

lexinter.net

JURISPRUDENCE 2005 à 2008

RAPPORT DU CONSEILLER RAPPORTEUR



RESPONSABILITE DU FABRICANT DE MEDICAMENTS | APPLICATION DE LA DIRECTIVE DU 25 JUILLET 1985 |
 GARANTIE D'UN PRODUIT FABRIQUE | MANQUEMENT A L'OBLIGATION DE SECURITE DE RESULTAT ET RESPONSABILITE A L'EGARD DE LA VICTIME

[[Accueil](#)] [[Remonter](#)]

RECHERCHE

comclick Rejoignez le 1er réseau de publicité au clic !

REPertoire

DROIT CIVIL

DROIT DES CONTRATS

DROIT DE LA CONSOMMATION

DROIT DES SOCIETES

DROIT COMMERCIAL

DROIT DE LA CONCURRENCE

ENTREPRISES EN DIFFICULTES

DROIT DE LA DISTRIBUTION

DROIT SOCIAL

DROIT DE LA BOURSE

DROIT DE LA BANQUE

DROIT PENAL

PROPRIETE INTELLECTUELLE

REGLEMENT DES DIFFERENDS

DROIT FISCAL

DROIT PUBLIC

DROIT EUROPEEN

DROIT DE L'INTERNET

DROIT DE

**Rapport de M. Chollet
 Conseiller rapporteur**

- [Arrêt n° 550](#)
- [Avis de l'avocat général](#)

La question posée par le pourvoi à la suite de la résistance de la cour d'appel d'Angers concerne les conditions d'application de l'article 1792-4 du code civil au fabricant visé par ce texte.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Suivant marché du 20 janvier 1992, la société Batiroc a, en 1992, fait procéder à l'édification d'un bâtiment industriel et a souscrit une police dommages ouvrage auprès de la société Cigna, aux droits de laquelle se trouve la société Ace insurance SA-NV, devenue la société Ace European Group Limited. Le maître de l'ouvrage a confié la réalisation du lot panneaux isothermes et bardage à la société Sodistra, laquelle a mis en oeuvre des panneaux fabriqués par la société Plasteurop, aux droits de laquelle se trouve la société financière et industrielle du Peloux.

La réception des travaux a eu lieu le 26 mai 1992. Les réserves relatives au lot "panneaux isothermiques" ont été levées le 28 septembre 1992.

A la suite de désordres sur ces panneaux, le maître de l'ouvrage a perçu une indemnité de son assureur dommages ouvrage, lequel a, exerçant son action récursoire, assigné la société Sodistra, l'assureur de celle-ci, la société Axa assurance IARD, aux droits de laquelle se trouve la société Axa France IARD, la société Plasteurop et la société SMABTP assureur de cette société.

Le fabricant a mis en la cause ses assureurs responsabilité civile, à savoir la société UAP aux droits de laquelle se trouvent successivement les sociétés Axa Global

L'INFORMATIQUE
INDEX
Dictionnaire juridique

Risks et Axa Corporate Solutions, la société Zurich International France, la société Royale belge devenue Axa Belgium, la société Zurich Assurances, la société AG 1824 aux droits de laquelle se trouve la société Fortis Corporate Insurance, ainsi que la société AIG Europe.

Par jugement du 19 décembre 2000, le tribunal de grande instance de Vannes a :

- condamné solidairement la société Sodistra, la société financière et industrielle du Peloux, la société Axa assurance IARD et la SMABTP à payer à la société Cigna la somme de 130953,86€ avec intérêts au taux légal et celle de 1524,49€ en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

- condamné solidairement, en application des articles 1792 et 1792-4 du code civil, la société financière et industrielle du Peloux, la société Assurance IARD et la SMABTP à garantir la société Sodistra et la société Axa Assurance IARD du paiement de toutes les condamnations prononcées à leur encontre et à leur payer la somme de 1219,59€ en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

- débouté la SMABTP de sa demande de garantie à l'encontre de la société Sodistra et de la compagnie Axa assurance IARD et de celle en application de l'article 700 susvisé,

- condamné la SMABTP à garantir la société financière et industrielle du Peloux du paiement de toutes les condamnations prononcées à son encontre, après déduction de la franchise,

- condamné la société financière et industrielle du Peloux à payer à chacune des six sociétés assureurs de responsabilité civile du fabricant la somme de 8000 francs et débouté cette société de sa demande en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Par arrêt du 22 octobre 2002, la cour d'appel de Rennes a confirmé le jugement en ces dispositions, dit que la SMABTP devra garantir la société financière du Peloux des condamnations prononcées contre elle sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile, dit que les intérêts échus des sommes dues à la société Ace insurance NV produiront intérêt pour une année entière à compter du 29 octobre 2001 et condamné la SMABTP à payer des indemnités en application de cet article.

Par arrêt du 22 septembre 2004, la Cour de cassation a, au visa de l'article 1792-4 du code civil, cassé cette décision, mais seulement en ce qu'elle a condamné solidairement en application des articles 1792 et 1792-4 du code civil, la société Sodistra, la société financière industrielle du Peloux, la société Axa assurance IARD et la SMABTP à payer à la société Ace insurance, aux droits de la société Cigna insurance Compagny of Europe, la somme de 130953,86€ avec intérêts au taux légal à compter du 2 avril 1997.

Le conclusif de cet arrêt était le suivant :

"Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé, d'une part, que le fabricant proposait une gamme de panneaux différents que le concepteur de l'immeuble pouvait choisir en fonction de la plage de température qu'il souhaitait obtenir et que d'autres fabricants proposaient à la vente ce même type de produit, d'autre part, que les panneaux étaient découpés sur le chantier afin d'y insérer des châssis d'éclairage et d'aération, des portes, des fenêtres et des passages de gaines techniques, et que dès lors les panneaux constituaient des éléments indifférenciés et nécessitant des modifications pour leur mise en oeuvre, la cour d'appel a violé le texte susvisé" (article 1792-4 du code civil).

La troisième chambre civile s'était donc fondée, d'une part sur le caractère indifférencié du produit, vendu par d'autres fabricants, lequel n'étant donc pas considéré comme spécifiquement conçu pour satisfaire à des exigences précises et

déterminées à l'avance, d'autre part sur le fait que les panneaux nécessitaient des modifications pour leur mise en oeuvre.

Saisie comme cour de renvoi, la cour d'appel d'Angers, par arrêt du 3 février 2006, a :

- dit n'y avoir lieu à condamnation au paiement de somme d'argent à l'encontre de la société financière et industrielle du Peloux (en liquidation judiciaire, avec M. Ouizille en qualité de liquidateur),

- confirmé pour le surplus le jugement en ses condamnations prononcées à l'encontre de la SMABTP,

- ordonné la capitalisation des intérêts échus des sommes dues à la société Ace insurance SA-NV aux droits de laquelle vient la société Ace European Group Limited, dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter du 29 octobre 2001,

- condamné la SMABTP à payer diverses sommes en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Cet arrêt, manifestant une résistance à la doctrine résultant de l'arrêt du 22 septembre 2004, est attaqué par le pourvoi régulièrement formé, le 28 février 2006, par la SMABTP, à laquelle l'arrêt avait été signifié le 14 de ce mois.

Monsieur le premier président a, par ordonnance du 13 mars 2006, réduit à 3 mois le délai de dépôt tant du mémoire ampliatif, à compter de la signification, intervenue le 15 mars 2006, de cette ordonnance, que du mémoire en défense pour les sociétés domiciliées en Belgique, ce délai courant de la signification de l'ampliatif étant ramené à 2 mois pour les autres défendeurs.

La SMABTP a régulièrement déposé un mémoire ampliatif le 14 juin 2006, signifié le jour même à la SCP Boutet, la SCP Coutard, constituée le 5 mai 2006 pour la société Zurich International France, la SCP Laugier et la SCP Gatineau, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, étant observé que Maître Gatineau s'était également constitué, le 29 mai 2006, pour la société Ace Group Limited qui apparaît avoir changé de nom. L'ampliatif a été en outre signifié par huissier de justice, à la société financière et industrielle du Peloux (pv de perquisition) et à M. Ouizille, liquidateur de cette société financière et industrielle du Peloux.

Un moyen en cinq branches et une demande, recevable de condamnation des défendeurs à lui payer la somme de 2500€ en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Les sociétés Axa Corporate Solutions Assurances, Axa Belgium, Rurich International Belgique, Aig Europe, et Fortis Corporate Insurance ont, le 28 juillet 2006, déposé et signifié un mémoire en défense tendant au rejet du pourvoi et à la condamnation de la SMABTP à leur payer la somme de 3000€ en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

La société Sodistra et la société Axa France IARD ont, le 31 juillet 2006, déposé un mémoire en défense, signifié le 1er août suivant, en sollicitant le paiement par la SMABTP de la somme de 2000€ en application de cet article.

La société Zurich International France a, le 1er août 2006, déposé un mémoire en défense et sollicité la condamnation de la SMABTP à lui payer la somme de 3500€ en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile. Je n'ai pas trouvé au dossier l'acte de signification de ce mémoire à la SMABTP.

Par ordonnance du 23 octobre 2006, Monsieur le premier président a renvoyé l'examen du pourvoi devant l'assemblée plénière.

2 - Le moyen

La SMABTP fait grief à l'arrêt de l'avoir, par confirmation du jugement, condamnée solidairement en application des articles 1792 et 1792-4 du code civil à payer des sommes et à garantir solidairement les sociétés Sodistra et Axa Assurances IARD.

Quatre branches sont centrées sur la notion d'ouvrage, partie d'ouvrage ou élément d'équipement conçu et fabriqué en état de satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, le moyen se référant à des contraintes spéciales de fabrication destinées à permettre l'intégration du produit dans un ouvrage donné et impliquant qu'il ait une spécificité le distinguant des autres produits du même genre ayant la même finalité intrinsèque.

La cinquième branche pose essentiellement la question de l'absence de modification du produit exigée par l'article 1792-4 du code civil tout en revenant à l'idée que le produit litigieux était générique, adaptable à une pluralité d'adaptations possibles.

1ère branche :

alors que pour relever de la garantie de l'article 1792-4 du code civil, un produit fabriqué doit être un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance ; qu'un tel produit, soumis à des contraintes spéciales de fabrication destinées à permettre son intégration dans un ouvrage donné, doit donc avoir reçu une spécificité qui le distingue des autres produits du même genre ayant la même finalité intrinsèque ; qu'en l'espèce, le produit litigieux, constitué d'un panneau extérieur en tôle ou polyester, d'une âme en mousse de polyuréthane et d'un parement intérieur en tôle ou en polyester, est fabriqué en taille standard, stocké en l'état, utilisable pour des usages variés (salles agroalimentaires, boucheries, abattoirs, wagons, etc.), en bardage, en plafond ou en couverture et vendu sur catalogue ; qu'il s'agit ainsi d'un produit *indifférencié*, sans finalité extrinsèque prédéterminée qui aurait nécessité, lors de sa conception et sa production, une spécificité technique qui le différencierait de produits du même genre ayant une même finalité intrinsèque ; que pour décider le contraire, la cour, par des motifs propres et adoptés, a retenu que la société Plasteurop avait conçu avec les panneaux litigieux *"un procédé"*, un *"type"* de produit pouvant être fabriqué par d'autres sociétés, adapté à l'ambiance de l'industrie agroalimentaire et satisfaisant aux normes d'hygiène exigées par ce type d'industrie, dont *"la seule finalité"* est de maintenir une température négative ou positive pour répondre à des exigences d'ordre sanitaire dans des ambiances agressives ; que *"la capacité d'isolation du procédé"* permet à la société Plasteurop de fabriquer des panneaux qui, ayant *"les mêmes fonctions qu'un entrepôt frigorifique traditionnel"*, sont *"susceptibles d'être utilisés"* pour des *"entrepôts frigorifiques"*, mais aussi *"pour d'autres bâtiments ou des camions frigorifiques d'usages différents"* ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs qui manifestaient à l'évidence que la société Plasteurop fabriquait une gamme de produits indifférenciés apte à répondre, en son genre, à une pluralité d'emplois possibles, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1792-4 du code civil ;

2ème branche :

alors que pour retenir que le produit litigieux constituait un EPERS, la cour a relevé, par motifs propres et adoptés, que la société Plasteurop « transmettait à ses clients différents renseignements de calcul pour la capacité isolante puis fabriquait les panneaux en fonction des exigences d'isolation spécifiques recherchées sur le site » ; que les panneaux étaient coupés en usine, ou fabriqués sur mesure dans cette dernière, et fournis avec la totalité des accessoires nécessaires à la pose, en sorte que l'entreprise acquéreuse n'avait plus qu'à les assembler en respectant les directives techniques imposées par le fabricant ; que ces panneaux, « conçus et fabriqués pour s'emboîter entre eux sur les côtés par un système mâle-femelle » étaient joints par « emboîtement de rives droite-gauche avec interposition d'un mastic et pour les

jointes d'angle des chambres négatives, coulage de mousse de polyuréthane dans un espace réservé entre les rives des panneaux adjacents » et fixés « par des inserts métalliques incorporés par le fabricant aux panneaux et solidaires de leur paroi extérieure » ; qu'en se déterminant par de tels motifs, qui ne traduisent que des circonstances générales de toute commande ou des aspects génériques d'un produit adaptable à toute forme d'usage (camions, frigos, etc...), qui se rencontrent en toute commande effectuée et livrée, sans avoir relevé aucun élément de nature à justifier que ce produit aurait répondu à une finalité extrinsèque spécifique, prédéterminée à l'avance avec le maître d'oeuvre, et qui en aurait déterminé la conception et la fabrication, ni à des contraintes spécifiques avant sa pose, la cour a violé l'article 1792-4 du code civil ;

