

Commission Construction

Éco-construction : nouveaux enjeux pour les assureurs et les réassureurs

(Aurélia Triau, Jaime Avella-fluvia, Montserrat Alfonsot Tort)

Synthèse de la note

Les années 60 marquent le début de la prise de conscience écologique en France. Un ministère de l'écologie est créé en 1971, et la première réglementation thermique est mise en place en 1974. Par la suite, les défis écologiques sont devenus de plus en plus nombreux au début du 21ème siècle.

En signant l'Accord de Paris en 2015, la France a pris un engagement important dans la lutte contre le changement climatique.

Le « verdissement » du secteur de la construction, qui émet plus de 20 % des gaz à effet de serre, est en marche. Les ambitions françaises, en la matière, ne s'arrêtent pas à la performance énergétique mais abordent tous les aspects qui contribuent à la durée de vie d'un ouvrage, de sa construction jusqu'à sa démolition.

Dès lors la réglementation sur le développement durable s'est considérablement étoffée ces dernières années, et les conséquences sur le secteur du BTP sont loin d'être neutres.

Entre la profusion de nouvelles lois / normes / contraintes / techniques / exigences écologiquement vertueuses d'une part, et le corpus législatif d'assurance décennal existant d'autre part, on peut s'interroger sur la façon d'accompagner positivement les enjeux de l'évolution climatique tout en conciliant des injonctions à priori plutôt contradictoires.

Ces nouvelles réglementations et leur mise en œuvre ne vont notamment pas sans poser un certain nombre de questions sur le volet de l'assurance Construction et plus particulièrement en matière de responsabilité.

Cette note a pour objectif de faire un tour d'horizon des réglementations les plus récentes visant à favoriser l'éco-construction et de mesurer leurs différents impacts sur l'assurance et la réassurance construction.

Note Aprel

Le secteur de la construction, a un rôle essentiel à jouer dans la transition énergétique et environnementale, et a fait l'objet de nombreuses réformes ayant pour but d'inciter les fabricants et les constructeurs à adapter les matériaux et les procédés de construction, et à adopter de Nouvelles Techniques de Construction.

Parmi les réformes les plus significatives on peut citer :

- La loi ELAN du 23 novembre 2018^[1] qui a donné naissance à la Réglementation Environnementale 2020 (RE2020) venue succéder à la Réglementation Thermique 2012 (RT2012). L'enjeu de la RE 2020, entrée en vigueur le 1er janvier 2022, consiste en la construction de futurs lieux de vie remplissant trois objectifs : un objectif de sobriété énergétique et une décarbonation de l'énergie ; une diminution de l'impact carbone, qui passera forcément par un recours plus fréquent aux matériaux circulaires, et une garantie de confort en cas de forte chaleur.

- La loi ESSOC^[3] qui assouplit le droit de la construction par une réécriture des règles figurant aux Livres I de la partie législative du Code de la construction ; et son Ordonnance du 29 janvier 2020^[4] destinée à favoriser l'innovation par la possibilité de déroger à certaines règles (en outre, l'article 49 permettant au maître d'ouvrage de mettre en œuvre des solutions techniques innovantes).

- La loi AGECE^[5] du 10 février 2020, entrée en vigueur dès le 1er janvier 2022, qui vise à limiter le gaspillage de matériaux et à favoriser l'économie circulaire dans sa globalité. Elle repose sur deux leviers principaux :

- la mise en place d'une filière de Responsabilité Élargie du Producteur (REP) pour les acteurs du bâtiment (principe du « pollueur-payeur ») ;
- la lutte contre les dépôts sauvages de déchets.

Lors d'opérations de démolition ou de réhabilitation, un diagnostic produit, matériaux et déchets doit impérativement être réalisé par un acteur aux compétences vérifiées. L'objectif est de déterminer, avant l'opération de démolition, quels sont les produits et les matériaux qui pourront être réemployés et ceux qui devront entrer dans une filière de gestion et de valorisation des déchets en vue de leur recyclage ou de leur réutilisation.

- La loi Climat et Résilience du 24 août 2021^[2] qui met à la charge des acteurs de la construction de nouvelles obligations à chaque étape d'un projet, soit de la conception à la cessation d'activité en passant par la mise en œuvre : une lutte contre l'artificialisation des sols; l'installation de systèmes de production d'énergie renouvelables ou de toitures végétalisées sur les surfaces commerciales de minimum 500m².

Ces réformes impactent nécessairement la responsabilité décennale et la responsabilité civile des constructeurs et par conséquent le secteur de l'assurance et de la réassurance.

