

Assurance construction obligatoire

Arrêté du 19 novembre 2009 portant actualisation des clauses-types

Les clauses-types, figurant en annexes de l'article A 243-1 du Code des assurances, énumèrent l'objet et le contenu que doivent obligatoirement comporter les clauses des contrats d'assurance dommages-ouvrage et responsabilité décennale, souscrits respectivement par les maîtres d'ouvrage et les constructeurs.

Elles viennent d'être actualisées par arrêté du 19 novembre 2009 afin de tenir compte des dernières évolutions réglementaires.

Points essentiels à retenir :

- Création d'une annexe III consacrée aux contrats collectifs de responsabilité décennale dont les dispositions sont, à l'instar de celles relatives aux contrats DO et RCD, impératives : Toutes stipulations qui viendraient en supprimer ou limiter la portée sont interdites.
- Précision sur la notion d'ouverture de chantier : Il est désormais prévu que la date de Déclaration d'Ouverture de Chantier constitue, pour l'ensemble d'une opération de construction, la référence unique de gestion dans le temps des garanties RC décennale.
- Possibilité pour l'assureur dommages-ouvrage d'adresser le rapport préliminaire à l'assuré, soit préalablement à la notification quant à sa décision sur la mise en jeu des garanties du contrat, ce qui correspondait jusqu'alors à ses obligations, soit et c'est la novation, « *au plus tard lors de cette notification* ».

Attention : les nouvelles clauses-types ne s'appliquent pas aux contrats en cours. Elles devront en revanche être intégrées dans tous les contrats conclus ou reconduits postérieurement à leur publication (soit le 27 novembre 2009).

Après plusieurs mois de discussion entre les pouvoirs publics, les professionnels de la construction et les assureurs réunis au sein de la Commission Technique de l'Assurance Construction (C.T.A.C), l'arrêté du 19 novembre 2009, portant actualisation des clauses-types en matière d'assurance construction, vient d'être publié au Journal Officiel du 27 novembre 2009.

Cette révision était rendue indispensable par le décret du 22 décembre 2008¹ dont l'objet était de fixer les conditions dans lesquelles les montants de garanties obligatoires peuvent être plafonnés et d'officialiser la notion de contrat d'assurance collectif de responsabilité décennale. Les rédacteurs ont profité de cette occasion rare pour mettre en conformité le texte avec l'ordonnance du 8 juin 2005 et préciser certaines notions qui, faute d'être précisément définies, ont fait l'objet de d'interprétations divergentes.

I - Les nécessaires précisions au principe de plafonnement des montants de garantie

¹ Décret n°2008-1466 du 22 décembre 2008, publié au JO du 31 décembre 2008.

L'article L.243-9 du Code des assurances introduit par la loi du 30 décembre 2006 et complété par les articles R.243-1 et R.243-3 ne faisant que poser les principes du plafonnement des garanties obligatoires tant en responsabilité décennale qu'en dommages ouvrage² pour les travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation, il était nécessaire de prévoir l'intégration dans les contrats de dispositions claires et précises ne laissant qu'une place très limitée à l'interprétation.

C'est chose faite, avec d'une part l'actualisation des annexes I et II de l'article A.243-1 du code des assurances et d'autre part la création d'une annexe III applicable aux seuls contrats d'assurance collectifs de responsabilité décennale.

✓ **Actualisation des clauses types applicables aux contrats d'assurance de responsabilité décennale (Annexe I).**

Dans un souci pédagogique, l'Annexe I, dans sa partie relative au montant et au plafond de la garantie applicables aux contrats relevant de l'article L 243-9 du code des assurances, vient préciser les deux seules hypothèses où le montant de la garantie peut être inférieur au coût de la construction³ déclaré par le maître d'ouvrage :

- Lorsqu'il est recouru à un contrat d'assurance collectif mentionné à l'article R. 243-1 du code des assurances⁴ ;
- Et/ou lorsque le coût total de la construction est supérieur au montant prévu au I de l'article R. 243-3 du code des assurances, soit de 150 millions€. Dans ce cas, le montant de la garantie ne peut toutefois pas être inférieur à ce dernier montant.

L'Annexe I apporte ensuite des précisions précieuses quant aux conditions d'intervention respective des garanties de premières lignes et du contrat d'assurance collectif.

