supérieur s'il pouvait transférer le risque sur un autre agent neutre au risque ou moins averse au risque. L'auteur du dommage va donc chercher à s'assurer contre le risque de devoir indemniser la victime pour ses pertes en cas d'accidents et la victime va désirer s'assurer contre le risque d'avoir à supporter elle-même les conséquences des accidents. Au plan théorique, la principale difficulté est de savoir si les parties peuvent ou non accéder à un marché de l'assurance concurrentiel.

Dans l'éventualité où aucune assurance n'est disponible, la responsabilité sans faute fait peser l'intégralité du risque sur l'auteur du dommage. Cette règle constitue donc une forme « d'assurance complète » pour la victime alors que la responsabilité pour faute fait peser le risque de pertes sur la victime dans la mesure où l'auteur du dommage respecte le niveau de précaution efficient. Ainsi, la responsabilité pour faute constitue une « assurance complète » pour l'auteur du dommage. Donc, en l'absence d'un marché de l'assurance, la détermination de la forme de responsabilité qui conduit à une affectation efficiente des risques dépendra de l'aversion relative pour le risque des victimes et des auteurs de dommage [Shavell (1987)].

2. L'assurance pour tous

Si les parties peuvent accéder à un marché de l'assurance concurrentiel, ils pourront souscrire un contrat d'assurance leur garantissant une couverture complète moyennant le paiement d'une prime équitable. Dans ce cas, le système de responsabilité civile devrait se cantonner à son rôle préventif, l'affectation des risques s'opérant de façon efficace via le mécanisme assurantiel. Cependant, certains évoquent parfois le risque que l'assurance complète des parties ne conduise à une déresponsabilisation

face à l'accident. En pratique, un tel risque est concevable seulement en présence d'anti-sélection ou de risque moral puisqu'une couverture complète les inciterait à réduire leurs efforts de prévention de façon inefficace. Toutefois, conformément aux enseignements de l'économie de l'assurance, les compagnies d'assurance n'ont alors aucun intérêt à offrir des assurances complètes. Au contraire, elles mettent en place des systèmes de franchise et de *malus* tels que les auteurs de dommage assurés peuvent être contraints de supporter une partie des pertes en cas d'accident. Ainsi, l'assurance de responsabilité est socialement bénéfique parce qu'elle protège les individus éprouvant de l'aversion pour le risque tout en maintenant des incitations à prendre des précautions.

Autrement dit, la possibilité pour les agents de couvrir le risque de responsabilité par l'assurance ne modifie pas les conclusions fondamentales de l'analyse menée en l'absence d'assurance. En effet, l'internalisation des accidents se fait alors par l'intermédiaire d'une prime d'autant plus élevée que le risque est important. Dans le cadre des accidents thérapeutiques, par exemple, l'assureur demandera aux chirurgiens une prime équitable (en l'absence d'asymétrie d'information) pour l'assurance de responsabilité civile. Les assurés préféreront alors fournir l'effort de prévention optimal pour échapper au risque d'accident et, en conséquence, pour réduire la prime d'assurance payée.

D'autres extensions sont concevables pour apprécier les effets de l'assurance sur le fonctionnement des différentes formes de responsabilité. L'une d'elles concerne la possibilité pour les victimes potentielles d'accident de désirer s'assurer uniquement contre les pertes financières. Dans ce cas leurs fonctions d'utilité sont dépendantes des états de la nature et l'assurance est incomplète puisqu'il est rationnel pour elle de ne pas souscrire d'assurance pour la partie extra-patrimoniale de son préjudice. On peut alors démontrer qu'une divergence peut apparaître entre le montant des dommages-intérêts compensatoires à verser aux victimes pour que l'affectation du risque soit optimale et le montant que les auteurs de dommages devraient être condamnés à verser pour être incités à réduire le risque de façon optimale en choisissant de respecter le niveau de précaution optimal. Il convient alors de s'interroger sur le recours à des systèmes de sanctions financières supplémentaires comme des amendes lorsque les auteurs de dommages ne s'assurent pas suffisamment parce que leur richesse et donc leur disposition marginale à payer est inférieure aux dommages qu'ils causent quand un accident survient. Le risque existe en effet

de voir les agents générateurs de risque prendre trop peu de précautions et avoir un niveau d'activité supérieur à ce que requiert l'efficacité économique.

2 — L'ASSURANCE OBLIGATOIRE À LA FRANÇAISE

L'assurance obligatoire constitue une garantie d'indemnisation des victimes, dont le domaine a été étendu par la jurisprudence

1. Dispositions communes aux assurances DO et de responsabilité

Depuis 1983, afin de supprimer les délais et le coût générés par les recours entre assureurs, il est possible de souscrire une police unique de chantier ou PUC, les assurances DO et de responsabilité auprès d'un même assureur.