3ème branche :

alors que la cour, par motifs adoptés, a constaté non seulement que les panneaux litigieux avaient pour « seule finalité » le maintien d'une température froide mais encore qu'ils avaient été spécialement « conçus » dans ce but « par la société Plasteurop », laquelle « a d'ailleurs fait évoluer son produit » ; qu'il s'évinçait de ces constatations que ladite société avait eu la maîtrise unique de la conception et de l'évolution de son produit, en vue de la finalité générale qu'elle avait été seule à lui assigner ; qu'en décidant néanmoins que ce produit constituait un EPERS, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1792-4 du code civil ;

4ème branche :

alors que la SMABTP a soutenu que « le poseur [s'était] fourni dans une gamme préexistante, fabriquée par Plasteurop, mais qui aurait pu aussi bien l'être par des sociétés concurrentes, comme Le Capitaine ou Dagard, pour ne citer que celles-ci » (concl. p.6, § 5) ; que la cour, qui a admis que la description qu'elle a faite des panneaux litigieux était celle d'un « type » de produit, a jugé, pour retenir que ces panneaux étaient des EPERS, qu'il était « indifférent que d'autres sociétés puissent fabriquer des panneaux sandwichs de ce type pour d'autres chantiers » ; qu'en se déterminant ainsi, quand cette circonstance révélait que le produit litigieux n'avait pas une spécificité le distinguant des produits du même genre, telle qu'aucun autre produit similaire n'ait pu répondre indifféremment à l'attente de la société Sodistra, et qu'il n'avait ainsi aucune caractéristique originale permettant de justifier qu'il aurait été conçu et fabriqué spécifiquement pour ladite société, la cour a violé l'article 1792-4 du code civil ;

5ème branche :

alors que pour qu'il y ait EPERS il faut que le matériau ait été conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, et qu'il ait été mis en oeuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant ; qu'en l'espèce, par motifs propres et adoptés, la cour a constaté que la mise en oeuvre de ces panneaux devait être effectuée par « des entreprises spécialisées », que l'entreprise qui les assemble « doit traiter de façon spécifique (...) les angles de bardage, les angles parois-plafond, les joints transversaux du plafond, les pieds de bardage, et réaliser la fixation des panneaux à l'ossature porteuse du bâtiment » et que, de fait, des modifications sont intervenues en l'espèce pour « insérer » dans les panneaux « des châssis d'éclairage et d'aération, des portes, des fenêtres et des passages de gaines techniques » ; que pour retenir néanmoins, malgré ces constatations générales, que le produit litigieux était un EPERS, la cour a jugé que le fabricant avait prévu lui-même la possibilité de ces modifications, qui n'étaient donc pas nécessaires pour adapter au site ledit produit ; que cette constatation révélait à la fois que le produit litigieux était générique, adaptable à une pluralité d'installations possibles, et que les modifications introduites, de fait, ne répondaient pas à une contrainte spécifique qui aurait été intégrée dans sa conception ; qu'il suffisait, en toute hypothèse, que des modifications aient été effectivement réalisées pour exclure la qualification retenue ; qu'en se déterminant dès lors comme elle l'a fait, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1792-4 du code civil ;

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger : définition de la notion d'élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La responsabilité des fabricants des produits de construction peut être mise en cause par les maîtres de l'ouvrage ou, au titre de l'action récursoire, par les constructeurs.

Avant la loi du 4 janvier 1978, la responsabilité des fabricants de matériaux ou éléments d'équipement utilisés dans la construction relevait du droit commun de la responsabilité.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a, par deux arrêts (Ass. Plén., 7 février 1986, Bull., n° 2 p. 2) retenu, pour la responsabilité du fabricant à l'égard du maître de l'ouvrage, un fondement contractuel.

La nécessité de rapporter la preuve d'un vice caché du matériau en cause créait toutefois des difficultés notamment dans le cas de nouveaux produits.

Le législateur, créant ainsi, selon la formule de M. Caston, "un îlot" d'assurance obligatoire dans "l'océan" d'assurance facultative des fabricants, a ainsi eu l'idée de soumettre les fabricants de certains éléments d'équipement intervenant dans la construction au même régime juridique que les constructeurs.

En cas de reconnaissance, pour l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'équipement en cause, du statut d'élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS), le maître de l'ouvrage bénéficie de la possibilité de choisir le plus solvable de ses débiteurs et d'agir, en l'absence de lien contractuel, directement contre le fabricant qui pourra alors être tenu de réparer la totalité du préjudice.

Le régime de la responsabilité du fabricant est désormais délicat à déterminer alors que peuvent être appliquées, alternativement, soit l'article 1792-4 du code civil, soit la responsabilité de droit commun du vendeur.

Le maître de l'ouvrage ne saurait, dans le cas d'EPERS, invoquer, lorsque les dispositions des articles 1386-1 et suivants du code civil sont devenues applicables, la responsabilité du fait des produits défectueux, ce compte tenu des termes clairs de l'article 1386-6 de ce code.

La Cour de cassation a rapidement pu définir, à partir des aléas de sa saisine, ce qui ne relevait pas de la notion d'éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire, mais il a fallu, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, attendre 14 ans pour avoir connaissance de son premier arrêt admettant cette qualification pour un produit de construction et bien davantage pour que l'assemblée plénière analyse une telle notion dont un auteur, invoquant son manque de clarté et partant de prévisibilité, a même préconisé la disparition.

La question posée par le pourvoi est un élément du débat, sur la pertinence et surtout sur l'étendue de l'assujettissement des fabricants à la responsabilité décennale et à l'obligation d'assurance correspondante, ce lien avec l'assurance obligatoire ne pouvant être ignoré alors que la stabilité ou l'évolution de la jurisprudence a une incidence sur la possibilité, pour les professionnels en cause, de circonscrire le risque.

Je propose d'examiner successivement :

- les sources

- les enjeux et la problématique.

I - Les sources

A) La loi et les travaux parlementaires

La présentation correspond au texte applicable en notre espèce, une ordonnance du 8 juin 2005 ayant, pour les marchés et contrats conclus après le 9 juin 2005, notamment ajouté un article 1792-7 du code civil ainsi rédigé :

"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."

1) La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978

L'article 1792 du code civil, qui instaure une responsabilité de plein droit du constructeur d'un ouvrage envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, n'est pas applicable aux fournisseurs et aux fabricants (3e Civ., 25 novembre 1998, pourvoi n° 97-11.395).

Il convient de rappeler rapidement que la responsabilité fondée sur ce texte suppose l'existence d'un ouvrage qui subit un dommage, même résultant du vice du sol et que cette notion a permis de faire entrer de nombreuses constructions dans le champ d'application de cette responsabilité (clôture, piscine, mur de soutènement, séchoir pour céréales..), d'y inclure la réalisation de travaux sur ouvrages existants ainsi que l'installation d'éléments d'équipement.

Pour qu'il y ait ouvrage au sens des articles 1792 et suivants, il faut qu'il y ait louage d'ouvrage, que l'ouvrage soit de nature immobilière et qu'il s'agisse d'un ouvrage de construction.

L'article 1792-4 du code civil, texte dérogatoire qui, sans distinguer selon que le fabricant est ou non lié par contrat au maître de l'ouvrage, instaure une responsabilité solidaire du fabricant avec l'entrepreneur, dispose :

"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 l'élément d'équipement considéré ".

Au fabricant ainsi visé est ensuite assimilé par le texte lui-même celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger et celui qui l'a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif.

Et l'article 1792-5 du même code répute non écrite toute clause d'un contrat qui a pour objet d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4.

A défaut de renvoi à l'article 1792-6, la solidarité ne concerne pas la garantie annale de parfait achèvement. Elle ne vise que le fabricant du produit en cause et l'entrepreneur qui a posé ce produit.

Les conditions visées par l'article 1792-4 susvisé apparaissent concerner les trois notions auxquelles celui-ci se réfère, à savoir l'ouvrage, la partie d'ouvrage et l'élément d'équipement.

2) Les travaux parlementaires

L'exposé des motifs du projet de loi relatif à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction et les rapports insistent sur la distinction entre ouvrages de bâtiment, selon, non plus leur taille (gros ou menus ouvrages), mais leurs fonctions essentielles :

- celle de construction assumée par les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert, dont le régime est, y compris pour les éléments et ouvrages formant corps avec ces ouvrages, la responsabilité décennale,

- celle d'équipement remplie par les éléments d'aménagement de l'espace délimité par le clos et le couvert, dont le régime est la responsabilité contractuelle de bon fonctionnement de deux ans au moins.

L'instauration de la solidarité du fabricant et du locateur d'ouvrage appelé à mettre en oeuvre le "composant" est par ailleurs présentée comme l'une des innovations essentielles, M. Pillet, rapporteur, (Sénat, rapport au nom de la commission des lois, n° 56 page 17) relevant que "dès lors qu'est clairement établie la présomption de responsabilité des constructeurs, il n'existe aucune raison d'en écarter les fabricants", sous condition d'une mise en oeuvre sans modification et conformément aux règles édictées par ce fabricant. Le législateur n'a pas entendu aller jusqu'à préciser les notions nouvelles sous la forme d'une "énumération forcément limitative" (même rapport page 22 à propos des éléments d'équipement visés par l'article 1792-2 du code civil).

En dépit d'une vaine tentative tendant à étendre la présomption de responsabilité aux sous-traitants acceptés par le maître de l'ouvrage, les travaux parlementaires n'ont pas modifié la rédaction du projet de loi en ce qui concerne l'alinéa 1er de l'article 1792-4 du code civil, ce qui limite l'intérêt de leur analyse exhaustive, non reprise, sauf à mentionner que ce rapporteur a, quant aux conditions de la responsabilité solidaire des fabricants, précisé que toute fourniture doit être mise en oeuvre dans les conditions prévues par le fabricant et "sans subir d'altérations".

Après avoir rappelé que le maître de l'ouvrage ayant intérêt à exercer son action principale contre l'entrepreneur sur lequel pèse une présomption de responsabilité, les actions récursoires en chaîne qui se fondent sur le droit de la vente créent des situations inextricables, M. Richomme (Assemblée Nationale, Rapport au nom de la commission des lois, n° 3368 page 23) a affirmé qu'en instituant une obligation de responsabilité solidaire du fabricant et de l'importateur, l'article 1792-4 répond à un besoin de clarification des responsabilités et de simplification des litiges.

Il ajoute que ce texte, qui tend à promouvoir le progrès technique dans le secteur de la construction et à développer une structure industrielle de production des composants, poursuit un objectif moralisateur en "responsabilisant" personnellement et directement le fabricant ou l'importateur de produits préfabriqués, créant ainsi une solidarité de responsabilité entre le fabricant et le poseur.

M. Barrot, secrétaire d'Etat a par ailleurs soutenu (Assemblée Nationale-1ère séance du 19 décembre 1977, 8980), le rejet d'un amendement n° 73 à l'article 1972-4 du code civil, au motif qu'il instaurerait un système de solidarité tellement vaste qu'elle serait difficile à saisir puisqu'elle s'étendrait aux fabricants non seulement de

composants mais encore de tous les éléments d'équipement.

Un débat lors de la deuxième séance du 19 décembre 1977 (*JOAN p. 8997*) présente un intérêt particulier sur l'absence de lien entre responsabilité et assurance construction obligatoire pour la personne dont la responsabilité peut être engagée.

M. Foyer, président de la commission des lois, répond à un parlementaire souhaitant, par la suppression, dans le premier alinéa de l'article L. 241-1 du code des assurances, des termes "à propos des travaux du bâtiment", inclure dans le champ d'application de l'assurance les travaux de génie civil industriel ou agricole :

"Sur le fond des choses, il n'a jamais été dans la philosophie de ce texte de faire coïncider l'obligation d'assurance avec la responsabilité de l'article 1792 du code civil.

L'objet du texte est d'accorder une garantie maximale à une catégorie de personnes qui traitent avec un constructeur au sens large, c'est-à-dire tous ceux qui font construire un logement. Lorsqu'il s'agit de la construction d'un bâtiment industriel ou à usage économique, de génie civil, la construction n'a plus le même caractère social, les malfaçons n'entraînent plus les mêmes problèmes humains, ne déclenchent plus les mêmes réactions politiques. Il devient donc véritablement excessif de généraliser à tel point l'obligation d'assurance et augmenter le coût de la construction sans véritable profit pour l'économie générale"....

