

N°441593
Société SMABTP

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 janvier 2021
Lecture du 4 février 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Quelles sont, pour l'assureur du maître d'ouvrage, les conditions relatives aux parties appelées à une expertise ordonnée par le juge, en termes d'effet interruptif de la prescription ? Telle est la question posée par le pourvoi qui vient d'être appelé.

1. La communauté de communes du Haut-Jura Saint-Claude a procédé à des travaux de rénovation de l'ancienne Banque de France en vue de l'aménagement d'une médiathèque communautaire. A cet effet, elle a conclu un marché de maîtrise d'œuvre avec un groupement ayant pour mandataire la société Architecture Patrick Mauger.

L'aménagement des locaux prévoyait notamment la création d'une toiture terrasse en forme de dôme. L'apparition d'infiltrations d'eau et de fuites sous cette terrasse a conduit le maître d'ouvrage à prononcer la réception du lot « étanchéité » confié à la société ECB avec réserves.

La communauté de communes a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Besançon d'une demande tendant à désigner un expert aux fins de se prononcer sur l'origine et l'étendue des désordres, de prescrire les travaux nécessaires et de donner les éléments permettant d'établir les responsabilités encourues. Le juge des référés du tribunal administratif a fait droit à cette demande.

La société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP), assureur dommages-ouvrages du maître d'ouvrage, a demandé au juge des référés notamment d'étendre l'expertise à d'autres intervenants. Le juge n'a pas fait droit à sa requête sur ce point.

La présidente de la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté la requête de la SMABTP. Son ordonnance retient que la demande en référé expertise de la communauté de communes avait pour effet d'interrompre le délai de garantie décennale pour elle-même, mais aussi pour la SMABTP, et ce à l'encontre de tous les constructeurs ainsi que de leurs assureurs. Elle en a déduit que la demande d'extension de l'expertise à l'égard des sociétés AXA France Iard

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

(assureur de trois constructeurs) et de la MAF (assureur de la société Etamine) n'était pas utile et devait donc être rejetée.

La SMABTP se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

Précisons, s'agissant de la compétence juridictionnelle, qu'au stade du référé, les deux ordres de juridiction peuvent prendre des mesures utiles dès lors que le fond du litige est de nature à relever, au moins pour partie, de leur compétence (TC, 17 octobre 1988, SA Entreprise Niay, n° 2530B, au Recueil).

2. L'article R. 532-3 du code de justice administrative permet qu'une expertise ordonnée par le juge soit étendue à « des personnes autres que les parties initialement désignées par l'ordonnance ».

Peuvent être appelées à une expertise ordonnée sur le fondement de cet article « les personnes qui ne sont pas manifestement étrangères au litige susceptible d'être engagé devant le juge de l'action qui motive l'expertise » (26 septembre 2008, R..., n° 312140, aux Tables). Vous vous en référez à l'appréciation souveraine des juges du fond sur ce point (23 février 2001, Société Fayat Genest Société Menard Soltraitement, n° 204806, aux Tables). Evidemment, la mise en cause d'une partie dans une expertise ne préjuge en rien de l'existence et de l'étendue de sa responsabilité.

Encore faut-il que cette mesure soit « utile ». Vous retenez que « L'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise (...) doit être appréciée, d'une part au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que le juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher » (14 février 2017, Mme Bernard, n° 401514, aux Tables). Ceci vaut également pour une demande d'extension de l'expertise (11 juillet 2018, Société Diffazur Piscines, n° 416635, aux Tables).

Hormis une erreur de droit éventuelle, cette appréciation du caractère utile de la demande relève aussi de l'appréciation souveraine des juges du fond (14 mai 2003, Société Thales engineering et consulting, n° 250585, aux Tables).

3. A cet égard, l'idée même d'une utilité qui serait fondée non pas sur la recherche des fondements de la responsabilité mais sur les conséquences de la demande sur les délais de prescription applicables ne va pas de soi. C'est le cas si, comme le pourvoi le soutient, la demande doit émaner de la personne qui entend bénéficier d'un report de la prescription du fait de l'expertise. La demande est alors utile de ce fait.

