

# Le droit public de l'assurance construction : un chantier d'avenir

De récentes décisions jurisprudentielles attestent que si les solutions dégagées par le droit public et le droit privé de l'assurance construction restent relativement homogènes, un certain nombre de différences existent, mettant en lumière tant le caractère *sui generis* du contrat public d'assurance construction, que le développement d'un régime juridique public/privé sur mesure pour en réguler la mise en œuvre.

Issu des nécessités de gestion des risques inhérents au commerce maritime international, le droit des assurances est historiquement une affaire privée, appréhendée d'un point de vue juridique par le Code civil, jusqu'à sa formalisation par un Code des assurances dédié le 16 juillet 1976<sup>(1)</sup>. En aucun cas donc le droit public ne pouvait interférer avec le droit des assurances, le Conseil d'État allant ainsi jusqu'à exclure explicitement les contrats d'assurance du champ d'application des marchés publics au motif d'une incompatibilité de principe entre le droit des assurances et le droit des marchés publics<sup>(2)</sup>.

La décision de soumettre aux règles de passation des marchés publics les contrats d'assurance conclus par les personnes publiques, aux termes des directives européennes du 18 juin 1992, dite « directive services »<sup>(3)</sup>, et 14 juin 1993, dite « directive secteurs exclus »<sup>(4)</sup>, constitua à cet égard un bouleversement profond non seulement des pratiques mais aussi de concepts juridiques jusqu'alors bien établis. Non content de créer pour la première fois un pont entre le droit privé des assurances et le droit public des contrats, cette étape fondamentale fut complétée en 2001 par les dispositions de l'article 2 de la loi dite « MURCEF »<sup>(5)</sup> qui disposait que « les marchés passés en application du code des marchés publics ont

## Auteur

**Olivier Laffitte**  
Avocat à la Cour

## Mots clés

Annulation • Code des assurances • Contrat public d'assurance construction • Indemnisation

(1) Décret n° 76-667 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes réglementaires concernant les assurances.

(2) CE 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents généraux des Hautes-Pyrénées, req. n° 34671.

(3) Directive 92/50 du 18 juin 1992.

(4) Directive 93/38 du 14 juin 1993.

(5) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

le caractère de contrats administratifs ». Si l'existence d'un droit public des contrats d'assurance, et la compétence y relative du juge administratif, ne pouvait dès lors plus être contestée, une telle coexistence droit public/droit privé souleva des difficultés juridiques inédites et des controverses sur la pleine légitimité du droit public en la matière. Ainsi, une circulaire interministérielle du 18 décembre 2001 affirmait-elle qu'en dépit des dispositions de la loi MURCEF précitée, « lorsqu'un marché est soumis à une loi spéciale, c'est elle qui s'applique », en concluant ainsi qu'en la matière « les dispositions du Code des assurances s'appliquent en priorité » (*i.e.* sur celles du Code des marchés publics)<sup>[6]</sup>. La confirmation de cette nouvelle donne en matière de droit public des assurances par la directive 2004/18 CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et plus récemment par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, mit fin à ces atermoiements. Désormais, le juge administratif n'hésite pas à faire prévaloir le droit des marchés publics sur celui des assurances, en excluant par exemple l'application des dispositions relatives aux intermédiaires en assurance<sup>[7]</sup>, et a depuis longtemps consacré son autonomie dans l'interprétation et l'application du dispositif fondamental d'assurance construction résultant du régime légal de responsabilités issu des articles 1792 et suivants du Code civil, en se référant, selon la formule consacrée jusqu'à peu, « aux principes dont s'inspirent » lesdits articles<sup>[8]</sup>.