B) Les tentatives de préciser les notions légales

1) Réponses ministérielles et avis

Rép. Quest. écrite n° 20584 : J.O. Déb. Ass. Nat., 25 février 1980, p. 716 :

..."il paraît relativement clair que les tuiles, briques, bois de charpente et carrelages...sont de simples matériaux de construction indifférenciés, et non pas des éléments d'équipement conçus et produits pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance".

Rép. Quest. écrite n° 14221 : J.O. Déb. Ass. Nat., 30 octobre 1989, p. 4831 et JCP, 1990 Ed. N., Pratique, p. 354 :

..."L'article 1792-4 du code civil ...édicte une solidarité entre les fabricants d'éléments présumés entraîner la responsabilité solidaire de ces produits, et par voie de conséquence une obligation d'assurance des fabricants d'EPERS comportant un maintien de la garantie dans le temps. Ce dispositif concerne seulement les produits industrialisés de la construction qui en tant que tels constituent une partie importante dans la construction de l'ouvrage. Certes les fabricants des autres produits de construction ne sont pas assujettis à l'obligation d'assurance, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent s'assurer pour couvrir les conséquences pécuniaires de la responsabilité de droit commun dont ils relèvent qui subsiste en tout état de cause".

Suivant un avis du 16 janvier 1986 (RGAT 1986, p. 314), le Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978 (COPAL) a estimé que les composants de base d'un enduit mortier hydraulique armé de fibres de verre traitées ne pouvaient être considérés comme des EPERS.

2) L'article A. 241-2 du code des assurances et son annulation

L'assurance n'est obligatoire, selon l'article L. 241-1 du code des assurances, en sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 8 juin 2005, que pour réaliser les travaux de bâtiment.

Cette notion de travaux de bâtiment et les termes visés par les articles 1792-2 et 1792-4 du code civil à la suite de la loi du 4 janvier 1978, n'ont pas, compte tenu de la position de la section administrative du Conseil d'Etat, été explicités par décret.

Il n'existe pas de liste des EPERS, ce d'autant qu'une telle liste aurait dû être revue périodiquement pour suivre les évolutions techniques.

L'article A. 241-2 a) résultant d'un arrêté du 17 novembre 1978 a donné la définition suivante :

"Pour l'application des clauses obligatoires instituées à l'article A. 241-1, on entend par travaux du bâtiment au sens des articles L. 241 et L. 242-1 les travaux dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol, à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir et qui offrent une protection au moins partielle contre les agressions des éléments naturels extérieurs".

Ce texte visait ainsi tous les bâtiments quel que soit leur usage ou leur destination.

L'arrêté définissait par ailleurs, à propos des clauses obligatoires des polices d'assurance, les éléments d'équipement, la définition, intégrée au code des assurances (article A. 241-2, § c), visant "les parties de la construction dénommées composants, conçus et fabriqués pour remplir dans un bâtiment un ou plusieurs rôles déterminés avant toute mise en oeuvre".

La formule pouvait être comprise comme exigeant du composant qu'il soit spécifique au bâtiment en cause, par opposition à des éléments standard.

La définition par référence à la notion de composant n'était guère plus précise et M. Caston (AJPI 1979, Etudes, p. 6) éclairait celle-ci par "l'avant-projet de décret d'application du titre III de la loi du 4 janvier 1978" précisant que l'obligation d'assurance n'avait pas lieu pour les "matériaux amorphes", ni pour les demi-produits, qui ne jouent un rôle défini dans les bâtiments qu'après leur mise en oeuvre et selon les fins et les modalités de celle-ci (fils, câbles et profilés, poutrelles, plaques, y compris petits éléments de couverture et de revêtement, grillages et treillis, blocs homogènes, tubes, tuyaux et raccords).

Le commentateur estimait que le législateur avait entendu soumettre à la responsabilité décennale uniquement les produits "préconstruits", les autres demeurant sous le régime ancien de la responsabilité délictuelle.

Mais, par un arrêt du 30 novembre 1979 (n° 15935 et 17366 publié au Lebon p. 436 ; AJPI 1980, p. 224, note Moderne), le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a, après avoir rappelé qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la détermination des principes fondamentaux de l'obligation d'assurance instituée par l'article L. 241-1 du code des assurances relève du domaine de la loi, annulé l'article A. 241-2 de ce code alors que les définitions données, par l'arrêté du 17 novembre 1978, des travaux de bâtiment au sens des articles L. 141-1 et L. 241-1 du même code, des ouvrages au sens de l'article 1792-2 du code civil et des "ouvrages, parties d'ouvrages et éléments d'équipement" au sens de l'article 1792-4 de ce code tendaient en réalité à délimiter l'étendue de cette obligation d'assurance et du régime de responsabilité édictés par la loi.

La voie d'une définition, par le pouvoir réglementaire, des termes visés par l'article 1792-4 du code civil, était ainsi fermée.

3) La circulaire n° 81-04 du 21 janvier 1981 du ministère de l'Environnement et du cadre de vie, pour l'application aux marchés publics de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la

construction en ce qui concerne les produits pouvant entraîner la responsabilité solidaire du fabricant et du metteur en oeuvre.

Elle rappelle l'évolution des techniques et des procédés de mise en oeuvre dans le domaine de la construction et le souci du législateur tant d'inciter les entrepreneurs à utiliser ces nouveaux produits sans qu'ils aient à vérifier par le détail leurs performances que d'assurer une meilleure protection des maîtres d'ouvrage au regard d'une démarche industrielle impliquant du fabricant, indépendamment du volume de production ou de la grandeur des séries, des études de conception souvent très poussées qui lui permettront d'affirmer que son produit est de nature à satisfaire à des exigences qu'il a définies.

Elle relève que la notion de solidarité vise les fabricants concernés, quel que soit le domaine fonctionnel (bâtiment, infrastructure, industrie) dont relève l'ouvrage auquel ils seront incorporés alors que l'obligation d'assurance n'est relative qu'aux seuls éléments entrant dans la composition du bâtiment.

Elle propose ensuite quatre critères cumulatifs d'application de l'article 1792-4 du code civil :

- le déplacement d'une partie de la conception qui, incorporée au produit, est retranchée de la mission de conception, plus générale, d'un ou d'autres intervenants, le fabricant concepteur de ce produit assumant une partie des études qui auraient pu sinon être effectuées par le concepteur ou par l'entrepreneur, les constructeurs n'ayant plus alors qu'à incorporer le produit à l'ouvrage.

- la prédétermination en vue d'une finalité spécifique d'utilisation, ce qui exclut les produits dont l'utilisation reste indifférenciée tant que le ou les concepteurs de l'ouvrage n'ont pas décidé de leur emploi.

- la satisfaction, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, critère estimé correspondre à une synthèse des deux précédents et présenté comme imposant au fabricant de donner à son produit des caractéristiques, donc des performances (étanchéité, durabilité, résistance à diverses natures de contraintes et d'agressions) afin que ce produit réponde à des attentes en satisfaisant à des exigences auxquelles doit répondre l'ouvrage achevé (exigences structurelles, acoustiques, thermiques,...). La circulaire précise que la notion d'exigences, visant un certain niveau de réponse à la multiplicité des attentes auxquelles doit satisfaire un ouvrage, transcende celle de rôle ou de fonction et que le fabricant, par la conception préalable qu'il a effectuée, doit avoir prédéterminé celles des exigences à la satisfaction desquelles son produit pourra concourir.

- la capacité du produit à être mise en oeuvre sans modifications, le metteur en oeuvre n'ayant pas à effectuer d'études spécifiques pour une quelconque adaptation du produit à un usage déterminé.

La circulaire donnait en outre en annexe des exemples de produits répondant à l'ensemble de ces critères, tels des cellules techniques ou blocs sanitaires intégrant des appareils sanitaires, des canalisations, voire des revêtements et des blocs-fenêtres et huisseries et des exemples inverses dans le cas de fils ronds, câble set profilés, poutrelles, blocs homogènes tels que briques et parpaings.

Quelques observations ou interrogations sur ces critères, même si cette circulaire ne lie pas le juge, comme l'a rappelé la Cour de cassation par arrêt du 26 mai 1992 (3e Civ., 26 mai 1992, Bull. 1992, III, n° 167, p.101).

Le premier critère correspond à la loi sauf à ajouter la possibilité de conception partielle, mais ce caractère s'explique par le fait que la conception du produit en sa totalité est un élément d'une conception plus globale de la part d'autres intervenants.

Le deuxième implique-t-il une conception impliquant une adaptation au chantier en cause ?

Sur le troisième, la loi vise cette finalité de satisfaction et il semble logique d'en déduire que cette satisfaction doit exister effectivement.

Quant au quatrième, la loi vise-t-elle la capacité du produit à une telle mise en oeuvre ou plutôt le fait que la mise en oeuvre effective est sans modification, que le produit supporte ou non cette modification ? Retenir la capacité du produit à une telle mise en oeuvre "sans modifications" semble ajouter au texte qui exige seulement une mise en oeuvre sans modification, terme par ailleurs au singulier.

Cela étant, il faut en principe que le produit supporte une mise en oeuvre sans modification.

C) La doctrine

Un choix, nécessairement réducteur, a dû être effectué.

Nous nous attacherons seulement à souligner des efforts de définition des nouvelles notions légales qui nous intéressent directement et quelques interrogations pertinentes posées par une partie de la doctrine.

L'ouvrage de MM. Auby et Périnet-Marquet (Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrétien, 7ème édition, n° 1314 et suivants) permet une approche intéressante de la question en distinguant les conditions tenant à la nature du produit fabriqué, aux modalités de mise en oeuvre de ce produit et aux personnes (fabricants et assimilés mais non les sous-traitants). Le second de ces auteurs relève le caractère accessoire de la responsabilité du fabricant, celle-ci ne pouvant accompagner que celle d'une catégorie précise de constructeurs, les locateurs qui ont mis en oeuvre la partie d'ouvrage ou l'élément fabriqué, c'est-à-dire, essentiellement, les entrepreneurs, par ailleurs non sous-traitants.

M. Liet-Veaux (Gaz. Pal. 1979, 1, doct., p. 327), qui a estimé "anormale" la responsabilité du fabricant visé par l'article 1792-4 du code civil dans la mesure où ce texte instaure une solidarité légale entre une dette contractuelle et une dette délictuelle alors qu'il n'existe aucun lien contractuel entre ce fabricant et le maître de l'ouvrage, se réfère lui-même à M. Spinetta pour retenir que ce fabricant est celui qui met sur le marché un produit qui, normalement, "devrait être dessiné par l'architecte".

Et il propose trois conditions d'application de ce texte :

- un produit hétérogène, conçu et réalisé par assemblage de divers éléments en vue de remplir une fonction unique,
- une préfabrication en usine comportant assemblage ou agencement de ces éléments,
- une mise en oeuvre sur le chantier, en l'état, c'est-à-dire sans démontage préalable avant la pose.

Cet auteur relève par ailleurs que le fabricant tente souvent d'échapper à l'article 1792-4 du code civil en incluant, dans le contrat avec l'entrepreneur, des prestations de service afin d'obtenir la qualité de sous-traitant.

MM. Malinvaud et Jestaz (J.C.P.1978, éd. G, I, 2900) définissent bien les notions essentielles.

Sur la notion de locateur d'ouvrage, rappelant que l'article 1792-1, 1° du code civil répute constructeur de l'ouvrage "tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage", ils observent que la loi se borne à ajouter les techniciens et que la garantie n'incombe qu'aux personnes liées au maître de l'ouvrage par un tel contrat et non à celles auxquelles les locateurs d'ouvrage auraient eu recours, tels les sous-traitants.

Sur la notion de bâtiment, ils retiennent qu'il s'agit "d'édifices creux à l'intérieur desquels l'homme est susceptible de se mouvoir" mais que la notion englobe les bâtiments à usage commercial ou industriels (usines voire entrepôts et hangars).

Sur celle d'élément d'équipement visée tout d'abord par l'article 1792-2 du code civil, ils se réfèrent notamment au rapport Spinetta pour distinguer, d'une part, la fonction Construction comprenant les opérations liées à l'inscription de l'ouvrage dans un site et un environnement et englobant l'infrastructure, la structure et le couvert, d'autre part, la fonction Equipement comprenant toutes les opérations indépendantes de l'espace et du lieu, mais de nature à répondre aux contraintes d'exploitation et d'usage, en conformité avec les besoins quotidiens de l'homme et incluant tous les aménagements intérieurs de l'espace délimité par le clos et le couvert.

Les éléments d'équipement peuvent ainsi, selon ces auteurs, être opposés aux ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert qu'énumère l'article 1792-2, alinéa 1 du code civil, mais également, dans un autre sens tiré de la lecture de l'article 1792 de ce code, aux éléments constitutifs, ces derniers pouvant être des matériaux simples transformés par l'entrepreneur dans le cadre de sa fonction "construction", les éléments d'équipement pouvant viser au contraire des appareils et matériaux plus élaborés et posés en l'état.