Or, vous avez très récemment eu à vous prononcer sur la question de savoir si la suspension du délai de prescription, à la suite d'une mesure d'expertise ordonnée par le juge avait ou non un effet pour toutes les parties (20 novembre 2020, Société Veolia eau-Compagnie générale des eaux, n° 432678, aux Tables, à nos conclusions).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'article 2241 du code civil prévoit en effet que « *la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription (...)* ».

Votre jurisprudence retenait, avant la loi du 17 juin 2008, qu'une double condition devait être respectée : une citation en justice n'interrompt la prescription que si elle émane de celui qui a la qualité pour exercer le droit menacé par la prescription et si elle vise celui qui en bénéficierait (7 octobre 2009, Société Ateliers des maîtres d'œuvre Atmo et compagnie les souscripteurs du Lloyd's de Londres, n° 308163, aux Tables sur ce point, conclusions du Président Boulouis ; solution réitérée notamment par : 19 avril 2017, Communauté urbaine de Dunkerque, n° 395328, aux Tables, conclusions de Gilles Pellissier).

L'intervention de la loi de 2008, et notamment la suppression à cette occasion des termes « *signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire* », qui figuraient auparavant dans la loi, pouvait donner matière à hésitation sur la nouvelle portée de l'article. Mais au regard, d'une part des travaux préparatoires de cette loi, d'autre part, de la jurisprudence récente de la Cour de cassation¹, que nous avons alors davantage présentée devant vous², vous avez confirmé votre jurisprudence antérieure : la prescription vient sanctionner l'inaction du titulaire d'un droit. L'action réalisée par une autre partie n'a pas à avoir un effet bénéfique sur celui qui n'a pas agi.

L'effet interruptif de prescription de la citation en justice est ainsi doublement subjectif, tant s'agissant de l'émetteur que du destinataire.

Dans ce cadre brièvement rappelé, le présent pourvoi pose, s'agissant de l'assureur, plusieurs questions successives. Nous en identifions quatre et cette décomposition est nécessaire pour déceler ce qui, dans l'ordonnance attaquée, est ou non susceptible d'être entaché de l'erreur de droit soulevée.

4. Première question : si le maître d'ouvrage a agi en demandant une expertise, l'assureur du maître d'ouvrage bénéficie-t-il de l'effet interruptif ?

Vous avez jugé, s'agissant de la garantie décennale, que « L'assureur du maître d'ouvrage bénéficie de l'effet interruptif d'une citation en justice à laquelle il a procédé dans le délai de garantie décennale, alors même qu'à la date de cette citation, n'ayant pas payé l'indemnité d'assurance, il ne serait pas encore subrogé dans les droits de son assuré » (12 mars 2014, Société Ace Insurance, n° 364429, aux Tables, conclusions du Président Dacosta).

Autrement dit, l'assureur peut, alors même qu'il n'a pas encore indemnisé son assuré et n'a pas été subrogé dans ses droits, être regardé comme ayant qualité pour exercer le droit d'engager l'action. Il peut agir valablement avant d'être effectivement subrogé, dès lors qu'il

¹ 2ème chambre civile, 31 janvier 2019, n°18-10.011, Bull ; 3ème chambre civile, 19 mars 2020, 19-13, 459, Bull

² Conclusions sur la décision Société Veolia Eau-Compagnie générale des eaux, n° 432678, précitée

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

le sera - c'est-à-dire qu'il aura payé l'indemnité d'assurance à son assuré - à la date à laquelle le juge statuera sur l'action au fond.

Il n'y a donc pas de doute sur le fait que l'assureur peut procéder à cette demande d'extension d'expertise, même à ce stade amont.

La question est ici de savoir si la demande faite par le maître d'ouvrage vaut aussi pour son assureur en termes d'effet interruptif de prescription. Il s'agit donc d'une configuration différente, mais la réponse nous paraît nécessairement positive dès lors que l'assureur est ensuite subrogé dans les droits et actions de l'assuré.

L'article L. 121-12 du code des assurances dispose ainsi que « *L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. / L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur./ (...)* ».