Le développement du recours aux contrats publics d'assurance construction donna ainsi l'occasion au juge administratif de se saisir pleinement de sa compétence nouvelle, en interprétant librement non seulement les régimes légaux de responsabilité des constructeurs mais également le droit de l'assurance construction en général. Il en ressort, comme en témoignent de récentes décisions jurisprudentielles, que si les solutions dégagées par le droit public et le droit privé de l'assurance construction restent relativement homogènes, un certain nombre de différences existent, mettant en lumière tant le caractère *sui generis* du contrat public d'assurance construction, que le développement d'un régime juridique public/privé sur mesure pour en réguler la mise en œuvre.

## Un contrat public *sui generis*

Si le contrat public d'assurance construction relève à n'en pas douter du régime général des contrats publics, son interaction avec le droit essentiellement privé de l'assurance a conduit au développement d'un régime *sui generis*, tant en ce qui concerne son champ d'application que les conditions de sa disparition.

## Le champ d'application du contrat public d'assurance construction

### • Les critères organiques

D'une manière générale, le Code des assurances prévoit aux termes de son article L. 242-1 le principe de l'obligation de souscription, avant l'ouverture du chantier, d'une assurance dommages-ouvrage pour « toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, (...) pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, (...) garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil ».

Cette obligation générale de souscription est cependant aménagée pour ce qui concerne le secteur public, dès lors qu'en sont dispensés les « personnes morales de droit public, (...) personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat (...), personnes morales exerçant une activité dont l'importance dépasse les seuils mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 111-6, lorsque ces personnes font réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation »<sup>[9]</sup>, ainsi que « l'Etat lorsqu'il construit pour son compte »<sup>[10]</sup>.

S'il en ressort que le secteur public semble largement dispensé d'une telle obligation d'assurance, la réalité est cependant très différente, tant il décide fréquemment d'y recourir de manière volontaire. À cet égard, le juge administratif a déjà eu l'occasion de confirmer « qu'aucun principe à valeur constitutionnelle, et en particulier celui de la liberté contractuelle (...), ni aucune disposition législative ou réglementaire ne font obstacle à ce qu'une collectivité publique et un assureur décident, volontairement et d'un accord, de conclure un contrat d'assurance ayant le même champ d'application que celui prévu à l'article L. 242-1 du Code des assurances »<sup>[11]</sup>.

### • Le critère de la compétence juridictionnelle

Outre les hypothèses spécifiques de souscription obligatoire ou volontaire d'un contrat d'assurance construction par les personnes publiques, la compétence, et l'extension éventuelle de compétence du juge administratif caractérisent également le champ d'intervention de l'assurance construction publique.

À cet égard, le Tribunal des conflits a eu l'occasion de préciser que le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des intervenants à l'exécution

[6] Circulaire du 18 décembre 2001 (NOR : ECOM/0191156/C).

[7] CE 10 février 2014, req. n° 367262.

[8] CE 9 juillet 2010, req. n° 317006.

[9] Code des assurances, art. L. 242-1.

[10] Code des assurances, art. L. 243-1.

[11] CAA Paris 16 septembre 2016, req. n° 15PA04884.

de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, quel que soit le fondement juridique de l'action engagée, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé<sup>[12]</sup>. À cela s'ajoute, comme l'a indiqué le Conseil d'État, la compétence du juge administratif dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage public entend rechercher la responsabilité des constructeurs et la responsabilité solidaire du fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance<sup>[13]</sup>.

Il s'en déduit notamment par extension, la compétence du juge administratif en cas d'action en responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant du titulaire du marché<sup>[14]</sup>, ainsi qu'en cas d'actions en garantie engagées par les constructeurs les uns envers les autres, suite à un recours du maître de l'ouvrage contre le groupement de constructeurs si le marché indique la répartition des prestations entre eux, et ce alors même que les constructeurs sont alors unis par un contrat de groupement de droit privé<sup>[15]</sup>. Il en est de même dans les hypothèses où les constructeurs sont en situation de cotraitance ou ne sont liés entre eux par aucun contrat de droit privé<sup>[16]</sup>.