Concernant les fabricants qui assumaient auparavant, dans le cadre du droit commun, une responsabilité contractuelle liée au contrat de vente à l'égard de l'entrepreneur, et une responsabilité délictuelle à l'égard du maître de l'ouvrage, ces auteurs donnent des exemples d'ouvrage (maisons préfabriquées), de parties d'ouvrage (murs ou cloisons préfabriqués, ensembles sanitaires) et d'éléments d'équipement (appareils mécaniques et électriques). Ils écartent de la notion de partie d'ouvrage les tuiles, ardoises, portes et fenêtres, feutres, ciments aciers, verres....et observent que si une interprétation large devait prévaloir, alors tous les fabricants de matériaux et éléments constitutifs seraient concernés, ce qui n'est pas à leur avis l'intention du législateur.

Ils estiment que l'article 1792-4 du code civil pose trois causes d'exonération pour le fabricant ou conditions pour que s'applique la solidarité. L'élément doit avoir été

- "conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance" sans que la rédaction permette de savoir si cette condition s'applique aux seuls éléments d'équipement ou également aux ouvrages et parties d'ouvrage,

- "mis en oeuvre sans modification", ce qui peut poser difficulté pour des éléments complexes tels qu'une toiture terrasse avec la description des étapes de réalisation d'une étanchéité, l'idée pouvant être qu'en unissant solidairement et de manière indissociable des éléments divers, l'individualité de chaque élément disparaît et qu'il y a eu modification,

- "conformément aux règles édictées par le fabricant".

M. Bigot, auquel on doit la formule "EPERS : l'herpès de l'assurance construction", estime, en son article intitulé la notion de composant (RD Imm. 1980, p. 132), que la partie d'ouvrage visée à l'article 1792-4 du code civil désigne les éléments constitutifs de l'ouvrage qui assument un rôle dans la fonction construction, c'est-à-dire les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert.

Il définit par ailleurs quatre critères cumulatifs pour l'application de la solidarité

légale prévue par l'article 1792-4 du code civil :

- la "conception incorporée et retranchée", le fabricant d'un composant assumant au travers de son produit une partie de la conception de l'ouvrage incombant normalement au concepteur de cet ouvrage,

- la "prédétermination en vue d'une finalité spécifique d'utilisation", le composant faisant l'objet de la part de son fabricant d'une étude de conception destinée à répondre à un usage prédéterminé dans un type d'ouvrage prédéterminé,

- la "satisfaction en état de service à des exigences précises et prédéterminées" (par exemple exigences acoustiques, thermiques, résistance à diverses contraintes, étanchéité, durabilité, solidité),

- la capacité du produit à être mis en oeuvre sans modification, avec la distinction entre altération, soit un changement dans la nature, la substance ou la composition de ce produit, et adaptation qui correspond à la modification mettant un corps en accord avec tout ou partie de son environnement et l'observation selon laquelle la simple adaptation ne doit pas en principe affecter sa conception spécifique ni lui ôter sa qualité de composant.

Il conclut qu'il est possible de considérer comme composant, dans la mesure où ils ont reçu de leur fabricant une conception spécifique et prédéterminée, au titre de la fonction construction, les blocs et parois composites, les panneaux de mur, les cloisons, les éléments de façade préfabriqués, les blocs-fenêtre, les blocs-porte, les éléments de toiture...

M. Malinvaud, en une chronique (Dalloz Sirey 1984, chron. VII, pages 41 à 50), qualifie l'action directe du maître de l'ouvrage sur le fondement de l'article 1792-4 du code civil, distincte d'une action délictuelle ou en garantie des vices cachés, d'action contractuelle ou plutôt légale, qualifiée, suivant le terme du Doyen Boubli, d'emprunt, cette action étant celle des articles 1792, 1792-2 et 1792-3.

Il relève que le texte n'exige même pas que soit démontré un vice quelconque du composant et qu'il suffit que soit intervenu dans la réalisation du dommage, en bref, qu'il y ait un lien de causalité entre ce composant et le dommage.

Il estime, avec M. Boubli, que pèse alors sur le fabricant la même présomption de responsabilité pesant sur l'entrepreneur qui a assuré la mise en oeuvre du composant soit par lui-même, soit par l'intermédiaire des sous-traitants.

La présomption joue au profit, non pas de l'entrepreneur, mais du maître de l'ouvrage et des acquéreurs successifs.

La grande majorité de la doctrine, se fondant sur les termes "solidairement responsable", estime que le bénéficiaire de cette présomption ne peut actionner le fabricant seul. La question, non posée en l'espèce, demeure toutefois ouverte alors qu'il est possible de soutenir que rien ne s'oppose à une action exercée contre le seul fabricant.

Soulignant l'approche difficile de la notion d'EPERS, dont on avait pensé qu'elle concernait la préfabrication, Mme Carcenac (RGDA 1997, n° 3, p. 655) observe qu'une fois dessaisi de l'élément préfabriqué, son fabricant a "toutes chances d'ignorer tant le point de départ de sa responsabilité que le montant potentiel de son engagement".

Elle critique la doctrine tendant à admettre que l'EPERS "nouveau" serait automatiquement l'oeuvre d'un sous-traitant de spécialité, ce alors que la loi avait cherché à écarter le sous-traitant.

Pour M. Artz (Administrer, 1994, Etudes et commentaires, p. 2), la responsabilité solidaire du fabricant d'un élément d'équipement ne repose pas sur le caractère dissociable ou non de l'élément, la dissociabilité, impliquant la garantie de bon

fonctionnement de l'article 1792-3 du code civil, permettant seulement de déterminer la nature de la responsabilité ou de la garantie principale et la responsabilité accessoire ou solidaire suivant alors le même régime juridique. Il estime que la tendance restrictive de la jurisprudence réduit, contrairement à la volonté du législateur en 1978, à une "peau de chagrin" cette hypothèse particulière de responsabilité solidaire. Il retient que semble avoir les faveurs de la jurisprudence le critère de "spécificité préalable" de l'élément considéré (commande et fabrication "sur mesure" et idée que l'élément n'est utilisable que pour l'ouvrage auquel il est destiné à l'exclusion de tout autre, sauf à celui-ci à présenter rigoureusement les mêmes caractéristiques techniques). Il suggère ainsi que l'EPERS n'existe que "si l'élément ne peut être utilisé que pour un ouvrage donné, un chantier déterminé, car il a été conçu pour lui, il ne pourra être utilisé ailleurs", explicitant cette idée par le fait que l'élément ne peut être remplacé par un autre semblable immédiatement disponible.

En son ouvrage sur la responsabilité des constructeurs (Le Moniteur, 5ème édition 2000, p. 227 et suivantes), M. Caston dénonce l'immixtion dans le droit de la construction de notions technico-économiques et distingue l'entrepreneur technicien dont les opérations relèvent de l'art des bâtisseurs et pour lequel la priorité est la pérennité de l'ouvrage, la sécurité des personnes et l'adéquation au site et le fabricant industriel, dont les opérations sont indépendantes de l'usage et du lieu, l'essentiel étant alors l'adéquation à l'usage, la fiabilité et le coût d'exploitation.

Relevant que certains assureurs ont établi entre eux une liste pour définir les EPERS dont le risque d'engagement de la responsabilité solidaire est réassuré en régime de semi-capitalisation par un groupement, cet auteur rappelle les produits visés par cette liste dont certains apparaissent intéressants :

A - Produits constituant par eux-mêmes des éléments d'ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert,

A.2 - Ensemble des éléments de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert (quelle que soit la nature de leurs matériaux constitutifs) prêts à monter et entrant dans la composition de bâtiments industrialisés à éléments préfabriqués "prêts à monter", vendus "en kit" ou sur catalogue :

- bâtiments métalliques modulaires à usage d'entrepôts, industriel, agricole ou assimilés,...

A.7 - Eléments de façade préfabriqués porteurs ou non porteurs, assumant les fonctions paroi et étanchéité, conçus par un fabricant ou un tenant de procédé :

- façades-panneaux et façades-rideaux légères complètes (tous types de matériaux) avec ou sans menuiseries intégrées et tous éléments entrant dans un système de façades-panneaux ou de façades-rideaux industrialisés,

- bardages composites mono-bloc (à âmes isolantes et parements métalliques ou en autres matériaux) et panneaux de vêtire pré-isolés prêts à monter entrant dans un système industrialisé,

A.11 - Eléments préfabriqués porteurs ou autoporteurs de couverture, vendus sur catalogue :

- éléments sandwich (à âme isolante et parements en bois, contreplaqué ou particules de bois), supports de couvertures à petits éléments ou d'étanchéité...

Il convient d'observer que, dans les rapports entre assureurs concernés par cette liste à valeur contractuelle, sont également réassurés les produits qui se verront considérés, par la jurisprudence, comme relevant de l'obligation d'assurance mise à la charge du fabricant.

Un article de Mme Vlamuyns (Le Moniteur du 28 juillet 2006), après un "inventaire à la Prévert", rappelle que la solidarité légale instituée par l'article 1792-4 du code

civil étant relative à la responsabilité décennale et à la garantie de bon fonctionnement, le fabricant est soumis à une présomption de responsabilité, sans que soit exigée la démonstration d'un vice quelconque du composant, celui-ci devant seulement être intervenu dans la réalisation du dommage.

Enfin, en sa chronique relative à la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction (D. 1999, chron., p. 85) M. Malinvaud, après avoir relevé la pléthore d'actions offertes, s'interroge en définitive sur le point de savoir si l'article 1792-4 conserve un quelconque intérêt pour traiter les sinistres dus à des produits défectueux et s'il ne s'agit pas d'une disposition inutile, dont le seul intérêt aura été d'inciter les fabricants à s'assurer.

D) Les décisions du B.C.T.

L'article L. 243-4 du code des assurances dispose que toute personne assujettie à l'obligation de s'assurer qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance dont les statuts n'interdisent pas la prise en charge du risque en cause en raison de sa nature, se voit opposer un refus, peut saisir un bureau central de tarification.

Le Bureau central de tarification (B.C.T.), autorité administrative indépendante, composée à parité de représentants d'assureurs et d'assurés, a, dans la logique du caractère obligatoire de l'obligation d'assurer, pour rôle de fixer le montant de la prime due par l'intéressé à la compagnie ou au groupe qui aurait refusé d'assurer.

Un article paru à la revue de droit immobilier (RD imm. 2000, p. 207) dresse un tableau complet des décisions du bureau central qui a été qualifié par son président d'organe méconnu dont "la croix est l'application de l'article 1792-4 nouveau du code civil" (RD Imm.1989, p. 317, note Jean-Jacques de Bresson dressant également une liste non exhaustive des produits devant ou non être considérés comme des EPERS).

Ce commentateur très autorisé des décisions de ce bureau relevait notamment qu'ont été écartés, comme n'étant pas mis en oeuvre sans modification, c'est-à-dire comme subissant des **adaptations** à la demande de l'utilisateur, des panneaux isothermes produits au vu de plans fournis par la clientèle et que n'ont pas été regardés comme EPERS des produits, tels des ventilo-convecteurs, qui ne constituaient pas des systèmes complets et étaient dissociables de la construction. Insistant sur le pragmatisme du B.C.T. et sur l'impression de malaise au vu de ses décisions, il conçoit que les fabricants de ce type de produits restent plongés dans une regrettable incertitude sur leur obligation de s'assurer, et qu'il en va de même pour les assureurs.

S'agissant d'éléments proches de notre espèce, la qualification d'EPERS a ainsi été écartée dès le 8 mars 1988 pour des panneaux isothermes avec parement extérieur en polyester stratifié et injection de mousse polyuréthane.

Le B.C.T. a, le 24 avril 1997, adopté la même solution pour des panneaux isolants thermiques, et, le 10 septembre 1998, pour des portes isothermes.

Le bureau a également, par une décision du 24 janvier 1995, écarté la notion d'EPERS dans le cas des panneaux isolants devant être découpés et assemblés sur le chantier en fonction des caractéristiques de l'ouvrage à réaliser et admis cette même notion dans l'hypothèse d'un système autoportant qui se présentait comme un système complet conçu par le fabricant pour satisfaire en état de service à des exigences déterminées à l'avance et destiné à être mis en oeuvre sans modification.

Il a en revanche admis l'existence d'EPERS, le 29 juin 1988 pour des faux-plafonds

et cloisons amovibles, le 25 janvier 1995 pour des panneaux isolants (selon épaisseur), le 13 avril 1995 pour un système complet autoportant de panneaux isolants, le 29 janvier 1998 pour des portes isothermes et acoustiques et le 18 février 1999 pour des panneaux sandwich isothermes pour chambres froides.