L'obligation d'assurance a pour corollaire l'obligation d'assurer. Aussi, l'article L243-4 du code des assurances confie au bureau central de tarification, saisi par celui qui s'est vu illégitimement refuser la souscription d'un contrat d'assurance, le rôle de fixer les conditions (notamment le montant de la prime) qui s'imposeront à l'assureur sous peine de refus d'agrément.

Depuis la loi du 4 janvier 1978 le contenu des polices est lui même réglementé et doit offrir des garanties au moins égales à celles des clauses types de l'article A 243-1 du code des assurances.

1.1. L'assurance DO : la réparation intégrale du dommage sans recherche de responsabilité

L'assurance DO doit être souscrite par le maître de l'ouvrage, le promoteur ou le vendeur d'immeuble à construire. La loi du 31 décembre 1989 a supprimé l'obligation d'assurance de chose (article L242-1 alinea 2 du code des assurances) pour le maître d'ouvrage de droit public ou privé dont l'activité est supérieure au seuil dit "de gros risques", et qui fait réaliser pour son compte des travaux pour un usage autre que l'habitation. Ont ainsi été exclus du domaine de l'obligation d'assurance certains ouvrages publics (hôpitaux, prisons, écoles, casernes...) et l'immobilier d'entreprise. L'on peut relever que les exclusions sont opérées sur un critère issu de la destina-

tion de l'ouvrage, ce qui constitue une nouveauté par rapport au texte de la loi Spinetta, mais permet de mieux en respecter l'esprit (à tous le moins l'esprit de sa genèse), cette loi devant initialement concerner les ouvrages liés à l'habitat.

L'assurance DO garantit "le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages" visés aux articles 1792 et suivants du Code Civil. Il en résulte que dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1989 l'article L 241-1 du code des assurances interdit toute franchise et tout plafond de garantie.

L'assurance DO garantit également, dans les conditions de l'alinéa 8 de cet article, les réparations nécessaires résultant de désordres de nature décennale lorsque, avant la réception le contrat de louage d'ouvrage est résilié pour inexécution, et après la réception, lorsque l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations dans l'exécution de la garantie de parfait achèvement.

L'assureur DO qui a procédé au paiement de l'indemnité est subrogé dans les droits et actions de l'assuré en vertu des dispositions de l'article L 121-12 du code des assurances. Compte tenu de la subrogation, il bénéficie des mêmes droits que son assuré à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs. Les intervenants à l'acte de construire ne peuvent donc pas lui opposer de partage de responsabilité. Il peut obtenir leur condamnation *in solidum*, avec leurs assureurs de responsabilité, à lui payer les sommes qu'il a lui-même versées à son assuré.

Ainsi le système mis en place par la loi Spinetta déplace de la victime à l'assureur DO le risque d'insolvabilité des intervenants à l'acte de construction.

L'assureur DO, comme la victime du dommage, peut aussi exercer une action directe à l'encontre de l'assureur de responsabilité, ce qui présente un intérêt considérable lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été ouverte à l'égard du constructeur concerné.

1.2. L'assurance de responsabilité supporte la charge finale du dommage

Les clauses types ne prévoient que trois cas d'exclusion et une déchéance :

- Les cas d'exclusions de garanties sont opposables à la victime du dommage, mais ne concernent que trois cas (le dol ou le fait intentionnel de l'assuré, l'usure normale

ou le défaut d'entretien, et la cause étrangère). Aucun autre cas d'exclusion ne peut être mentionnée dans le contrat d'assurance obligatoire.

- La déchéance de garantie résulte de l'inobservation par l'assuré des règles de l'art. L'inobservation des règles de l'art par le constructeur est très fréquente sur le chantier, cependant, la déchéance de garantie qui peut en résulter n'est pas opposable à la victime du dommage.

L'assurance de responsabilité obligatoire ne comporte aucun plafond de garantie. Elle comporte une franchise qui est inopposable à la victime du dommage.

Depuis la loi du 4 janvier 1978 la garantie est maintenue jusqu'à l'expiration de la responsabilité de l'assuré (article L 241-1 alinea 3 du code des assurances). Il a pourtant fallu attendre la loi du 28 juin 1982, qui a créé le fonds de compensation des risques de l'assurance (FCAC) pour que les polices de responsabilité soient gérées par capitalisation. Le défaut de paiement d'une prime par l'assuré du fait de sa liquidation par exemple, n'est plus susceptible de mettre fin à la garantie souscrite.

2. Afin de garantir l'indemnisation de la victime la jurisprudence a étendu le domaine de l'assurance obligatoire

Il n'y a pas de concordance entre le domaine de la responsabilité de plein droit des constructeurs et le champ de l'assurance obligatoire. Le champ d'application de la responsabilité de plein droit des articles 1792 et suivants du Code Civil est plus vaste que le domaine de l'obligation d'assurance, ce qui peut diminuer l'efficacité de la garantie des articles 1792 et suivants du Code Civil, en particulier en cas de liquidation judiciaire de l'un des intervenants à l'acte de construction.