La Cour de cassation juge que l'assureur du maître d'ouvrage étant subrogé dans les droits de son assuré lorsqu'il l'a indemnisé, il bénéficie de l'effet interruptif de la citation en justice à laquelle le maître d'ouvrage a procédé.

La mise en cause des constructeurs et des assureurs, le cas échéant, déjà demandée par le maître d'ouvrage bénéficie donc à son assureur et interrompt la prescription.

En cela, une demande de l'assureur venant s'ajouter à celle du maître d'ouvrage n'est donc pas « utile ».

Encore faut-il que l'autre condition soit aussi remplie, à savoir que les personnes visées par la prescription soient ciblées par la demande du maître d'ouvrage.

5. D'où la deuxième question : la mise en cause des constructeurs produit-elle des effets aussi à l'égard des assureurs des constructeurs ?

La Cour de cassation a une position rigoureuse sur ce point, nous y reviendrons : un assureur doit être mis en cause en sa qualité précise.

Faut-il vous écarter de la jurisprudence judiciaire ? D'une part, nous ne voyons pas de raison de diverger ici, dans un domaine – le droit des assurances – qui est davantage manié de l'autre côté de la Seine. D'autre part, cette rigueur nous semble en phase avec votre jurisprudence précitée et récemment confirmée par la décision Veolia eau.

Mais nous relevons quand même une particularité tenant à ce que l'assureur du maître d'ouvrage bénéficie de l'effet interruptif de la prescription. Or, le maître d'ouvrage ne met pas nécessairement, de façon spontanée, en cause, outre les constructeurs, leurs assureurs. Cette

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exigence revient donc à exiger que le maître d'ouvrage demande que l'expertise concerne à la fois les constructeurs et leurs assureurs. A défaut, l'effet interruptif ne vaudrait qu'à l'égard des constructeurs.

A vrai dire, nous nous sommes interrogée sur l'enjeu concret de cette implication des assureurs des constructeurs dès ce stade. Mais outre le fait que leur participation puisse être opportune, elle est utile, en cas d'action directe dirigée, le cas échéant, contre eux, notamment en cas d'insolvabilité du constructeur. Le cas d'espèce l'illustre d'ailleurs bien : l'un des constructeurs, la société ECB, est en liquidation judiciaire. Il est donc potentiellement très utile pour la SMABTP de pouvoir interrompre la prescription à l'encontre de la société Axa France Iard, qui est son assureur.

6. Troisième question : Les assureurs peuvent-ils être attirés de façon générale ou en leur qualité précise ?

Là aussi, en cette matière, il paraît nécessaire de se référer à la ligne dégagée par la Cour de cassation. Or, elle considère qu'une demande n'est interruptive de prescription à l'encontre d'un assureur qu'en la qualité au titre de laquelle il est mis en cause (Cass. 3^{ème} civ. 3^e, 4 novembre 2010, n° 09-66-977 ; Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2018, n° 17-15/042).

Il n'y a aucune raison, propre au droit administratif, de diverger sur ce point. Un assureur doit être mis en cause en sa qualité d'assureur de l'entreprise X ou de l'entreprise Y. Là aussi, le litige est un cas d'école puisque le même assureur pouvait être appelé en plusieurs qualités.

7. Quatrième question : si le juge a lui-même étendu l'expertise aux assureurs des constructeurs, faut-il quand même exiger que la demande ait été faite par la partie qui entend bénéficier de l'effet interruptif ?

C'est en ce sens que juge la Cour de cassation. Trois éléments nous ont toutefois davantage fait hésiter sur ce point.

Premièrement, l'office du juge est différent sur ce point entre les deux ordres de juridictions : le juge judiciaire n'appelle à la cause une partie que si la demande provient d'une autre partie, alors que le juge administratif, à la demande de l'expert, peut attirer une partie à l'expertise.

Deuxièmement, il est permis de s'interroger sur la notion même d'utilité – condition requise pour l'extension de l'expertise - pour une démarche consistant à appeler une partie qui est déjà présente à l'expertise, du fait d'une autre ou du juge à la demande de l'expert.