La divergence de solutions pour des produits très proches manifeste à tout le moins les difficultés d'application de l'article 1792-4 du code civil, même si le bureau n'a pas a priori à connaître des circonstances de fait relatives à la mise en oeuvre effective de l'élément par l'entrepreneur, sans modification de sa part et conformément aux règles posées par le fabricant.

Pour appliquer ce texte, le bureau retient les quatre critères proposés par le "groupe de travail composants" ce qui correspond quasiment à la circulaire précitée du 21 janvier 1981, à savoir, la partie soulignée par mes soins correspondant à la loi :

- accomplissement d'une mission partielle de conception,
- prédétermination du produit en vue de la finalité spécifique d'utilisation,
- satisfaction, par le produit, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance,
- capacité du produit à être mis en oeuvre sans modification(s).

S'agissant de panneaux isolants, M. Malinvaud, en sa note (RD imm. 2004, p. 571 et 572) observe notamment que le B.C.T. a écarté à de nombreuses reprises la qualification d'EPERS, au motif qu'ils ne répondaient pas au quatrième critère, et, pour certains d'entre eux, au deuxième critère et que les cours d'appel se réfèrent assez volontiers à ces quatre critères.

La jurisprudence, souvent appelée à trancher la question de nombreuses années après les décisions du bureau central, a parfois une conception différente à propos d'un même élément, par exemple dans le cas d'un plancher chauffant (RD Imm. 1998, p. 401). Comme M. Durry, Président du B.C.T., M. Courtieu observe toutefois (Resp. civ. et assur., avril 2004, chron. 9, page 7) que le bureau central de tarification prend en général acte, pour l'avenir, de la position prise par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, afin de ne pas "prendre en otage" ceux qui saisissent ce bureau, en leur refusant une assurance qui est obligatoire pour ces juridictions.

E) La jurisprudence

1) Jurisprudence administrative

Admettant la possibilité d'une certaine latitude, voire de divergence, avec la jurisprudence de l'ordre judiciaire, notamment si elle estime que l'application de la règle de droit privé qui pose un principe nouveau serait contraire aux particularités du droit administratif, la juridiction administrative se réfère en général, selon notamment des décisions du Conseil d'Etat ou des cours administratives d'appel, aux seuls principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 et 2270 du code civil.

Ainsi en est-il d'une décision du 20 décembre 1989 à propos de fourniture d'éléments préfabriqués pour des clubs de jeunes (CE, n° 50815, Lebon, p. 789 ; RFDA 1990, chroniques, p. 421 ; C.J.E.G.1990, Chronique, Llorens, p. 327), d'une du 5 novembre 1992 (Cour administrative d'appel de Nancy, n° 91NC00042 et 91NC00050) précisant que l'article 1792-4 du code civil n'est pas directement applicable devant les juridictions administratives et d'une décision du 14 septembre 2004 de la cour administrative de Bordeaux (n° 98BX00197 ; AJDA 2004,

Jurisprudence, p. 2452, obs. Dreyfus) se référant d'abord à ces principes pour écarter la qualité de constructeur, puis relevant, pour estimer que la responsabilité d'un fournisseur de dalles, marches et bornes en pierre naturelle ne saurait être engagée sur le fondement des principes dont s'inspire l'article 1792-4 du code civil, que ce fournisseur n'était chargé d'aucune mission de conception.

Par une décision du 20 mars 1992 n° 97819 (Lebon p. 126), le Conseil d'Etat retient que des tuiles ne constituent pas un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, au sens des dispositions de l'article 1792-4 du code civil et que, par suite, l'obligation d'assurance édictée par l'article L. 241-1 du code des assurances ne s'applique pas au fabricant de ces tuiles.

Une décision du 6 octobre 2004 (CE, 9ème et 10ème sous-sections réunies, n° 258334) est intéressante en ce qu'elle concerne un fabricant ayant sollicité l'annulation de la décision par laquelle le bureau central de tarification s'est déclaré incompétent pour connaître du refus opposé par un assureur à ce que soit garantie la responsabilité décennale encourue du fait des produits fabriqués par ses soins.

Selon les conclusions du commissaire du gouvernement, qui estimait opportun de retenir les mêmes critères que le juge judiciaire pour apprécier la notion d'EPERS :

- il s'agissait de panneaux isothermes conçus, suivant des procédés brevetés par la société assurant leur fabrication, pour la réalisation de locaux agro-alimentaires et de panneaux blancs utilisables pour l'aménagement d'enceintes propres,

- il n'était pas contesté que les panneaux de la société Oxatherm, constitués de matériaux assemblés suivant une conception propre à la société, et "répondant à des exigences précises en termes de portée, d'adaptation à l'environnement des locaux concernés et surtout d'isolation, selon des caractéristiques prédéterminées par le seul fabricant, satisfaisaient au critère des exigences précises et déterminées,

- la Cour de cassation a admis le partage entre ajustements et modifications et la notion de modification renvoie à une altération structurelle de l'élément d'équipement considéré, affectant ses qualités ou ses caractéristiques essentielles.

L'attendu essentiel de la décision mérite d'être cité :

"Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les opérations nécessaires à la mise en oeuvre des produits fabriqués par la société Oxatherm, alors même, d'une part, qu'elles supposent l'intervention d'une société spécialisée et, d'autre part, qu'elles incluent la pose de joints et l'adaptation de modules en des points spécifiques, constituent de simples ajustements ; que, par suite, les produits fabriqués par la société Oxatherm peuvent être mis en oeuvre sans modification conformément aux règles édictées par le fabricant ; qu'il suit de là que le bureau central de tarification ne pouvait, sans commettre d'erreur d'appréciation, estimer que les produits fabriqués par la société Oxatherm ne remplissent pas les conditions fixées par les dispositions de l'article 1792-4 du code civil pour que la responsabilité de leur fabricant puisse être solidairement engagée du fait des désordres observés dans la construction d'un ouvrage ; que, dès lors, la société Oxatherm est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée" ;

La décision se référant, non pas aux principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 et 2270 du code civil, mais directement aux conditions fixées par l'article 1792-4 du code civil, il existe à mon sens davantage de risques de divergence entre les ordres juridictionnels, étant observé que le Conseil d'Etat, qui se bornait à un contrôle restreint des décisions du B.C.T. (sur l'erreur de droit et l'erreur manifeste d'appréciation selon CE, 7 novembre 1984, n° 44710, publié au Lebon, p. 351 et CE, 29 janvier 1988, n° 69264, publié au Lebon, p. 42), est passé à un contrôle normal (CE, 19 janvier 1998, n° 182447 et 186387, publié au Lebon, p. 16).

2) Jurisprudence judiciaire

Son importance quantitative est en rapport avec le nombre d'éléments d'équipement utilisés en matière de construction. Les décisions des tribunaux et cours d'appel ne permettent pas de déterminer une ligne directrice claire.

Avant d'examiner directement la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la définition d'EPERS, il y a lieu de formuler quelques observations sur des décisions concernant d'autres notions ou l'application plus générale de l'article 1792 du code civil.

La question posée ne concernant pas l'assurance et la notion de travaux de bâtiment, il ne m'apparaît pas utile d'analyser tous les arrêts rendus par la première chambre de la Cour de cassation, sauf à citer deux décisions importantes ayant, la première, défini ces travaux comme des "travaux faisant appel aux techniques des travaux de bâtiment" et la seconde, considéré qu'aucune distinction ne devait être faite, au regard de l'assurance obligatoire, selon que les techniques de travaux de bâtiments mises en oeuvre concernent un local d'habitation ou un local industriel et commercial. (1^{ère} Civ., 26 février 1991, Bull. 1991, I, n° 75, p. 49 ; RGAT 1991, p. 402 et 1^{ère} Civ., 26 mars 1996, Bull. 1996, I, n° 149, p.104 ; RD Imm., 1996, 380, observations critiques Malinvaud et Boubli ; 242 obs. Leguay ; RDImm. 1997, 96 obs. Leguay ; Resp. civ. et assur. 1996, chron. 26, observations Groutel approuvant la solution).

Cette jurisprudence peut également être rapprochée de plusieurs arrêts de la troisième chambre civile :

-3^{ème} Civ., 22 juillet 1998, Bull. 1998, III, n° 170, p.112 imposant, pour condamner un entrepreneur sur le fondement de la garantie décennale, alors qu'il s'agissait d'une "machine à soupe" destinée à l'alimentation du bétail, de rechercher si le matériel atteint de désordres relevait de travaux de construction, Périnet-Marquet approuvant la solution de limiter la responsabilité des constructeurs aux désordres relevant de tels travaux et observant qu'il s'avère bienvenu, après le vote de la loi transposant la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, de ne pas gonfler excessivement la catégorie des professionnels soumis à la responsabilité des constructeurs, lesquels sont écartés du champ d'application de cette loi.

- 3^{ème} Civ., 4 novembre 1999, Bull. 1999, III, n° 209, p.147, retenant que l'équipement industriel destiné à automatiser la fabrication de champagne ne relevant de travaux de bâtiment ou de génie civil, la police d'assurance construction sur le fondement des articles 1792 et suivants du code civil ne pouvait recevoir application.

- 3^{ème} Civ., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-20.188 : rechercher si le matériel atteint relevait des travaux de construction.

- 3^{ème} Civ., 29 janvier 2003, pourvoi n° 01-13.636 encore pour une "machine à soupe".

- 3^{ème} Civ., 11 mai 2006, Bull. 2006, III, n° 115, p. 97 décidant que le dispositif destiné à permettre le traitement des jus en période d'élaboration des vins ne relève pas des travaux de construction prévus aux articles 1792 et suivants du code civil.

Mais il ne s'agit là que de seuls équipements industriels non assimilables à des ouvrages et ne relevant pas de la fonction construction, et non pas d'éléments participant à cette fonction inclus dans la construction elle-même.

La jurisprudence relative à la notion d'EPERS, ainsi seule importante en l'espèce, doit dès lors être examinée.

M. Malinvaud a retenu que la jurisprudence de la Cour de cassation s'attache à trois caractéristiques pour distinguer l'EPERS du matériau ou produit indifférencié :

- l'originalité dans sa conception, par opposition à la banalité ;
- la spécificité pour répondre à un usage précis et déterminé, notamment pour l'ouvrage considéré ;
- l'aptitude du produit ou du matériau à être mis en oeuvre sans modification.

Une analyse de la jurisprudence peut, sans prétendre à l'exhaustivité, tenter de sérier les conditions d'application de l'article 1792-4 du code civil à partir du texte lui-même.

La première condition de l'application de l'article 1792-4 du code civil, application qui, en cas de litige sur ce point, peut caractériser une difficulté de nature à constituer une contestation sérieuse (3e.Civ. ,15 novembre 1995, pourvoi n° 93-18.604), est l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage (3e Civ., 19 novembre 2002, pourvoi n° 00-20.636 et 3e Civ.,13 novembre 2003, Bull. 2003, III, n° 192, p. 172 rejet, et RD imm. 2004, p. 129). Le fabricant, qui n'est soumis à la responsabilité décennale que parce qu'il est solidaire d'un constructeur soumis à cette responsabilité, ne saurait ainsi être tenu lorsque les éléments spécifiques ont été posés par le maître de l'ouvrage lui-même.

Il faut en outre une conception et une production par le fabricant, notion distincte d'un simple fournisseur, sans qu'il soit précisé par le texte que ce fabricant peut se contenter d'une participation partielle à cette conception.

L'application de l'article 1792-4 susvisé suppose en outre la réunion de plusieurs conditions, tenant, outre à la notion ainsi élargie de fabricant, sans pour autant que la loi ait entendu viser les sous-traitants, à la nature du produit conçu et fabriqué et aux modalités de mise en oeuvre de ce produit.

Un examen des arrêts essentiels de la Cour de cassation s'impose sur ce point, étant observé que les juges du fond ont souvent eu une conception extensive de l'élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire.

Nous examinerons d'abord, en analysant les différents critères, les arrêts ayant écarté l'existence d'éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS).

1° critère de l'ouvrage, partie d'ouvrage ou élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance :

La troisième chambre civile a ainsi écarté l'application de l'article 1792-4 du code civil soit en relevant sur l'absence de conception d'un produit élaboré, soit en insistant sur le défaut d'ouvrage, de partie d'ouvrage ou d'élément d'équipement, soit en retenant que la finalité ainsi exigée du produit en état de service n'était pas remplie.

La classification en sous-critères connaît toutefois ses limites lorsque la solution emprunte parfois à plusieurs sous-critères, ce qui rend en partie artificielle la distinction, utilisée en l'état, pour permettre un exposé structuré.

a) la conception :

Ce sous-critère, qui apparaît peu en jurisprudence, est important pour justifier le fait que le fabricant soit tenu responsable solidairement, évitant ainsi au locateur d'ouvrage de se retrouver seul à supporter une responsabilité décennale en raison d'un élément dont il n'a pas eu la maîtrise dès sa conception.