En effet, la loi Spinetta n'a imposé l'assurance obligatoire que pour les "travaux de bâtiments". Or, la notion de "bâtiment" est bien plus restrictive que celle d' "ouvrage".

Dans un souci de meilleure indemnisation des victimes, la jurisprudence s'est attachée à étendre largement le domaine de l'assurance obligatoire pour le faire coïncider avec celui de la responsabilité décennale, en décidant que doivent entrer dans le champ de l'assurance obligatoire les travaux réalisés "suivant les techniques de travaux de

bâtiment". La formule est apparue pour la première fois dans un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 26 février 1991 et a été constamment reprise ensuite (plafond suspendu, station de métro, carrelage d'un centre commercial...). Ces décisions ont suscité de longs débats doctrinaux, et, dans le secteur de l'assurance, une grande incertitude confinant à la crise.

Cette jurisprudence est de celles qui ont suscité, à la demande du ministère de l'équipement, la création d'un comité de spécialistes (JP KARILA, H PERINET MARQUET, et C SAINT HALARY HOUIN), qui a reçu pour mission de délimiter le champ des assurances obligatoires. Le rapport déposé en décembre 1997 a servi de base à la réforme intervenue par voie d'ordonnance le 8 juin 2005.

En outre, par un arrêt du 29 février 2000 (arrêt Chirinian), la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, a mis à la charge de l'assureur de responsabilité le paiement des travaux nécessaires à la réparation de l'ouvrage en son entier, bien que les ouvrages existants aient été dissociables du neuf. Il s'agissait en l'espèce de la pose d'une cheminée avec insert qui avait provoqué l'incendie de l'ensemble du pavillon.

Cette jurisprudence remarquée a aussi contribué à augmenter le nombre et le montant des sinistres soumis à la couverture des assurances, et par conséquent a rendu difficile voire impossible l'évaluation du risque par l'assureur.

3 - L'ASSURANCE OBLIGATOIRE CONSERVE DES ASPECTS PEU FAVORABLES À LA VICTIME ET RESTE CONTENUE DANS DES LIMITES QUE L'ORDONNANCE DU 8 JUIN 2005 A TENTÉ DE REDÉFINIR.

1. L'étendue de la réparation ne concerne strictement que l'ouvrage lui-même

Les assurances DO et de responsabilité obligatoires ne garantissent que les dommages subis par l'ouvrage. Elles ne garantissent pas les dommages annexes (préjudices mobiliers, immatériels et encore moins corporels). Il est cependant possible de compléter l'assurance obligatoire par

la souscription de garanties facultatives qui permettent une couverture plus large.

1.1. L'indemnisation rapide de la victime par l'assurance DO n'est pas systématique

Il arrive fréquemment que le recours formé à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs, soit introduit par l'assureur DO alors que celui n'a pas encore indemnisé la victime des dommages. Les actions des victimes à l'encontre de l'assureur DO qui conteste sa garantie et le recours de l'assureur DO étant la plupart du temps tranchées ensemble dans un même jugement, le recours de l'assureur DO est formé alors qu'il n'a pas encore été statué sur la demande initiale de la victime.

Pourtant, en l'absence de paiement subrogatoire, l'assureur DO n'a pas qualité à agir et son action est irrecevable (voir l'article L 121-12 du code des assurances). Or, l'assureur DO doit lui aussi former un recours dans le délai décennal afin d'interrompre la prescription.

Afin d'éviter que ne lui soit opposée cette prescription, les tribunaux décident que l'action engagée par l'assureur DO est recevable, dès lors qu'il aura payé l'indemnité avant qu'il ne soit statué sur son action (par application de l'article 126 du nouveau code de procédure civile). Il peut donc payer l'indemnité à son assuré jusqu'à ce que l'affaire soit jugé au fond, (en pratique jusqu'à l'audience de plaidoiries) ce qui peut prendre plusieurs mois, ou plusieurs années dans les affaires les plus complexes.

Si cette jurisprudence évite que l'assureur DO ne préfinance et soit privé de recours contre les responsables des dommages, cependant, elle est contraire à l'esprit de la loi Spinetta en ce qu'elle prive l'assurance DO de l'un de ses principaux avantages qui est de permettre l'indemnisation rapide des dommages.

1.2. L'assurance de responsabilité

L'assurance s'applique dans les limites de la police. L'assureur pourra valablement décliner sa garantie si le sinistre est intervenu dans un domaine différent de l'activité professionnelle déclarée par l'assuré ou ne correspond pas au risque déclaré par celui-ci.