Ainsi, et ce afin de répondre à l'obligation édictée à l'annexe III de couvrir la portion du risque constituée par la franchise absolue du contrat collectif par un ou plusieurs contrats individuels d'assurance de responsabilité décennale, il est expressément stipulé à l'Annexe I que le plafond de garantie ne saurait être inférieur au montant de ladite franchise. Une telle disposition permettra de s'assurer de la suffisance des montants de garantie accordés par le marché au titre des contrats d'assurance de responsabilité décennale de première ligne et d'éviter tout différentiel de garantie entre les contrats individuels et le contrat collectif.

Dans le même objectif, les modalités de revalorisation de la franchise du contrat collectif seront identiques à celles prévues au titre des contrats individuels.

² Article 50 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, JORF n°0175 du 29 juillet 2008 p.12144 texte n°1.

³ Entendu comme le coût définitif de la construction déclaré par le maître d'ouvrage et non le coût prévisionnel servant lui à la déclaration du risque par l'assuré.

⁴ Cet article autorise les personnes mentionnées aux articles L.241-1 et L.241-2 –et donc tous ceux assujettis à la souscription de l'assurance de responsabilité obligatoire- à recourir « à un contrat d'assurance collectif, en complément, d'un ou plusieurs contrats d'assurance garantissant individuellement leur responsabilité dans la limite des plafonds fixés dans ce ou ces contrats ».

Enfin, la définition de la franchise a été réécrite de la manière suivante : « L'assuré conserve une partie de la charge du sinistre, selon les modalités fixées aux conditions particulières. *Il s'interdit de contracter une assurance pour la portion du risque correspondante* ».

Cette modification de texte exprime la volonté du pouvoir réglementaire de réaffirmer que cette franchise correspond à une partie du risque définitivement à la charge de l'assuré, ne pouvant être atténuée par la souscription d'une garantie complémentaire. Elle a également pour objectif de distinguer nettement cette franchise de celle de l'Annexe III, laquelle doit au contraire être couverte par les montants de garantie de chacun des assurés.

✓ **Actualisation des clauses types applicables aux contrats d'assurance dommages-ouvrage (Annexe II).**

Il faut rappeler, qu'initialement, l'article L. 243-9 du Code des assurances n'autorisait, pour des travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation, le plafonnement de la garantie qu'en assurance de responsabilité décennale obligatoire.

Afin de tenir compte du nécessaire parallélisme entre les deux assurances obligatoires du système à double détente de la loi Spinetta, sa rédaction a donc été modifiée, pour l'étendre à l'assurance dommages ouvrage, par l'article 50 de la loi sur les partenariats publics privé (loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, JORF n°0175 du 29 juillet 2008 p.12144 texte n°1).

Ainsi l'article L.243-9 du code des assurances prévoit depuis l'adoption de la loi PPP que : « *Les contrats d'assurance souscrits par les personnes assujetties à l'obligation d'assurance de responsabilité **ou de dommages en vertu du présent titre peuvent, pour des travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation, comporter des plafonds de garantie.*** »

Cet élargissement de l'article L.243-9 au contrat dommages-ouvrage a eu une autre conséquence, moins visible de prime abord, celle de ne poser légalement le principe d'un plafonnement possible qu'au titre des travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation⁵. La clause type relative au montant et limite de la garantie applicables aux contrats d'assurance de dommages-ouvrage ne pouvait donc être maintenue dans sa rédaction initiale.

En effet, et ce en contradiction avec les termes mêmes de l'article L 242-1 du code des assurances dans sa rédaction postérieure à la loi du 30 décembre 1989, la clause type prévoyait que la garantie pouvait être limitée, quelle que soit la destination de l'ouvrage, au montant du coût total de construction déclaré par le Maître d'ouvrage.

C'est donc très logiquement que le pouvoir réglementaire est venu adapter l'Annexe II aux nouvelles dispositions législatives. Cette adaptation présente le mérite de créer une parfaite adéquation entre les montants de garantie accordés en dommages et en responsabilité et ainsi renforce un peu plus le parallélisme entre les deux garanties obligatoires.

⁵ RDI 2009.552, obs. G. Leguay.

✓ Assujettissement des contrats d'assurance RC collectifs aux clauses types (Annexe III)

A défaut d'avoir exigé, lors de la rédaction du décret, la souscription de contrats Responsabilité Civile Décennale collectifs (CCRD) à partir d'un certain seuil d'opération, les pouvoirs publics ont finalement accepté de les assujettir au respect de stipulations contenues dans une annexe spécifique, l'annexe III.