Il a été retenu une absence d'application de l'article 1792-4 du code civil dans le cas d'un fabricant ayant, **sans concevoir** des verrières, **fourni** des matériaux servant aux doubles vitrages : 3ème Civ., 20 novembre 2002, Bull. 2002, III, n° 228, p.196, rejet ; RD Imm. 2003, p. 97 ; Defrénois 2003, article 37683, n° 7, les observations

insistant sur le fait qu'il ne s'agissait pas de matériaux constituant un système complet et organisé de cloisonnement, mais de matériaux indifférenciés, utilisables dans n'importe quelle configuration.

Cet arrêt doit être rapproché à mon sens, d'une part, d'un arrêt du 6 octobre 1999 (3ème Civ., Bull. 1999, III, n° 196, p. 137, rejet, et l'arrêt cité) ayant, pour écarter l'application de ce texte, notamment observé que les équipements fournis n'étaient pas la réplique exacte de la maison lauréate d'un concours pour lesquels ces équipements avaient été conçus, ce qui devait impliquer sans doute une nouvelle conception, d'autre part, de celui du 12 juin 2002 analysé parmi les décisions ayant admis l'existence d'un EPERS.

b) l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'élément d'équipement :

Ce qui exclut notamment :

- des tuiles ayant servi à la construction d'un toit, matériaux indifférenciés ne jouant aucun rôle défini dans la construction avant leur mise en oeuvre (3e Civ., 4 décembre 1984, Bull. 1984, III, n° 202 (2), p.157, rejet),

- du béton fabriqué et livré prêt à l'emploi, simple matériau (3e Civ., 24 novembre 1987, Bull. 1987, III, n° 188 (1), p. 110),

- un revêtement d'étanchéité liquide non fabriqué en vue d'une utilisation bien définie à l'avance, non soumis à des contraintes spécifiques imposées avant sa pose et ne présentant aucune spécificité le distinguant des autres produits ayant la même finalité, avec pour déduction qu'il ne s'agit ni d'un ouvrage, ni d'une partie d'ouvrage, ni d'un élément d'équipement et le rappel du fait qu'une circulaire ministérielle ne s'impose pas au juge (3e Civ., 26 mai 1992, Bull. 1992, III, n° 167, p.101, rejet, et l'arrêt cité ; RD Imm. 1992, p. 522 ; RGAT 1992, p. 871, note Bigot estimant préalable l'examen du critère de l'ouvrage, partie d'ouvrage ou élément d'équipement),

- des travaux de peinture (3ème Civ., 16 mai 2001, Bull. 2001, III, n° 62, p. 49, cassation, et l'arrêt cité) avec la conséquence que seule la responsabilité contractuelle de droit commun est applicable.

c) un produit permettant de satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance :

Les juges du fond doivent procéder, sur ce point également, aux recherches qui leur ont été demandées. Une décision (3ème Civ., 23 avril 1997, pourvoi n° 95-11.211) n'admet pas le rejet d'une demande de la partie subrogée dans les droits d'un maître de l'ouvrage contre la société ayant conçu un système de chauffage breveté par elle et impose aux juges du fond, qui avaient écarté la demande du fait que ce concepteur n'était pas fabricant, de rechercher si ce système ne constituait pas une partie d'ouvrage conçu et produit pour satisfaire en état de service à des exigences précises et déterminées à l'avance. Une cassation pour manque de base légale était déjà intervenue dans le cas d'un revêtement d'un court de tennis (3ème Civ., 26 octobre 1988, pourvoi n° 87-11367 ; RGAT 1989, n°1, p. 93, note Jean Bigot).

Les arrêts refusant l'existence d'EPERS par application de ce sous-critère concernent des hypothèses très variées, le nombre de décisions démontrant à mon sens la difficulté de cerner celui-ci :

- revêtement d'étanchéité, la solution de l'arrêt précité du 26 mai 1992, intéressante en ce qu'elle démontre que l'étanchéité n'est pas la finalité exigée par le texte, étant confortée par l'arrêt (3e Civ., 25 novembre 1998, pourvoi n° 97-11.395) cassant, pour violation de l'article 1792-4 du code civil, une décision ayant retenu la responsabilité du fabricant sur le fondement de cet article sans relever que ce revêtement constituait un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance ;

- briques ou dalles conçues pour la construction d'un terrain de tennis, l'arrêt publié du 27 janvier 1993 censurant le motif visant la conception pour une utilisation constante du terrain par les joueurs en retenant, dans le conclusif, que **ces dalles ne constituaient pas, en elles-mêmes un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement conçu pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance** : 3ème Civ., 27 janvier 1993, Bull. 1993, III, n° 10, p. 6, et l'arrêt cité ; 3e Civ., 27 janvier 1993, pourvoi n° 90-17.411, ces arrêts étant commentés (Defrénois 1993, article 35578, p. 782) et 3e Civ., 21 février 1995, pourvoi n° 93-12.526 ;
 - crochets destinés à retenir la neige sur les toits (3e Civ., 11 janvier 1995, Bull.1995, n° 9, p. 5, cassation partielle, et l'arrêt cité ; RD Imm. 1995, p.335, la note relevant le caractère difficilement acceptable de l'absence de règle claire en la matière et proposant la suppression de l'article 1792-4 du code civil) ;
 - tuyaux convenant à des usages polyvalents, livrés au mètre, tronçonnés et rabotés sur place pour les besoins du chantier (3e Civ., 26 juin 2002, pourvoi n° 00-19.686 ; RD Imm. 2002, p. 422 et p. 515) contrôle "lourd" ;
 - plaques : s'agissant, non d'un concepteur de verrières, mais d'un fournisseur de matériaux, servant en l'espèce à des doubles vitrages, **indifférenciés destinés à de multiples usages et vendus sur catalogue et coupés et agencés sur le chantier** (3e Civ., 20 novembre 2002, précité au a), contrôle "lourd" ;
 - **entrepôt frigorifique en panneaux démontables livré, sans mise à disposition d'un monteur, avec contrôle "léger" mais constat qu'il n'était pas établi que ces biens répondaient à des exigences précises et déterminées à l'avance** (3e Civ., 29 octobre 2003, Bull 2003, III, n° 183, p. 162, rejet ; RD Imm. 2004, p. 127 et Defrénois, juin 2004, article 37903, p. 450, obs. Périnet-Marquet approuvant la solution en relevant que l'entrepôt frigorifique n'obéissait pas à une commande spécifique **mais était constitué d'un ensemble de panneaux aboutissant à un ensemble standard**). Ces entrepôts avaient été fournis ou posés par trois sociétés différentes dont la société Construction isotherme Lamberet dite Plast'Europ, devenue Société financière et industrielle du Peloux ;
 - **procédé d'isolation thermique** dont les dalles en mortier, qui en étaient un des éléments de base, étaient **fabriquées selon des dimensions standardisées de façon continue sur bande sans fin et adaptées en rectifiant leur dimension originelle sur place** au moyen d'un disque (3e Civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.633) ;
 - carreaux constituant, non un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, mais un matériau amorphe et indifférencié (3e Civ., 4 février 2004, Bull. 2004, III, n° 18, p.17, rejet et les arrêts cités ; RD imm. 2004, p. 201 ; Defrénois 2005, article 38079, n° 5) contrôle "lourd" ;
 - **"panneaux isothermes"** dont un fabricant, parmi d'autres, proposait une gamme (3e Civ., 22 septembre 2004, Bull. 2004, n° 151, p. 137, cassation partielle, ayant renvoyé la présente affaire devant la cour d'appel d'Angers qui s'est rebellée ; RD imm. 2004, p. 527, note G.L. et p. 571-572, note Malinvaud) et, toujours concernant la société Plasteurop, **"plaques isolantes" proposées sur catalogue** et ayant pour vocation d'assurer l'isolation de l'ouvrage dans lequel elles devaient être incorporées, soit, **indifféremment, des chambres froides, des entrepôts, des abattoirs, des laiteries ou des tunnels de congélation** (3e Civ., 15 mars 2006, Bull., III, n° 63, p. 53, cassation partielle, et l'arrêt cité ; RD imm. 2006, Chron., p. 234, estimant que la question sera résolue à l'avenir par l'application de l'article 1792-7 du code civil, les panneaux isothermes semblant bien être des éléments d'équipement dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage).
- 2° critère tiré de la mise en oeuvre, par le locateur d'ouvrage, de l'ouvrage, de la partie d'ouvrage ou de l'élément d'équipement, sans modification et conformément aux règles prévues par le fabricant :

La jurisprudence s'est ainsi attachée à préciser les sous-critères concernant cette mise en oeuvre.

L'idée sous-jacente quant aux modalités de cette mise en oeuvre est que l'on ne saurait admettre la responsabilité du fabricant en cas de mauvaise adaptation ou application de son produit par le locateur d'ouvrage.

a) une mise en oeuvre par le locateur d'ouvrage :

Le texte suppose, pour son application, non pas que le vendeur soit lui-même un entrepreneur, mais que l'objet vendu soit mis en oeuvre par l'entrepreneur (cf. Defrénois 2004, art. 37903, Périnet-Marquet, p. 451).

Cette condition n'a pas fait difficulté en pratique.

b) l'absence de modification lors de la mise en oeuvre par le locateur d'ouvrage :

Il s'agit, pour la jurisprudence, de la mise en oeuvre effective, ce qui est différent de la condition posée par la circulaire ou le bureau technique de tarification recherchant la capacité du produit à être mis en oeuvre sans modification.

Un arrêt précité (3e Civ., 6 octobre 1999, Bull.1999, III, n° 196, p. 137, rejet, et l'arrêt cité ; RD imm. 2000, p. 207 ; Defrénois 2000, art 37152, p. 489 ; RGDA 1999, p. 1031) écarte la notion éléments d'équipement pouvant entraîner la responsabilité solidaire en relevant que **les locateurs d'ouvrage avaient apporté des modifications** (concernant des données de base) par rapport aux éléments, initialement conçus par le fabricant, d'une maison solaire et que la mise en place des équipements fournis devait s'accompagner de la vérification de la compatibilité des installations de chauffage avec les conditions climatiques locales.

L'arrêt (3e Civ., 22 septembre 2004, Bull. 2004, III, n° 151, p. 137, cassation partielle, et l'arrêt cité ; RD imm. 2004, p. 571, note Malinvaud), à l'origine de l'affaire qui revient devant l'assemblée plénière, peut être rappelé ici pour mémoire alors qu'il se fonde notamment sur le fait que les panneaux étaient découpés sur le chantier afin d'y insérer notamment des châssis, des portes, des fenêtres et qu'il s'agissait dès lors d'**éléments** indifférenciés et **nécessitant des modifications pour leur mise en oeuvre**.

La notion d'absence de modification apparaît désormais, selon une interprétation d'un arrêt (3e Civ., 4 janvier 2006, Bull., III, n° 1, p.1, rejet et RD imm. 2006, p.109), correspondre à l'expression "**sans modification affectant la nature du produit**", ce qui peut se rapprocher de la notion d'altération structurelle ou non.

L'opposition entre absence de modification et ajustements demeure ainsi d'actualité.

c) le respect des règles édictées par le fabricant :

Le fabricant, sur lequel pèse une obligation d'information en ce qui concerne les risques, ne saurait en effet être tenu solidairement si les prescriptions qu'il a édictées pour l'utilisation de son produit n'ont pas été respectées par le locateur d'ouvrage (3e Civ., 5 janvier 1994, pourvoi n° 92-12.019 ; 3e Civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 92-17.584). Les juges du fond doivent, pour condamner in solidum le fabricant d'un élément d'équipement (coque de piscine) et l'entrepreneur chargé de l'installation, rechercher, comme il leur était demandé, si cet entrepreneur avait agi conformément aux directives du fabricant (3e Civ., 17 juin 1998, Bull. 1998, III, n° 126, p. 85, cassation partielle ; RD imm. 1998, p. 379, obs. Ph Malinvaud ; RD imm.1999, p. 127, obs. G. Leguay). Cette décision de cassation pour manque de base légale est souvent, à mon sens à tort, présentée comme ayant retenu la qualification d'EPERS pour une coque de piscine en polyester.