La jurisprudence estime néanmoins que ces cas d'absence d'assurance ne sont opposables à la victime du sinistre que si les restrictions du contrat liées aux activités as-

surées ont été clairement indiquées dans l'attestation d'assurance dont elle dispose

2. L'ordonnance du 8 juin 2005 contribue à clarifier le domaine des assurances obligatoires

- L'ordonnance du 8 juin 2005 supprime toute référence à la notion de "bâtiment"

L'ordonnance du 8 juin 2005 supprime toute référence à la notion de "bâtiment" et "travaux de bâtiment" dans les articles afférents aux assurances DO et de responsabilité. Cette modification entérine l'extension jurisprudentielle du champ de l'obligation d'assurance et harmonise la terminologie de l'assurance obligatoire avec celle utilisée par la jurisprudence pour apprécier la responsabilité des constructeurs.

En effet, bien que jusqu'à l'ordonnance du 8 juin 2005 les garanties des constructeurs avaient elles aussi des domaines distincts (La garantie décennale de l'article 1792 et la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 faisaient référence à la notion d'ouvrage. La responsabilité décennale de l'article 1792-2 et la responsabilité bien-nale de l'article 1792-3 faisaient référence à la notion de bâtiment), la jurisprudence appliquait déjà les articles 1792-2 et 1792-3 à des éléments d'équipement d'ouvrages qui n'étaient pas des bâtiments.

Depuis l'ordonnance du 8 juin 2005 les articles 1792-2 et 1792-3 du code civil font eux aussi référence à la notion d'ouvrage.

- L'ordonnance du 8 juin 2005 crée un nouvel article L243-1-1, paragraphes I et II, du code des assurances qui exclut du champ de l'assurance obligatoire des ouvrages limitativement énumérés.

Si les rédacteurs de l'ordonnance ont rejoint la position des juridictions en retenant les notions plus larges de "construction" et "travaux de construction", ils ont cependant entendu limiter formellement l'extension du domaine de l'assurance obligatoire qui en résulte, en dressant la liste exhaustive des ouvrages qui en sont exclus. L'obligation d'assurance repose désormais sur le principe du "tout sauf...".

Cette partie de la réforme rapproche le champ de l'assurance obligatoire de l'esprit de la loi Spinetta, en

excluant notamment de l'obligation d'assurance les ouvrages dits de génie civil.

Ainsi, le domaine de la responsabilité et celui de l'assurance obligatoire ne coïncident toujours pas puisque certains ouvrages de construction sont expressément exclus de l'assurance obligatoire.

Cependant le domaine de l'assurance obligatoire est clarifié, puisqu'à compter de l'entrée en vigueur de ces dispositions (le 10 juin 2005), la souscription d'une assurance de chose ou de responsabilité s'imposera pour tous les nouveaux contrats portant sur la réalisation d'un ouvrage de nature immobilière, sauf si cet ouvrage figure sur la liste exhaustive de l'article L 243-1-1, paragraphe I, alinéa 1 et 2 du code des assurances.

Il existe néanmoins une exception à l'exclusion des ouvrages listés au 2ème alinéa de cet article, qui restent dans le champ de l'assurance obligatoire lorsqu'ils sont accessoires à un ouvrage soumis à l'obligation d'assurance.

Les litiges porteront à présent sur les éventuelles définitions des ouvrages figurant sur la liste des exclusions, et sur la notion d'accessoire à un ouvrage soumis à l'obligation d'assurance.

- Le nouvel article L 243-1-1 paragraphe II du code des assurances exclut quant à lui de l'obligation d'assurance les ouvrages existants, à moins qu'ils ne soient "incorporés dans l'ouvrage neuf" et en deviennent "techniquement indivisibles"

Cet article contient un écueil. Il appartiendra à la jurisprudence de dire si l'obligation d'assurance est applicable aux existants qui, bien que devenus techniquement indivisibles de l'ouvrage neufs, ne sont pas incorporés dans celui-ci, et où se sont les travaux neufs qui sont incorporés dans l'ouvrage existant. La faille laissée est de taille puisque la lecture à la lettre de l'article L 243-1-1 paragraphe II du code des assurances conduirait à exclure de l'obligation d'assurance les travaux incorporant le neuf dans l'ouvrage existant, tels que des travaux de réhabilitation.

- L'ordonnance du 8 juin 2005 crée l'article 1792-7 du Code Civil

Ce texte procède à l'éviction des éléments d'équipement qui ont une fonction d'exploitation du domaine des responsabilités des articles 1792 et suivants du Code Civil et

par voie de conséquence du champ de l'assurance obligatoire.

La loi Spinetta ne faisant aucune référence à la destination des éléments d'équipement de l'ouvrage, la jurisprudence a pu légitimement considérer que l'ouvrage affecté dans l'un de ces éléments d'équipement, fut-il un équipement industriel, était impropre à sa destination (tel que l'équipement frigorifique défectueux d'un abattoir). Elle a aussi à plusieurs reprises exclu ces dommages de la garantie décennale (ex : un système destiné à automatiser la fabrication du champagne). L'article 1792-7 met fin à cette ambiguïté.