Pour ce faire, il s'est agi de reproduire à la lettre les termes de l'annexe I à l'exception de :

- La notion d'assuré étendue par nature à l'ensemble des intervenants dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et 1792-2 du code civil⁶ ;
- L'application d'une franchise absolue au contrat, laquelle est constituée par les plafonds de garantie des contrats souscrits par chacun des assurés et opposable (contrairement à la franchise du contrat individuel) aux bénéficiaires des indemnités quels qu'ils soient.

Il faut préciser que le montant de garantie du CCRD est une deuxième ligne qui n'a pas pour objet de pallier l'absence ou l'insuffisance des premières lignes apportées par les contrats individuels de chacun des constructeurs.

En l'absence de précisions quant au seuil de déclenchement du CCRD et au montant des garanties des contrats d'assurance de première ligne de chaque intervenant, il faut continuer de se référer aux recommandations professionnelles des assureurs du 18 décembre 2008 relatives au contrat collectif de responsabilité décennale (circulaire FFSA n°61/2008). Ainsi, il est préconisé que :

- le seuil de mise en œuvre d'un contrat collectif est de **15 millions d'euros HT** (coût total prévisionnel de travaux et honoraires techniques).
- les montants de garantie des contrats individuels ne sauraient être supérieurs à 10 millions d'euros pour les traitants directs en structure et gros œuvre, 6 millions pour les autres corps d'état et 3 millions pour les traitants directs de la maîtrise d'œuvre, les contrôleurs technique et les constructeurs non réalisateurs.

II- Les nécessaires mises à jour des clauses types

▪ Précisions de la notion d'ouverture du chantier

Jusqu'à présent, les dispositions de l'article A 243-1 du code des assurances se limitaient à indiquer que « *sont garantis les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier pendant la période de validité fixée aux conditions particulières* ».

Si la notion d'ouverture de chantier constituait donc la référence en matière d'application dans le temps des assurances obligatoires de responsabilité décennale, les dispositions légales et réglementaires encadrant l'assurance de responsabilité décennale, ne venaient pas définir expressément cette notion d'ouverture de chantier.

Cette absence de définition n'était, jusqu'à un passé récent, pas gênante dans la mesure où la pratique du marché admettait que pour les opérations de construction nécessitant un permis de

⁶ Il s'agit des constructeurs, des contrôleurs techniques, des fabricants d'EPERS, des vendeurs, des promoteurs et des mandataires-locateurs.

construire, le contrat RCD applicable était celui en vigueur à la date de la déclaration d'ouverture de chantier (DOC).

Si la référence à la DOC a toujours été admise, et était entrée dans les mœurs, l'absence de définition réglementaire et ou contractuelle claire et précise de la notion d'ouverture de chantier a toutefois conduit la Cour de cassation⁷ à retenir à plusieurs reprises d'autres dates que celles de la DOC pour déterminer l'assureur RCD en risque (date du marché de l'entreprise, de l'exécution des travaux...). Ainsi, constructeurs et maîtres d'ouvrage se trouvaient d'une part face à une absence de référence précise, et d'autre part, confrontés à gérer, sur un même chantier, autant de points de référence que de constructeurs en fonction de leur date d'intervention respective.

Pour mettre fin à cette situation juridique et assurancielle inextricable, les clauses types prévoient désormais que la date de DOC constitue, pour l'ensemble d'une opération de construction, la référence unique de gestion dans le temps des garanties RC décennale.

Les dérogations au principe de la DOC comme référence unique

Une fois posé le principe que la DOC doit être le point de rattachement d'un contrat d'assurance RC décennale, il fallait régler les quelques situations où cette référence n'est pas pertinente ou peut être pénalisante pour les professionnels.

- Pour les travaux ne nécessitant pas la délivrance d'un permis de construire, et par voie de conséquence ne donnant pas lieu à une DOC, le texte des clauses type prévoit que la notion d'ouverture de chantier s'entend alors de la date du premier ordre de service ou, en l'absence, de la date effective de commencement des travaux.
- Afin de ne pas pénaliser une entreprise, nouvellement créée, souhaitant intervenir sur une opération en cours de construction, il est mentionné que l'ouverture du chantier s'entend pour elle à la date à laquelle elle commence effectivement ses prestations.⁸
- La date de cessation d'une activité peut également constituer la référence pour déterminer l'assureur RCD en risque lorsque l'intervention et la cessation d'activité d'un professionnel interviennent toutes deux antérieurement à la date de DOC.
Cette dérogation vise spécifiquement les prestataires intellectuels, appelés à intervenir sur le montage d'une opération, dans bien des cas, très en amont du commencement effectif des travaux de construction d'une opération et donc de la date de DOC.