La chambre a exceptionnellement admis l'existence d'un élément d'équipement au sens de l'article 1792-4 du code civil, dans les hypothèses suivantes

supposant la réunion de l'ensemble des critères :

- **pompe à chaleur**, conçue par le fabricant pour être mise en service sans subir de transformation, selon les prescriptions de celui-ci et destinée à assurer, selon les performances définies par ce fabricant, la fonction précise de générateur de chaleur, même si l'adjonction possible d'une autre source de chaleur nécessitait un dispositif de sécurité supplémentaire (3e Civ., 20 janvier 1993, Bull. 1993, III, n° 4, p. 2, et l'arrêt cité ; Defrénois 1993, art. 35673, p. 1433 ; RGAT 1993, p. 320, obs. Périnet-Marquet relevant qu'il s'agit, pour cette première reconnaissance d'un EPERS par la Cour de cassation d'un appareil ayant un fonctionnement mécanique et électrique). L'adjonction admise se distingue ainsi d'une modification ou transformation apportée par le locateur d'ouvrage à l'élément d'équipement que constituait la pompe à chaleur ;

- **système de chauffage (d'un plancher)**, composé, non pas d'éléments indifférenciés, mais d'éléments, **conçus pour satisfaire à des exigences précises et déterminées à l'avance et formant un assemblage élaboré**, que l'entrepreneur met en oeuvre **sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant** (3e Civ., 25 juin 1997, Bull. 1997, III, n° 150, p.101, rejet ; Dalloz 1998, J., p. 360, note Raffi critiquant notamment le fait que l'arrêt privilégie la nature du produit sur sa destination ; RD imm. 1997, p. 603). Cet arrêt est intéressant en ce qu'il rappelle, pour exercer un contrôle lourd sur la qualification, les critères essentiels ;

- **panneaux d'isolation conçus pour satisfaire à des exigences précises et déterminées à l'avance de haute protection thermique des bâtiments d'élevage**, de qualité sanitaire et de possibilité d'entretien et **mis en oeuvre sans modification, conformément aux règles édictées par le fabricant**, le percement en fonction de l'écartement des pannes et la pose de bandes étanches répondant aux indications de pose, les découpes de "dimensionnement" constituant de simples ajustements, et la ventilation n'ayant pas été supprimée (3e Civ., 12 juin 2002, Bull. 2002, III, n° 133, p. 115, rejet ; RD Imm. 2002, p. 421 et p. 362).

Cet arrêt, qui retient un contrôle léger, précise par ailleurs que la responsabilité solidaire de ce fabricant peut s'appliquer à des ouvrages ou des éléments d'équipement ayant fait l'objet d'une fabrication en série. Ainsi, à côté de l'idée de fabrication sur mesure après une demande spéciale, pour un ouvrage précis, on admet la production en série, le fabricant ayant ainsi devancé les desiderata particuliers de sa clientèle potentielle. L'évolution apparaît non négligeable et peut être considérée comme étant en phase avec la nécessité de rationaliser les productions industrielles dans le secteur du bâtiment.

Cette décision a suscité des interrogations de M. Malinvaud (RD imm. 2002, chron., p 421 et 422) s'étonnant de la solution alors que l'élément d'équipement défectueux était à vocation industrielle et relevant que si la responsabilité des constructeurs d'un tel élément ne pouvait être recherchée sur le fondement des articles 1792, 1792-2 ou 1792-3, il s'ensuivait que l'article 1792-4, instaurant une garantie d'emprunt, était sans application.

Par ailleurs, un autre commentateur à cette même revue (RD imm. 2002, p. 362, obs. G.L.) relève que la notion de "simples ajustements" semble marquer une inflexion de la position de la Cour de cassation relative au critère législatif strict de mise en oeuvre sans modification.

M. Périnet-Marquet (Defrénois 2003, p. 326) relève notamment que la Cour de cassation admet explicitement, pour la première fois, que puissent constituer des EPERS des éléments inertes, que la possibilité de fabrication en série des ouvrages et éléments d'équipements découle de l'article 1792-4 du code civil qui n'exige pas une commande spécifique et que la jurisprudence, en élargissant sa propre conception, risque de plonger dans l'embarras nombre d'industriels qui, jusqu'alors, trouvaient commode le critère fonctionnel de l'EPERS. Rapprochant la solution de l'arrêt du 12 juin 2002 de celle d'un arrêt de la même année limitant la portée du précédent (3e Civ., 20 novembre 2002, Bull. 2002, III, n° 228, p.196, rejet, et les

arrêts cités ; RD imm. 2003, 97, obs. Malinvaud ; Constr. urb., 2003, 35), il observe que la nouvelle frontière qui sépare désormais les matériaux indifférenciés des EPERS a perdu de sa simplicité.

Mais l'ouverture de la notion d'EPERS par l'arrêt du 12 juin 2002, qui n'a pas connu de nouveaux développements très importants au niveau de la Cour de cassation, n'a pas été suivie par le bureau central de tarification (B.C.T.) qui a refusé de considérer les panneaux en cause comme des EPERS (RD imm. 2003, p. 227, obs. Leguay).

La prise en compte de la nature, voire de l'importance de la modification apportée par le locateur d'ouvrage, est en outre de nature à multiplier les discussions de pur fait au regard de rapports d'expertise ;

- **fenêtres fabriquées sur commande spécifique**, dont chacune d'elles correspondait à une fiche de commande précisant les caractéristiques techniques auxquelles elle devait répondre et dont les montages s'étaient effectués sans modification de leur structure, seuls quelques ajustements ayant été opérés : 3e Civ., 4 janvier 2006, Bull. 2006, III, n° 1, p.1 (rejet) ; Defrénois 2006, article 38460, n° 4, p. 1505 avec note liant la poursuite, par la Cour de cassation, de l'extension prudente de la notion d'EPERS au fait que "le fabricant s'est comporté, à certains égards comme un entrepreneur et non un vendeur" ; RD imm. 2006, p.109 avec observations relevant que la différence entre modification et ajustements ne dépend pas de la quantité, de l'importance ni du coût des prestations de mise en oeuvre, mais de leur nature, les ajustements n'affectant pas "la structure même" du produit ;

- **plancher fabriqué à partir de matériaux spécifiques** qui ont fait l'objet de préconisations particulières du fabricant quant à son montage et dont la définition a été réalisée par le fabricant, la formule pouvant se référer à l'idée de conception par le fabricant d'un produit spécifique (3e Civ., 29 mars 2006, Bull. 2006, III, n° 82, p. 68, rejet, et l'arrêt cité ; RD imm. 2006, chron., p. 184, note G.L., et p. 233).

II - Les enjeux et la problématique

A) La sécurité juridique et économique

L'absence de délimitation précise du champ d'application de la loi du 4 janvier 1978 a permis à la jurisprudence de retenir une conception extensive, qui ne s'est pas toutefois manifestée pour les EPERS.

La difficulté en matière de droit de la construction m'apparaît liée au décalage important dans le temps entre l'acte de construire et les risques encourus par les acteurs directs et indirects.

La question peut également se poser, en l'absence de précision de la loi, de savoir si le maître de l'ouvrage est, dans le cas d'un EPERS, tenu d'agir sur le seul fondement de l'article 1794-4 du code civil, comme dans les cas des responsabilités biennale et décennale, ou bien s'il peut, comme dans l'hypothèse de la garantie de parfait achèvement, choisir d'invoquer la responsabilité de droit commun (voir notamment 3ème Civ., 22 mars 1995, Bull. 1995, III, n° 80, p. 54, rejet ; JCP 1995, Ed. G., J., n° 22416, note Fossereau). La réponse peut dépendre de l'importance accordée à la garantie, celle de parfait achèvement ayant été considérée comme moins fondamentale que la garantie décennale, et du rattachement à la responsabilité décennale lorsque l'EPERS défaille à compromettre la solidité de l'ouvrage ou sa

destination.

Si le maître de l'ouvrage a vu sa situation améliorée notamment par l'instauration de l'assurance dommages ouvrage, le risque, pour les professionnels et notamment les fabricants, est lié à une durée très importante pour les acteurs économiques alors qu'il est garanti par une prime unique pour toute sa durée. Le fabricant d'un élément d'équipement et son assureur apprécient difficilement la portée exacte du risque alors qu'ils ne connaissent a priori ni la date exacte de réception de l'ouvrage, ni la valeur globale de cet ouvrage.

La note de présentation du projet d'ordonnance a souligné que l'insécurité juridique a contribué aux pertes accumulées par cette catégorie d'assurance, au désarroi des acteurs et à la raréfaction de l'offre d'assurance, laquelle a elle-même contribué à l'augmentation des saisines du bureau central de tarification.

Si la clarté de la position jurisprudentielle des deux ordres de juridiction apparaît ainsi participer, même modestement, directement à l'économie du secteur, les choix relatifs à une conception étroite ou large de la notion d'EPERS auront également un coût pour les acteurs, plus élevé dans le cas d'un élargissement de la notion impliquant un domaine plus étendu de l'assurance obligatoire dont le défaut est par ailleurs sanctionné pénalement.

L'étendue de la notion d'EPERS a également une incidence directe sur la garantie des assureurs.

En effet, d'une part, les assureurs responsabilité civile ne sont pas tenus à garantie s'il s'agit d'EPERS et le fabricant doit au contraire obligatoirement être assuré au titre de la responsabilité décennale, d'autre part des clauses d'exclusion de garantie pour la fabrication de certains éléments d'équipement, en définitive qualifiés d'EPERS pourront être réputées non écrites, ces clauses faisant alors échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction.

Par ailleurs, si en pratique, les assureurs proposent, soit un contrat ayant pour objet de garantir le fabricant pour l'ensemble des produits, éléments et composants qu'il fabrique et vend, ce qui inclut les garanties relevant de l'assurance obligatoire au titre de la solidarité du fabricant avec les obligations mises à la charge du locateur d'ouvrage et des garanties facultatives, soit un contrat d'assurance propre aux EPERS couvrant les produits figurant sur une liste annexée, la prime au titre de la responsabilité obligatoire est nettement plus importante que celle au titre de la responsabilité de droit commun.

B) L'étendue du contrôle de la Cour de cassation

La Cour de cassation oscille entre un contrôle "léger", en général exercé quand elle retient l'existence d'EPERS et un contrôle "lourd" quant elle écarte cette notion, une telle pratique divergente, avec une force supplémentaire en cas de refus d'application de l'article 1792-4 du code civil, étant susceptible d'être considérée comme un indice de sa volonté de limiter au maximum la portée de la notion d'EPERS et de la responsabilité solidaire du fabricant.

S'agissant d'une définition légale, le contrôle apparaît nécessaire, mais il conviendra de déterminer s'il doit porter sur tous les critères et sous-critères, par exemple sur ceux relatifs à l'existence d'une conception, à l'absence de modification et au respect des règles édictées par le fabricant.

L'affirmation du pouvoir souverain pour apprécier certains sous-critères n'exclurait pas un grief de manque de base légale si les juges du fond ne constatent pas un des

éléments requis par la définition légale.

Dans le cas d'un choix pour un contrôle de seulement quelques sous-critères, la déduction de l'existence de la notion légale à partir des constatations (si sous-critère relevant du pouvoir souverain) et énonciations demeurerait alors soumise à un contrôle qui pourrait, s'agissant d'une définition légale être "lourd".

C) Le contexte issu de l'ordonnance du 8 juin 2005, non applicable toutefois en la cause

Cette ordonnance, commentée notamment par M. Courtieu (Resp. civ. et assur., octobre 2005, Etudes 14), supprime dans les articles 1792-2 et 1792-3 du code civil la référence aux éléments d'équipement d'un bâtiment, remplaçant ce dernier terme par celui d'ouvrage ce qui met l'ensemble en harmonie avec l'article 1792 de ce code.

Elle exclut par ailleurs de la responsabilité décennale les équipements à finalité purement professionnelle qui relèveront seulement du droit de la vente ou de la responsabilité de droit commun s'ils sont défectueux. La référence par l'article 1792-7 nouveau, à l'article 1792-4 du code civil, permet en effet d'écarter de la catégorie d'EPERS "les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage".

Cette rédaction est à mettre en perspective avec la controverse née de l'arrêt précité du 26 mars 1996 ayant admis que le vice de l'équipement de ventilation d'un silo relève de la responsabilité décennale à rapprocher des arrêts de la troisième chambre sur la notion de travaux de bâtiment.

La difficulté sera désormais, au regard de l'ordonnance, de déterminer en chaque espèce, outre le respect des autres conditions d'application de l'article 1792-4, si les équipements en cause, distincts des éléments des ouvrages de viabilité, d'ossature, de clos et de couvert de l'ouvrage, ont une telle fonction exclusive permettant d'écarter la notion d'EPERS et le régime de la responsabilité solidaire.

Et on peut soutenir avec M. Courtieu, se référant également aux travaux d'un "comité de juristes" auteur du rapport sur le champ d'application de l'assurance construction, que cette expression "fonction exclusive" marquera la frontière entre ce qui appartient à l'ouvrage (par exemple des câblages et une climatisation) et ce qui relève des instruments de l'exploitation (par exemple du matériel informatique).

S'agissant du champ d'application de l'obligation d'assurance, il appartiendra à la troisième chambre, désormais en charge de la matière, de donner ses orientations au regard notamment d'une part de la disparition du terme bâtiment au profit de celui, non pas d'ouvrage comme la commission Périnet-Marquet le proposait, mais de construction, d'autre part de la liste des ouvrages exclus par l'article L. 243-1-1 du code des assurances.

M. Malinvaud observe par ailleurs (RD imm., juillet août 2005, p. 237) que "le nouvel article 1792-7 ne peut que renforcer la tendance restrictive de la Cour de cassation qui n'a admis la notion d'EPERS que dans quelques très rares hypothèses".