4 — L'AUTO-ASSURANCE ET LE DÉFAUT D'ASSURANCE

Aux Etats-Unis, plusieurs compagnies d'assurance proposent désormais d'ajouter à leur police un (SIR : *self-insured retention*).

Le SIR oblige le constructeur à déposer une somme d'argent afin de venir couvrir les coûts éventuels de procédure en responsabilité. Ce coût était généralement pris en charge par l'assureur et il est transféré à l'assuré par le biais du SIR. Le SIR peut être favorable aux constructeurs dans la mesure où le contrat prévoit que c'est le constructeur qui mènera la négociation avec le plaignant afin de savoir si un accord précontentieux est de son intérêt de même c'est le constructeur qui décidera d'impliquer ou non les autres assureurs décision qui affecte considérablement les coûts ultérieurs de la procédure.

Une autre solution à l'augmentation des primes d'assurances et à la difficulté de trouver une assurance réside dans le développement des « *owner contrat insurance program* » (OCIP) ou « *Wrap insurance* ». Le propriétaire ou le « *general contractor* » achète une assurance spéciale qui couvre l'ensemble des intervenants sur le projet. Ainsi les sous-contractants qui peinent généralement à trouver un assureur (d'où des défauts d'assurance) sont assurés. Le fait d'assurer tout les intervenants sous une même assurance évite la duplication des couvertures et la prime totale réduite.

Par exemple, supposons qu'un propriétaire veuille que les intervenants soient assurés pour couvrir un incident à hauteur de 2 millions de dollars et l'ensemble des inci-

dents jusqu'à 10 millions de dollars. La majorité des *contractors* ont généralement des assurances qui couvrent le risque respectivement à hauteur de 1 et 2 millions de dollars. Sans OCIP le « *contractor general* » transférera le besoin de couverture du risque vers les sous-contractants. Les primes additionnelles seront incluses dans les réponses des sous-contractants aux appels d'offre. Si un ouvrier est blessé sur le chantier, la loi l'empêche d'être indemnisé et de poursuivre son employeur donc il poursuivra le « *contractor general* » et le propriétaire. Au minimum deux assurances, couvrant à hauteur de 2 millions de dollars seront impliquées. Le total disponible sera donc de 4 millions de dollars. S'il y a d'autres intervenants le total de couverture disponible sera bien supérieur au montant réclamé par le propriétaire : 2 millions.

Par la suite, chaque partie représentée par son avocat tentera de prouver qu'elle n'est pas en cause dans l'accident et de déplacer la responsabilité vers les autres intervenants.

Le propriétaire a donc déclenché un montant de couverture bien supérieur à 2 millions de dollars dont le surpris est répercuté par les sous-traitants dans le prix du bâtiment.

En revanche, avec un contrat OCIP il n'est pas nécessaire de prendre des assurances additionnelles puisque le « *contractor general* » aura pris une assurance collective. Il devient également inutile de déclencher des frais de justice en tentant de transférer la charge de la responsabilité d'une partie à l'autre. Cette économie de frais de justice devrait permettre d'abaisser le coût des primes.

En combinant les bénéfices de la résolution rapide des conflits et du droit avec la responsabilité personnelle, le management du risque d'un auto-assuré en SIR et/ou le coût efficacité d'un WRAP peuvent venir diminuer le coût des contentieux.

IV — CONCLUSION

Les philosophies sous-jacentes des droits français et californien sont très différentes. Le droit français, de tradition civiliste a bien fait figure de précurseur contredisant les thèses prêtant à la *common law* une supériorité intrinsèque. La présente note met toutefois en exergue le fait que les droits français et californien ont tout deux évolué vers un système de responsabilité objective, ou sans faute.

Ce système est réputé présenter plusieurs avantages. Le premier est qu'il permet d'économiser les coûts d'une éventuelle procédure nécessaire à établir la faute. La responsabilité sans faute est bien adaptée au cas de la construction puisque nous sommes dans une situation où le comportement de la victime du dommage a assez peu d'influence sur l'occurrence du sinistre. Certes, un mauvais entretien peut conduire à augmenter la sinistralité mais ceci reste marginal. En revanche, le niveau d'activité du constructeur est une variable importante. Un constructeur qui mène plus de projets que ce que son équipe peut conduire est plus exposé aux sinistres qu'un autre. La responsabilité pour faute est alors un système efficace qui force le constructeur à adopter le niveau de précaution optimale. Dans ces conditions, le nombre de sinistres est ramené vers un niveau socialement acceptable.

La responsabilisation par la responsabilité civile repose sur l'idée que le constructeur va systématiquement payer les dommages qui interviendront dans les dix ans sur les chantiers qu'il conduit. Dans ces conditions, l'entrepreneur qui souhaite maximiser son profit à intérêt à offrir des produits de qualité et à limiter le risque de dommages.