### Le régime *ad hoc* de nullité du contrat public d'assurance construction

Désormais pleinement soumis au droit administratif, le contrat public d'assurance construction est susceptible, à l'instar de tout contrat administratif, d'annulation rétroactive. Hypothèse étrangère au droit privé de la construction, le juge administratif a ainsi adapté sa jurisprudence classique en la matière aux particularités de l'assurance construction.

#### ● *L'adaptation au contrat public d'assurance construction de la jurisprudence « Bézières I »*

Au terme du droit commun de l'assurance, l'article L. 113-8 du Code des assurances dispose que « le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ». Cependant, et dès lors que la mauvaise foi de l'assuré n'est pas établie, l'article L. 113-9 du même code prévoit comme sanction, la résiliation du contrat ou une augmentation de la prime si l'inexactitude est constatée avant tout dommage, et dans le cas contraire, la réduction proportionnelle de l'indemnité.

[12] T. confl., 28 mars 2011, n° C3773.

[13] CE 4 avril 2016, n° 394196.

[14] T. confl., 28 mars 2011, n° C3773.

[15] T. confl., 9 février 2015, n° C3983.

[16] CE 6 février 2009, req. n° 294214 ; CE 16 janvier 2012, req. n° 352122.

Un tel dispositif s'écartant des conséquences traditionnelles de résolution d'un contrat administratif, telles que définies lors de la décision dite *Bézières I*<sup>[17]</sup>, le Conseil d'État a, par une arrêt en date du 6 décembre 2017, combiné ces deux solutions en jugeant que « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ; qu'en outre, il résulte des dispositions de l'article L. 113-8 du code des assurances (...) ; que, saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat d'assurance conclu dans le cadre d'un marché passé en application du code des marchés publics (...), il appartient au juge administratif, de rechercher si, lors de la conclusion du contrat, une réticence ou une fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré a été de nature à avoir changé l'objet du risque ou à en avoir diminué l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ; que, si tel est le cas, il lui revient d'écarter l'application du contrat litigieux »<sup>[18]</sup>.

#### ● *Les conséquences de l'annulation d'un contrat public d'assurance construction*

Restent cependant sans réponse à ce stade, les conséquences d'une constatation de nullité d'un contrat public d'assurance construction. Ainsi et sur un plan procédural, il est permis de penser, comme l'a déjà précisé la jurisprudence en matière de marché public de travaux, que lorsqu'un juge saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater sa nullité, le litige peut être poursuivi, y compris en appel, en invoquant des moyens tirés de l'enrichissement sans cause et de la responsabilité quasi-délictuelle, bien que ces moyens reposent sur des causes juridiques nouvelles<sup>[19]</sup>.

Cependant, la possibilité, probable mais non avérée à ce jour, de pouvoir continuer le litige suite à la constatation de la nullité d'un contrat public d'assurance construction, sur un fondement extra contractuel, n'indique en rien la méthode d'indemnisation qui serait alors appliquée, et en particulier si le juge administratif ferait application du dispositif de sanction prévu aux articles L. 113-8 et L. 113-9 précités du Code des assurances. En effet, le Conseil d'État ayant estimé dans sa décision du 6 décembre 2007 qu'en l'espèce n'avaient été modifiées ni l'objet du risque ni l'opinion de l'assureur, il n'a pas encore été amené à se prononcer sur les conséquences

[17] CE Ass., 28 décembre 2009, req. n° 304802.

[18] CE 6 décembre 2017, req. n° 396751.

[19] CE 22 février 2008, req. n° 286174.

financières d'une annulation rétroactive d'un contrat public d'assurance construction.

## Un régime juridique public/privé sur mesure

Soumis tant au droit public qu'au juge administratif, les dispositions spéciales du Code des assurances ont fait l'objet d'une interprétation sur mesure par les juridictions administratives, et ce tant pour ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de l'assurance construction que celles relatives à son éligibilité.