D) Le choix de la conception de la notion

Sous réserve d'admettre, en l'état de la législation applicable en la cause, l'absence d'incidence de la destination industrielle du bâtiment ayant nécessité l'application de panneaux, le cas d'une construction, inclût-elle des éléments d'équipement à usage professionnel, étant alors distingué des seuls éléments destinés à cet usage, tels une machine à soupe et une chaîne d'automatisation de bouteilles de champagne, des éléments du choix entre une conception large ou plus restreinte de la notion d'EPERS peuvent être avancés, étant observé qu'en cas de diminution du nombre de produits qualifiés d'EPERS, le champ d'application de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 (visant les produits défectueux mis en circulation postérieurement au 23 mai 1998) sera plus étendu à l'avenir.

Sur ce choix, l'ordre et le nombre d'arguments cités pour ouvrir une discussion ne peuvent être considérés, au niveau de ce rapport, comme des indices d'une opinion.

En faveur d'une conception large de l'EPERS peuvent être invoqués les arguments suivants :

- la volonté apparente du législateur de créer, en faveur du maître de l'ouvrage, une responsabilité solidaire du fabricant qui ne soit pas résiduelle alors que le principe de celle-ci n'a pas, à l'époque, fait difficulté ;
- le fait qu'exclure des productions en série de la notion d'EPERS, ce qui correspond à la jurisprudence jusqu'à l'arrêt précité du 12 juin 2002, aboutirait à une réduction très importante de la portée de l'article 1792-4 du code civil ;
- le caractère assez général de la définition légale et notamment des termes "produit permettant de satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance" ;
- concernant le sous-critère de la modification, le fait que les deux ordres de juridiction ont eu, un moment, une approche commune, le Conseil d'Etat ayant tenu compte de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 12 juin 2002 ;
- la position prise par le Conseil d'Etat, dans l'affaire Oxatherm, reconnaissant à des panneaux très proches de ceux de la société Plasteurop, la qualification d'EPERS.

En faveur d'une conception étroite de l'EPERS on peut au contraire relever :

- le fait que la réparation du préjudice subi par le maître de l'ouvrage est déjà facilitée par l'instauration d'un régime d'assurance obligatoire ;
- la difficulté d'admettre que tout produit pourrait relever du sous-critère "produit permettant de satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance" ;
- l'idée, à rapprocher du retranchement d'une partie de la conception au constructeur, selon laquelle les derniers termes de cette formule légale supposent, dès la conception, une définition à l'avance d'un produit formant un ensemble ayant une adaptation prévue au site concerné, en vue d'un fonctionnement particulier lié à ce site ;
- la clarté apparente de la notion d'absence de modification, excluant toute distinction avec celle de simples aménagements, ce qui présenterait l'avantage de limiter des discussions de pur fait, au vu de rapports d'expertise ;
- le fait que la responsabilité solidaire du fabricant apparaît comme une exception au régime de droit commun de responsabilité de ce fabricant et que cette exception doit être interprétée strictement au regard des conditions, lesquelles doivent être cumulativement réunies, posées par l'article 1792-4 du code civil, une interprétation large de la notion pouvant par ailleurs impliquer encore plus de difficultés pour définir les futures limites de l'évolution jurisprudentielle ;
- l'éventuel risque, dès lors que l'on a admis, par l'arrêt précité rendu le 26 mars 1996

par la première chambre, qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que les malfaçons concernent des locaux à usage d'habitation ou à usage commercial ou industriel, ce qui implique de soumettre à la garantie décennale des travaux de bâtiment relatifs à la construction de complexes industriels, d'ajouter à cette conception extensive une nouvelle conception large concernant cette fois les éléments d'équipement d'usines et de tels complexes même s'il s'agit en notre espèce de construction de dimension assez modeste par rapport à de tels exemples ;

- la diminution du risque de non assurance du fabricant qui a pu se fonder sur la jurisprudence actuelle pour ne pas s'assurer ce d'autant que les décisions du BCT sont souvent très restrictives, telle celle retenant une absence d'obligation d'assurance pour le plancher chauffant qui a été ensuite reconnu comme un EPERS par l'arrêt publié du 25 juin 1997 ;

- le coût moindre de l'assurance pour les fabricants alors non assujettis à l'assurance construction obligatoire et partant, un coût, en principe, également réduit pour la construction dans son ensemble ;

- l'évolution des textes au regard de l'ordonnance du 8 juin 2005, même si celle-ci n'est pas applicable en l'espèce, dans un sens d'une notion encore plus étroite.

L'incertitude quant à l'appréciation des risques peut impliquer une responsabilité pénale pour non souscription d'une assurance obligatoire liée à une garantie résultant de textes d'ordre public, une éventuelle recherche de responsabilité de l'architecte au motif qu'il n'aurait pas vérifié l'effectivité de l'assurance des fabricants et des coûts supplémentaires en lien notamment avec des couvertures prises à titre de précaution mais s'avérant inutiles.

Quelle que soit la solution retenue, sa clarté serait un élément tant d'une sécurité juridique et économique accrue pour les intervenants directs à l'acte de construire et leurs assureurs que d'une possible diminution des coûts de l'assurance.

Nombre de projet(s) préparé(s) : deux avec variantes

Rapport complémentaire de M. Chollet, conseiller rapporteur

Par acte du 8 janvier 2007, les Mutuelles du Mans ont déposé au greffe une requête en intervention accessoire tendant à voir déclarer recevable cette intervention et rejeter le pourvoi n° 06-12.165.

Cet acte relève que le pourvoi examiné par l'assemblée plénière pose une question de droit identique à celle que soumettent à la Cour de cassation les pourvois, enregistrés sous les numéros 05-20.458, 05-20.455, 05-20.456, 05-20.459, que les

Mutuelles du Mans avaient formés et qui tendent à la cassation de cinq arrêts rendus par la cour d'appel de Paris et observe que la solution que retiendra l'assemblée plénière commandera largement le sort des pourvois susvisés.

Les Mutuelles du Mans invoquent ainsi l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit au procès équitable.

La chambre devra au préalable s'interroger sur la recevabilité éventuelle de cette intervention.

L'article 66 du nouveau code de procédure civile définit l'intervention par son objet qui est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires et précise que cette intervention est volontaire lorsque la demande émane du tiers.

L'intervention étant une demande en justice, elle est soumise aux conditions de recevabilité de droit commun requises à ce titre : capacité, intérêt et qualité. Ainsi, dans le cas d'une intervention devant la cour d'appel, l'objectif affirmé de fournir des renseignements pour étayer la thèse d'une société extérieure au litige de transport en cause ne correspond pas à l'intérêt exigé (Com., 15 novembre 1994, Bull. IV, n° 338, p. 276).

L'article 330 de ce code dispose :

"L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.

Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie."....

L'article 327 du même code précise que seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire.

Selon l'ouvrage Droit et pratique de la cassation en matière civile (Litec, n° 529 et suivants), il se déduit de ces dispositions que si l'intervenant peut faire valoir une argumentation qui lui est propre ou qui s'ajoute à celle du demandeur ou du défendeur au pourvoi, qu'il entend soutenir, il doit le faire aux mêmes fins sans présenter aucune demande qui lui soit personnelle et la Cour de cassation apprécie souverainement, et au jour où elle statue, l'existence "d'intérêts communs".

Il est par ailleurs rappelé :

- qu'**aucun délai** n'est imparti pour l'intervention qui peut donc avoir lieu jusqu'à l'ouverture des débats et qui doit être effectuée sous la forme d'un mémoire remis au greffe de la Cour et signifié à toutes les parties ;

- que l'article 625, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile suffit, en cas de cassation, à faire produire effet à l'égard de l'intervenant alors qu'en cas de rejet du pourvoi, la situation de l'intervenant demeure inchangée.

En leur ouvrage intitulé "La cassation en matière civile" (Daloz Action 2003-2004, n° 113.100 et suivants), Messieurs Boré observent que le pourvoi en cassation étant en principe réservé aux parties, les personnes qui n'ont pas été partie principale ou intervenante en appel ne peuvent intervenir devant la Cour de cassation que si elles justifient de "circonstances ou d'intérêts exceptionnels" que cette Cour se réserve d'apprécier. Citant de nombreux exemples relatifs à la question de la recevabilité de l'intervention volontaire accessoire, ils relèvent que "l'intervenant ne peut se borner à vouloir voir résoudre, conformément à son opinion, le problème de droit posé par le pourvoi, ce qui ne saurait être un intérêt suffisant".

La Cour de cassation applique strictement les conditions légales.

Devant elle, l'intervention accessoire a ainsi été admise notamment dans les hypothèses suivantes :

- société qui était visée par l'ordonnance attaquée par le pourvoi d'une autre société (Com., 10 mars 1992, Bull. 1992, IV, n° 108, p. 78) ;
- directeur général des impôts et receveurs percepteurs soutenant respectivement le syndic qui avait formé opposition au versement aux créanciers nantis de sommes dues au maître de l'ouvrage, et les sociétés sous-traitantes (Com., 6 mars 1979, Bull. 1979, IV, n° 90, p. 69) ;
- Conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires pour un litige portant sur le code de déontologie des vétérinaires (1ère Civ., 27 janvier 1982, Bull. 1982, I, n° 53, p. 45) ;
- défense d'un intérêt dont une Chambre nationale des huissiers de justice a la garde (Com., 20 octobre 1998, Bull. 1998, IV, n° 252, p. 209) ;
- fédération des banques françaises à propos d'un litige relatif à l'application de l'article L. 341-4 du code de la consommation aux cautionnements souscrits avant l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003 (chambre mixte, 22 septembre 2006, Bull. 2006, Ch. mixte, n° 7, p. 21).

L'intervention accessoire a au contraire été déclarée irrecevable dans plusieurs cas.

Il en est ainsi lorsque la partie que l'intervenant entendait soutenir ne s'était pas elle-même pourvue en cassation (par exemple 3ème Civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 03-18.502 ; Com., 5 décembre 2006, pourvoi n° 05-17.246) ou bien faisait défaut devant la Cour de cassation (2ème Civ., 28 juin 1995, Bull. 1995, II, n° 221, p. 127) ou bien voyait son pourvoi déclaré irrecevable (Com., 25 octobre 1994, Bull. 1994, IV, n° 315, p. 256).

La solution peut être liée à des textes particuliers (Com., 1er octobre 1996, Bull. 1996, IV, n° 218, p. 191 s'agissant du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget alors que la loi ne prévoit pas son intervention devant la juridiction civile aux fins d'annulation d'opérations de banques pratiquées par d'autres que les établissements de crédit).

Mais l'irrecevabilité est le plus souvent rattachée à l'idée d'absence d'intérêt de la partie intervenante pour la conservation des droits :

- absence d'intérêt de la conférence des bâtonniers des barreaux de France pour la conservation de ses droits dans l'hypothèse d'une annulation de certaines dispositions du règlement intérieur d'un barreau local (1ère Civ., 25 mai 1992, Bull. 1992, I, n° 153, p. 104) ;
- absence d'intérêt de l'Union Fédérale des consommateurs pour la conservation de ses droits dans le cas d'un litige relevant de l'application de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine du crédit (1ère Civ., 7 juillet 1992, Bull. 1992, I, n° 224, p. 149) ;
- absence d'intérêt d'un contrôleur assistant le représentant des créanciers et le juge commissaire à soutenir les prétentions de déposants clients d'une banque qui était en liquidation (Com., 16 janvier 1996, Bull. 1996, IV, n° 15, p. 11).

Il convient également de citer le cas d'intervenants, parties devant la cour d'appel, demandant que la cassation à intervenir à la demande d'une banque leur profite alors qu'ils avaient eux-mêmes formé un pourvoi contre les dispositions leur faisant grief (Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-18.732), la solution étant à rapprocher tant d'un arrêt (1ère Civ., 13 mai 1997, pourvoi n° 95-14.599) déclarant irrecevable une intervention d'une partie devant la cour d'appel alors qu'il appartenait à celle-ci de former un pourvoi en cassation contre les décisions lui faisant grief, que d'un précédent publié (3ème Civ., 4 mars 1970, Bull. 1970, III, n° 167, p. 123, à rapprocher de Com., 23 mai 1960, Bull. 1960, III, n° 188, p. 174).

L'assemblée plénière devra au préalable examiner, au regard des textes et de la jurisprudence susvisés, la recevabilité de l'intervention des Mutuelles du Mans. Il est référé quant au fond au précédent rapport et aux développements de la requête elle-même.

RAPPORT DU CONSEILLER RAPPORTEUR | AVIS DE L'AVOCAT GENERAL

RECHERCHE

Assurance Domage Ouvrage
Tarif sur dossier simple Suivi
Contrat et dossier en ligne
la-dommage-ouvrage.fr

Sinistré sécheresse ?
Estimation sur toute la France
Uretek : Consolidation des sols
www.uretek.fr/

Devis Pompe à chaleur
Obtenez 3 devis de professionnels
100% GRATUIT énergie
renouvelable..
www.energy-devis.com

Installateur du bâtiment
Obtenez 5 devis gratuits pour vos
travaux de Bâtiment
www.devistravo.com

--- **V.V**

Annonces Google