Ce système fonctionne bien mais peut buter sur le problème de l'insolvabilité du constructeur. En effet, s'il n'est pas solvable, il ne pourra pas faire face aux conséquences d'une condamnation à payer des dommages-intérêts. L'assurance permet précisément de pallier ce problème. L'assurance joue un double rôle. Elle socialise le risque, puisqu'en faisant payer à tous une prime d'assurance correspondant approximativement au coût total annuel des dommages du secteur divisé par le nombre d'assurés (prime ac-

tuarielle), elle permet de répartir le coût du risque et donc de contourner le problème de solvabilité.

Un tel système pose un problème dit « d'aléa moral », puisque le constructeur n'est plus individuellement responsable du risque qu'il prend lors de la construction. Il n'a alors pas d'incitations à construire avec soin. Cette question a été identifiée dans le domaine des assurances santé ou automobile, où l'assuré n'a pas de raisons de prendre des précautions pour éviter un rythme ou un accrochage s'il est remboursé des soins ou des réparations.

La mise en œuvre de franchises et de primes individualisées offre une solution au problème de l'aléa moral. Si chaque sinistre déclenche le paiement d'une franchise, l'assuré est incité à éviter, précisément les petits accrochages, que son comportement permet effectivement de réduire. Il peut également sous déclarer les sinistres.

Dans le cas de la construction immobilière, la sous déclaration est peu pratiquée, puisque l'assuré maître d'ouvrage, est souvent exposé à des dommages dont le coût est supérieur à la franchise et également il n'est pas un intervenant régulier sur le marché. Il n'est donc pas candidat à prendre une nouvelle assurance et peut changer d'assureur. La réduction de l'aléa moral porte donc plutôt sur le comportement du constructeur qui bénéficie de la seconde détente du système français (assurance de la responsabilité décennale). Les constructeurs ont donc intérêt à construire sans prendre de risques excessifs de manière à ce que leur prime d'assurance n'augmente pas trop.

Il convient donc que l'individualisation du risque soit parfaite pour le constructeur qui traite la prime d'assurance comme un prix personnalisé et internalise le risque. En fait, ce système n'est pas parfaitement efficace. En effet, le constructeur peut rationnellement préférer prendre un risque et assumer une augmentation de son assurance. Les bénéfices d'une telle attitude pouvant être supérieurs au coût, car la prime est par définition inférieure au dommage. La variation potentielle de la prime ne constitue pas un mécanisme fiable forçant le constructeur à minimiser le risque.

Le couple responsabilité sans faute et assurance est pris en défaut. Ce problème est classique en économie de l'assurance. Le problème de l'assureur est de socialiser les risques (*pooling*) en couvrant une vaste gamme d'opérations et d'individualiser les primes afin de réduire l'aléa moral. Il ne peut y arriver de manière parfaite car cela exigerait de connaître parfaitement les

risques propres à chaque opération. Si cela était possible cela reviendrait à exiger de chacun le coût actualisé des dommages sur ces chantiers exact et permettrait effectivement d'internaliser le risque.

Le système français a préféré développer un système d'assurance où les assurances discriminent très faiblement leurs clients. Les tarifs pratiqués pour des opérations analogues varient peu entre les constructeurs. Les californiens ont, au contraire, poussé la logique d'individualisation du coût du risque. La logique de l'auto-assurance renvoie à ce que les économistes désignent par « *screening* » où chaque agent doit assumer le coût du risque précis qu'il engendre. Les agents à risque payent cher, les autres pas. L'idée de permettre l'auto-assurance a pour principale vertu de permettre à ceux qui sont le mieux placés pour observer les pratiques des constructeurs (en l'occurrence les autres constructeurs) de choisir leurs partenaires. Ainsi un groupe idéal d'auto-assuré ne comprend que des acteurs présentant un degré de risque analogue.

La pratique californienne engendre deux problèmes. Le premier est qu'il n'est pas certain que tout le monde puisse trouver une assurance. Le taux de défaillance n'est pas négligeable. Le système français prévoit l'intervention du BCT (Bureau central de tarification) qui permet à chacun de trouver une assurance à un prix raisonnable. Le marché californien est régulé de fait par la réduction de la construction, lorsque les constructeurs ne trouvent pas d'assurance ou qu'elles sont trop chères.

Finalement, le système californien tente de permettre aux « bons » constructeurs de bénéficier de leur avantage concurrentiel en s'assurant à moindre coût relatif. Le système français garantit à tous de trouver une assurance à un prix raisonnable et tend à répartir le coût des dommages entre tous les assurés. Les « bons » constructeurs sont faiblement récompensés mais contribuent à ce que les autres, c'est-à-dire les mauvais constructeurs mais aussi la masse de ceux qui entrent et sortent du marché, trouvent un produit à un prix accessible.