### Les modalités de mise en œuvre de l'assurance construction

#### ● *Un régime contractuel au fondement légal*

Par un arrêt remarqué en date du 26 mars 2018<sup>[20]</sup>, le Conseil d'État a été amené à préciser, dans une affaire complexe ayant donné lieu à deux pourvois consécutifs, le régime applicable à un contrat d'assurance dommages-ouvrage souscrit volontairement par une collectivité locale. Était ainsi en jeu l'interprétation par le juge administratif des stipulations contractuelles, et la possibilité d'appliquer *de facto* des dispositions du Code des assurances, normalement impératives dans le cadre seulement d'une assurance dommages-ouvrage obligatoire. En l'espèce, le juge estima qu'il ressortait « des termes du contrat d'assurance dommages ouvrage (...) conclu entre la société Axa et la commune de Montereau-Fault-Yonne, qu'alors même que celle-ci n'était pas tenue de souscrire une telle assurance en vertu des dispositions précitées de l'article L. 242-1 du Code des assurances, les parties ont entendu se placer sous le régime défini par ces dispositions et par les textes pris pour leur application, en particulier l'article A. 243-1 du même code définissant les clauses-types de ce contrat ». Ce faisant, le Conseil d'État décidait d'appliquer, en l'absence de stipulations expresses des parties y dérogeant, l'intégralité du régime impératif d'assurance dommages-ouvrage tel que défini par le Code des assurances, alors même que son caractère d'ordre public n'était ici pas applicable s'agissant d'un contrat non obligatoire obéissant à la seule liberté contractuelle des parties.

#### ● *L'application du Code des assurances par le juge administratif*

L'application extensive du Code des assurances par l'arrêt susvisé dénote ainsi la volonté du juge administratif de préserver la cohérence du régime juridique applicable aux assurances dommages-ouvrages, obligatoires ou non, tout en se laissant la liberté d'interpréter

les dispositions du Code des assurances, en s'inspirant de ses principes.

Dans ce cadre, le Conseil d'État a apporté trois séries d'interprétations<sup>[21]</sup> :

- d'une part, il a précisé que l'assurance dommages-ouvrages « institue une procédure spécifique de préfinancement des travaux de réparation des désordres couverts par la garantie décennale avant toute recherche de responsabilité ; que, par suite, l'assureur ne peut exiger de l'assuré la réalisation de ces travaux avant le versement de l'indemnité prévue par ces dispositions » ;
- d'autre part, les règles de la prescription biennale applicable en matière d'assurance dommages-ouvrage obligatoire sont également applicables aux contrats conclus en dehors de toute obligation légale ; ainsi, faute de mentionner expressément dans le contrat les règles de prescription applicables, ces dernières ne peuvent être opposées à l'assuré, comme le prévoit le Code des assurances ;
- enfin, il a fait une application intégrale des dispositions du Code des assurances relatives à l'obligation pour l'assureur de communiquer à l'assuré le rapport préliminaire d'expertise, préalablement à la notification de sa décision relative au principe de la mise en œuvre de la garantie dommages-ouvrage. À défaut de communiquer ce rapport préalablement, « il ne peut plus refuser sa garantie ».

Ce faisant, le Conseil d'État a entendu se saisir et interpréter les dispositions impératives d'ordre public applicables aux contrats d'assurance dommages-ouvrage, et ce quand bien même le contrat considéré n'était pas obligatoire et ne mentionnait pas explicitement lesdites dispositions, étendant de facto le domaine du droit public de l'assurance construction.