Troisièmement, votre jurisprudence Thales précitée retient que la demande d'extension de l'expertise ne présente pas de caractère utile si la partie concernée est déjà appelée et que la demande a pour seul but d'échapper à l'effet interruptif de la prescription.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Pourtant, au regard de la ligne générale, très récemment confirmée par la jurisprudence Veolia, il ne nous paraît pas possible de réserver cette hypothèse : il faut un acte positif de celui qui veut éviter la prescription à l'encontre de celui contre lequel il entend agir.

Vous reviendrez donc nécessairement sur votre jurisprudence Thales de 2003 si vous nous suivez. Elle avait l'avantage d'éviter un certain formalisme, mais il représente, somme toute, une contrainte limitée et l'argument de la simplicité ne nous paraît pas, sur ce point, constituer un argument suffisant face au risque de fragiliser la règle générale de votre jurisprudence et de celle du juge judiciaire, dans des litiges dans lesquels ce dernier est susceptible de connaître les suites de ce qu'est amené à connaître le juge administratif.

6. Au total, en l'espèce, l'ordonnance est donc entachée d'erreur de droit, mais sur une partie seulement de son raisonnement. La présidente de la cour a eu raison de considérer que l'action entreprise par le maître d'ouvrage bénéficiait à son assureur. Ce point n'est donc pas entaché d'erreur de droit. Nous ne pensons pas non plus qu'elle a entendu juger que la mise en cause d'un constructeur sans que son assureur le soit suffirait à englober celui-ci. En revanche, contrairement à ce qu'elle retient, il était utile d'attirer l'assureur du constructeur en sa qualité précise.

7. Régulant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous pourrez, en conséquence de ce que nous avons déjà indiqué, faire droit aux conclusions tendant à la mise en cause, par la requérante, de la société Axa France Iard, puisque comme nous l'avons dit, la mise en cause de cet assureur à un autre titre ne suffit pas.

En revanche, la solution est différente s'agissant de la MAF pour un autre motif.

L'annexe I de l'article A 243-1 du code des assurances prévoit que « Le contrat couvre, pour la durée de la responsabilité pesant sur l'assuré en vertu des articles 1792 et 2270 du code civil, les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier pendant la période de validité fixée aux conditions particulières ».

La Cour de cassation entend par « ouverture de chantier » non pas une simple déclaration, mais le jour du commencement effectif des travaux confiés à l'assuré (Civ. 3^{ème}, 18 février 2004, Bull. n° 02-18414 ; Civ. 3^{ème}, 16 novembre 2011, n° 10-24517 ; Civ. 3^{ème}, 16 novembre 2017, n° 16-20211).

L'assurance de responsabilité couvre ainsi les travaux confiés à l'assuré qui ont effectivement commencé pendant sa période de validité. Or, la société Etamine a résilié, à compter du 31 décembre 2013, le contrat d'assurance qu'elle avait conclu avec la MAF, et les travaux litigieux n'ont effectivement commencé qu'en 2014. La responsabilité de la MAF n'est donc pas susceptible d'être engagée pour des désordres qui sont consécutifs aux travaux auxquels la société Etamine a participé, à une date à laquelle elle n'était donc plus liée contractuellement avec elle.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'extension de la mission de l'expertise à la MAF, en sa qualité d'assureur de la société Etamine, n'est donc pas utile au sens des dispositions précitées.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation de l'ordonnance attaquée de la présidente de la CAA de Nancy
- A l'annulation de l'ordonnance du 24 octobre 2019 du juge des référés du tribunal administratif de Besançon en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la SMABTP tendant à la mise en cause à l'expertise de la société Axa France Iard
- A ce que les opérations d'expertise soient étendues, à la demande de la SMABTP, à la société Axa France Iard en sa qualité d'assureur de la société ECB, de la société anonyme de transactions et courtage et de la société Socotec construction.
- A ce que la société Axa France Iard verse la somme de 1500 euros à la SMABTP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- A ce que la SMABTP verse la somme de 1 500 euros à la MAF au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- Au rejet du surplus des conclusions de la SMABTP et des conclusions des autres parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.