Il est probable que le dispositif français joue comme un frein à la concurrence entre les sous-traitants et ralentisse la concentration du secteur BTP. Il est également possible que ce système protège de la non assurance qui constitue sans doute le risque le plus grave contre lequel les américains sont mal armés.

Dans un secteur où les sous-traitants comme les constructeurs sont faiblement concentrés et où il y a une multitude de petites entreprises entrant et sortant du marché il est difficile de forcer à la qualité par l'incitation assurantielle. Il est trop facile de dissoudre une entreprise et de la relancer sous un autre nom pour que la chasse à la bonne prime d'assurance constitue un aiguillon efficace. Côté californien, il est certain que la forte innovation facilitée par la loi permettra à certains groupes d'éviter la flambée des primes. Plus qu'une éviction des constructeurs à risque, pour les raisons que nous venons d'évoquer, on assistera à une différenciation des constructeurs. Les plus innovants mèneront des projets plus ambitieux en mettant en ligne l'innovation industrielle et assurantielle.

Au total, la comparaison entre les logiques de prise en charge des risques de dommages en matière de construction immobilière relève moins des mécanismes juridiques (les deux systèmes retiennent le principe d'une responsabilité sans faute), mais plutôt des conditions de fonctionnement du marché de l'assurance.

V - ANNEXE

Code civil français

article 1646-1 : Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu à compter de la réception des travaux , des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux même tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble. Il n'y aura pas lieu à résolution de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du présent code et assumer la garantie prévue à l'article 1792-3.

article 1792 : Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.

article 1792-1 : Est réputé constructeur de l'ouvrage :

- 1° . Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

- 2°. Toute personne qui vend, après achèvement un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire.

- 3° . Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage;

article 1792-2 : La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un "ou-

vrage"(ordonnance du 5 juin 2005), mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité de fondation, d'ossature, de clos, de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage.

article 1792- 3 : Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception;

article 1792- 4 alinéa 1 : Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.

article 1792-5 : Toute clause d'un contrat qui a pour objet soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue aux articles 1792-4, est réputée non écrite.

article 1792-6 : La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclarer accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement.

La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception;

Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné.

En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou à défaut judiciairement.

La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage.

article 1792-7 (création de l'ordonnance du 8 juin 2005) :
Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage.

article 2270 : Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article.

article 2270-2 (création de l'ordonnance du 8 juin 2005) :
Les actions en responsabilité dirigées contre un sous traitant en raison des dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionné aux articles 1792 et 1792-2 du code civil se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette même réception.

Nouveau code de procédure civile

article 126 alinéa 1 : Dans le cas où la situation donnant lieu à une fin de non recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

Code des assurances

article L 121-12 : L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette in-

demnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.

article L241-1 alinéa 1 : Toute personne physique ou morale , dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil (les termes "à propos de travaux de bâtiment" sont supprimés par l'ordonnance du 8 juin 2005), doit être couverte par une assurance.

article L241-2 : Celui qui fait réaliser pour le compte d'autrui des travaux de construction ("travaux de bâtiment" avant l'ordonnance du 8 juin 2005) mentionnés à l'article précédent doit être couvert par une assurance de responsabilité garantissant les dommages visés aux articles 1792 et 1792-2 du code civil résultant de son fait. Il en est de même lorsque les ouvrages ("bâtiments" avant l'ordonnance du 8 juin 2005) sont construits en vue de la vente.

article L242-1 alinéa 1 : Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction ("travaux de bâtiment"avant l'ordonnance du 8 juin 2005), doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaire successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche de responsabilité , le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil.

alinéa 2 : Toutefois l'obligation d'assurance prévue au 1er alinéa ci-dessus ne s'applique ni aux personnes morales de droit public ni aux personnes morales exerçant une activité dont l'importance dépasse les seuils mentionnés au dernier alinéa de l'article L111-6 lorsque les personnes font réaliser pour leur compte des travaux de construction (remplace : "travaux de bâtiment") pour un usage autre que l'habitation.

alinéa 8 : L'assurance mentionnée au premier alinéa du présent article prend effet après l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement visé à l'article 1792-6 du code civil. Toutefois, elle garantit le paiement des réparations nécessaires lorsque :

Avant réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci, de ses obligations.