▪ Actualisation des clauses types à l'ordonnance du 8 juin 2005

- La réécriture des clauses types a tout naturellement donné lieu à la suppression de toute référence à la notion de bâtiment pour ne retenir que celle de travaux de construction issue de l'ordonnance du 8 juin 2005.

⁷ D'abord la première chambre civile, 29 avril 2003, RDI 2003 obs. P. Dessuet, puis la troisième chambre civile, 18 février 2004, RCA 2004 comm. N°106, obs. H. Groutel.

⁸ Il était déjà possible d'inclure au titre de la garantie obligatoire une clause de reprise du passé : Civ. I, 20 juillet 1994, RGAT 1994, p.1182, note A. d'Hauteville.

- Les existants, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf et qui en deviennent techniquement indivisibles, au sens de l'article L 243-1-1 II du code des assurances, ont par ailleurs été inclus dans le champ des garanties obligatoires et dans le calcul du coût total de construction tant en assurances de responsabilité décennale que de dommages-ouvrage.

▪ **Mise en conformité des clauses d'exclusion**

La mise en conformité des clauses types avec les principes généraux du droit des assurances, rappelés maintes fois par la jurisprudence, exigeant que les exclusions soient formelles et limitées, a conduit le pouvoir réglementaire à supprimer la liste indicative d'événements ayant jusqu'alors, à tort, vocation à répondre aux critères de définition de la cause étrangère et précédés de l'adverbe « notamment ».

En outre, cette énumération relevait plus du domaine des exonérations de responsabilité que des exclusions de garantie en matière d'assurances.

III- Les modifications apportées aux clauses types applicables aux contrats d'assurance de dommages-ouvrage.

Reprenant une des préconisations formulées par la mission IGF-Ponts et chaussées de 2006⁹, l'Arrêté vient renforcer les conditions de recours à l'assureur dommages-ouvrage pendant la période de garantie d'un an de parfait achèvement. L'exigence de la mise en demeure de l'entrepreneur restée infructueuse devra dorénavant prendre obligatoirement la forme d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cet ajout n'est qu'une reprise des pratiques des assureurs, qui ont toujours imposé contractuellement ce formalisme pour des raisons évidentes de preuve.

Au titre des obligations pesant sur l'assureur dommages-ouvrage en cas de sinistre (B-2°), il est par ailleurs ajouté la possibilité pour ce dernier d'adresser le rapport préliminaire à l'assuré, soit préalablement à la notification quant à sa décision sur la mise en jeu des garanties du contrat, ce qui correspondait jusqu'alors à ses obligations, soit et c'est la novation, « *au plus tard lors de cette notification* ».

L'Arrêté vient ainsi mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation matérialisée par trois arrêts de principe publiés au Bulletin¹⁰, selon laquelle la réponse de l'assureur dommages-ouvrage ne pouvait être prise en compte faute d'avoir transmis le rapport préliminaire d'expertise à l'assuré préalablement à la notification qu'il doit faire parvenir à l'assuré, pour lui faire connaître sa position quant au principe de la mise en jeu des garanties du contrat.

⁹ Rapport sur l'assurance construction, Inspection Générale des Finances et Conseil Général des Ponts et Chaussées, octobre 2006 (article 3.1.1).

¹⁰ Cass. 3e civ., 18 févr. 2004, RDI 2004, p. 151, obs. G. Leguay, RGDA 2004 p.439 obs. J.-P. Karila, GP 24/25 mars 2004, obs. P. Dessuet) ; - de même que l'envoi concomitamment à sa position (Cass. 3e civ., 4 janv. 2006, n°05-13.727, RDI 2006, p.105 obs. P. Dessuet ; Cass. 3e civ., 29 mars 2006, n°05-12.296, RDI 2006 p.177 obs. G. Leguay ; Cass. 3e civ., 18 déc. 2007, n°07-12.419, RDI 2008 p.160 obs. P. Dessuet).

Enfin, s'agissant des modalités d'application dans le temps de ces nouvelles clauses-types, l'article 2 de l'Arrêté précise qu'elles devront être intégrées dans tous les contrats conclus ou reconduits postérieurement à leur publication, soit le 28 novembre 2009.

L'ensemble de ces aménagements et novations constituent une avancée tout à fait satisfaisante. On peut toutefois regretter que l'on n'ait pas profité de cette occasion, des plus rares, pour revoir, sur des points particulièrement importants, les clauses-types dommages-ouvrage.

François-Xavier DUSSAULX – Gilbert LEGUAY

ASCCO INTERNATIONAL

Conseil et courtier des risques construction