### Les critères d'éligibilité à l'assurance construction

#### ● *La notion de « sinistre »*

Les parties à un contrat d'assurance se doivent de délimiter l'étendue exacte de l'assurance, et les stipulations y relatives visent le plus souvent à couvrir des dommages résultant de sinistres accidentels, définis comme des événements soudains, imprévus, fortuits et extérieurs à la personne de l'assuré. En cas de doute quant à l'éligibilité d'un sinistre au bénéfice de l'assurance construction, il appartient au juge d'interpréter les clauses du contrat et la volonté des parties. Ainsi, à l'occasion d'un sinistre intervenu lors de la construction d'une ligne de tramway, le Conseil d'État a été amené à interpréter les critères classiques du sinistre accidentel, tels que rappelés *supra*. En l'espèce, l'assurance souscrite par la personne publique subordonnait la prise en charge d'un sinistre à son caractère soudain et fortuit. L'assureur refusa ainsi de prendre en compte le tassement de terrain invoqué par l'assuré comme dommage indemnisable au motif qu'un précédent tas-

[20] CE 26 mars 2018, req. n° 405109.

[21] CE 26 mars 2018, req. n° 405109.

sement de terrain ayant été constaté au même endroit antérieurement, le critère de soudaineté n'était pas vérifié. Tenu d'interpréter la notion de sinistre, le juge estima « qu'alors même que, dès le mois de juillet 2015, un phénomène de tassement a été enregistré dans des proportions limitées, le tassement excessif du sous-sol (...) s'est manifesté au cours du mois de novembre 2005, lorsque les rails posés ont présenté un différentiel d'altimétrie de 14 centimètres ; qu'elle (la Cour) a légalement pu en déduire que, malgré son caractère évolutif, le sinistre était survenu de manière soudaine, en ce qu'il a excédé le tassement normal attendu d'un tel ouvrage »<sup>[22]</sup>. Le Conseil d'État acceptait en conséquence d'appliquer au contrat public d'assurance construction la notion de sinistre évolutif, s'alignant ainsi sur la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>[23]</sup>.

### ● La définition de l'étendue de l'indemnisation

Enfin, par un arrêt du 5 juillet 2017<sup>[24]</sup>, le Conseil d'État précisa l'étendue de l'indemnisation due par l'assureur dommages-ouvrage. En l'espèce, un office public de l'habitat (OPH) avait conclu un contrat de construction de logements, qui ne put aller à son terme du fait de la défaillance d'un des constructeurs, conduisant à l'interruption du chantier au stade des fondations. Constatant que des malfaçons graves affectaient ces fondations et les rendaient inutilisables, l'OPH procéda à leur démolition et abandonna son programme de logements. Se

tournant alors vers son assureur dommages-ouvrage, il demanda l'indemnisation des frais engagés en pure perte avant la résiliation du marché, ainsi que ceux relatifs à la démolition des fondations défectueuses.

Le juge administratif, à l'image du juge judiciaire<sup>[25]</sup>, refusa ces demandes et rappela à cette occasion que le Code des assurances prévoit d'une part le versement par l'assureur dommages-ouvrage d'une indemnité couvrant « le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs », et corrélativement l'obligation par l'assuré « d'utiliser l'indemnité versée (...) pour procéder à la remise en état effective de l'immeuble ». Il en conclut que « l'assuré n'est pas fondé à demander à son assureur dommages-ouvrage le versement d'une indemnité excédant le montant total des dépenses de réparation qu'il a effectivement exposées ». Autrement dit, seules les dépenses relatives aux opérations de démolition pouvaient faire l'objet d'une indemnisation, mais pas celles relatives aux fondations mal construites ayant conduit à l'abandon du projet de construction.

Interprétant une fois encore des dispositions du Code des assurances, le juge administratif continuait ainsi à construire le droit public de l'assurance construction, en veillant toutefois à ce que sa liberté d'interprétation ne conduise pas à des divergences inutiles avec les solutions du juge judiciaire, marquant ainsi sa volonté de préserver une certaine homogénéité à un régime commun de droit public/privé.

[22] CE 6 décembre 2017, req. n° 396751.

[23] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juillet 2013, n° 12-20.801.

[24] CE 5 juillet 2017, req. n° 396161.

[25] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 décembre 2003, n° 02-19.034.