Après la réception, après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations.

article L242-2 : Dans les cas prévus par les articles 1831-1 à 1831-5 du code civil relatifs au contrat de promotion immobilière, ainsi que par les articles 33, 34d, avant dernier et dernier alinéa, 35 et 36 de la loi du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction les obligations définies aux articles L241-2 eu L241-1 incombent au promoteur immobilier.

article L243-1-1, I (création de l'ordonnance du 8 juin 2005) : Ne sont pas soumis aux obligations d'assurance édictées par les articles L241-1, L241-2 et L242-1 les ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux, les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires, les ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents, ainsi que les éléments d'équipement de l'un ou l'autre de ces ouvrages;

- Les voiries, les ouvrages piétonniers, les parcs de stationnement, les réseaux divers, les canalisations, les lignes ou câbles et leurs supports, les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie, les ouvrages de télécommunication, les ouvrages sportifs non couverts ainsi que leurs éléments d'équipement, sont également exclus des obligations d'assurance mentionnées au premier alinéa, sauf si l'ouvrage ou l'élément d'équipement est accessoire à un ouvrage soumis à ces obligations d'assurance.

article L243-1-1, II (création de l'ordonnance du 8 juin 2005) : 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.

Code la construction et de l'habitation

article L11-24 : Le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du code civil, repro-

duits aux articles L111-13 à L111-15, qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270 du même code reproduit à l'article L111-20. Le contrôleur technique n'est tenu vis à vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à la concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des mission définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage".

VI - BIBLIOGRAPHIE

AUBY JB. et PERINET MARQUET H., Droit de l'urbanisme et de la construction, Domat-Montchestien.

BROWN J.P. (1973), Toward an Economic Theory of Liability, *Journal of Legal Studies*, 2, p. 323-349.

CALABRESI G. (1970), The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis, Yale University Press.

COASE R.A. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 1, p. 1-44.

COURTIEU G. (2005), Assurance construction : réforme sur ordonnance, *Responsabilité civile et assurance* N°10, octobre, étude 14.

COLLECTIF " L'évolution de la jurisprudence depuis 10 ans en matière de construction immobilière" colloque du 23 mai 2005 du CEJIB. (Collège National des Experts Judiciaires inscrits dans les spécialités du bâtiment et les activités connexes).

DAGOT M. (1990), Garantie d'achèvement et garantie décennale, *JCP*, 1990, I, 3456.

DIAMOND P.A. et MIRLEES J.A. (1975), On the Assignment of Liability : the Uniform Case, *Bell Journal of Economics*, 6, 487-506

KARILA JP (1987), La garantie décennale demeure t'elle une garantie des vices cachés sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 - *Revue de droit immobilier*, janvier mars.

KARILA JP (2005), Responsabilité des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005- - *Recueil DALLOZ*- 22 septembre 2005.

KARILA JP (2005), Responsabilité assurance construction, la réforme du 8 juin 2005, *Le Moniteur des travaux public et du bâtiment*, n° 5312, 16 septembre.

KORNHAUSER L.A. (1982), An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents, *California Law Review*, 70, 1345-1392.

KOLSTAD C.D., ULEN T. ET JOHNSON G.V. (1990), Ex post Liability form Harm vs. Ex ante Safety Regulation : Substitutes or Complements ?, *American Economic Review*, 80, 888-901.

LAMY- Droit immobilier

LANDES W.M. AND POSNER R.A. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press.

LEFEBVRE, Memento Pratique Francis LEFEBVRE - Urbanisme Construction

LESAGE F. (2003), Existe t'il des limites à la responsabilité décennale, *Administrer*, n° 355- mai.

LEGUAY G. (2002), L'assurance construction, documentation ENM.

MERCADAL Rapport de la commission Mercadal
http://www.syntec-ingenierie.fr/senat_pdf_18_06_2006/Mercadal.pdf

PAGES DE VARENNE ML. (2005), Responsabilité des constructeurs et assurance construction : les apports de l'ordonnance du 8 juin 2005, *Revue construction urbanisme* 8 septembre.

PERINET MARQUET H. (1992), Remarques sur la force de la garantie des constructeurs, *JCP* 1992, I, 3553.

PONCE C. (2004), Contribution à la définition du champs d'application de l'assurance construction : la notion de "travaux de construction", *Revue générale des assurances*, 1er octobre.

PERINET MARQUET (H.° (2005), Les constructeurs mieux responsabilisés, *Le Moniteur des travaux public et du bâtiment*, 16 septembre.

SAPPINGTON D. (1983), Limited Liability Contracts Between Principal and Agent, *Journal of Economic Theory*, 29, 1-21.

SCHWARTZ A. (1985), Products Liability, Corporate Structure and Bankruptcy : Toxic Substances and the Remote Risk Relationship, *Journal of Legal Studies*, 14, p. 689-750.

SHAVELL S. (1986), The Judgment Proof Problem, *International Review of Law and Economics*, 12, 171-184.

SHAVELL S. (1988), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press.

SPENCE M.(1977), Consumer Misperceptions, Product Failure and Producer Liability, *Review of Economic Studies*, 44, p. 561-572.

SYKES A.O. (1981), An Efficiency Analysis of Vicarious Liability Under the Law of Agency, *Yale Law Journal*, 91, 168-216.