I/ Les Nouvelles Règlements : extension des régimes de responsabilité :

A/ La responsabilité décennale :

1. La notion de destination en expansion

La principale problématique porte sur la notion de destination et de son étendue face à ces nouvelles réglementations. La responsabilité décennale s'engage pour « des dommages même résultant d'un vice du sol, [...] ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ». L'impropriété désigne l'impossibilité pour un ouvrage de remplir la fonction à laquelle il était destiné. Cette notion de destination étant une notion subjective, elle est librement interprétée par les tribunaux qui tendent vers une conception extensive de la notion. Une première brèche relative à la réglementation environnementale et de la performance énergétique a été ouverte par un arrêt de 2006^[7] confirmé en 2013^[8] ; la Cour de cassation considérant que les désordres engendrés par les défauts d'isolation thermique pouvaient être de nature à rendre la maison impropre à sa destination. Ainsi, il a été admis que la performance énergétique était une valeur intégrant la destination.

La loi du 17 août 2015^[9] est venue confirmer cette jurisprudence en introduisant un nouvel article L.111-13-1 au Code de la construction et de l'habitation qui intègre désormais, sous conditions très restrictives, la performance énergétique dans la destination de l'ouvrage « En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article L.111-13, ne peut être retenue [...] ». Le maître d'ouvrage peut invoquer la garantie décennale dès lors qu'une surconsommation énergétique significative est caractérisée, ce qui tend à écarter les abus.

Cependant, l'article L.111-13 du Code de la construction ne semble certes pas s'appliquer pour les problèmes de confort ou de qualité de l'air. Mais, le périmètre de la

notion de « destination » peut s'étendre. En témoigne un arrêt de 2019^[10], dans lequel, en alléguant que le chauffage fourni par la pompe à chaleur récemment installée était insuffisant, les parties invitaient à faire qualifier un désordre ne s'analysant en rien en un problème de consommation à coût exorbitant, ce qui a amené les juridictions à retenir la décennale. L'article 113-13-1 était inapplicable, faute de l'existence d'un problème de consommation et donc de performance énergétique.

2. La menace d'une garantie décennale présente chez les inserts

L'arrêt de 2017 rendu par la troisième Chambre civile, tendant à considérer que la garantie décennale « s'applique à des éléments d'équipements qu'ils soient dissociables ou non, d'origine ou installés sur l'existant, dès lors qu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination » expose les assureurs et réassureurs à une multiplication de sinistres relatifs aux installations sur existant, de dispositifs permettant le respect de la transition écologique et environnementale tel que la pompe à chaleur et les panneaux photovoltaïques. Précisément pour les panneaux photovoltaïques, les risques sont décuplés parce qu'autant les installations qui ont pris feu que celles présentant simplement un risque imminent d'incendie seront désormais couvertes par la garantie décennale. L'adjonction post-construction d'un de ces dispositifs sera la source de problématiques pour l'assureur en cas de dommages, d'autant qu'aujourd'hui la gravité de ces derniers constitue le critère prédominant de l'impropriété à destination.

La qualification des différents types d'installation photovoltaïque se pose : entrent-ils dans le champ d'application de la responsabilité civile décennale ? Aujourd'hui, il est seulement acquis que les panneaux photovoltaïques intégrés en toiture par un système de fixation pérenne au bâtiment constituent des éléments d'équipement indissociables^[11]. Pour les autres modalités de construction, les assureurs et réassureurs font face à une insécurité juridique.

B/ Responsabilité contractuelle de droit commun :

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle devrait aussi s'étendre :

- D'une part par la multiplication des contentieux afférents à des dommages dits intermédiaires, notion d'origine jurisprudentielle existant depuis l'arrêt Delcourt^[12]. Les dommages intermédiaires sont des désordres qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être pris en charge au titre de la garantie décennale, en cela qu'ils ne compromettent pas la solidité de l'ouvrage ou ne le rendent pas impropre à sa

destination, et donc son pris en charge par la responsabilité contractuelle en échange de la preuve d'une faute. L'usage de TNC (techniques non courantes) dont le constructeur n'a pas la maîtrise augmente la probabilité d'une faute.

- D'autre part, l'implication accentuée du maître d'ouvrage augmente aussi la probabilité d'une faute du constructeur sur le fondement du manquement au devoir de conseil puisqu'il va devoir s'informer sur les nombreuses alternatives techniques que le maître d'ouvrage voudra utiliser pour son ouvrage.

C/ Les conséquences des actions d'acteurs de la construction autre que l'assuré-constructeur :

Les acteurs de la construction sont nécessairement conduits à changer leurs modes de fonctionnement autant par l'innovation, mis en avant par le législateur, que par le recours à des solutions de réemploi de matériaux :

L'innovation se définit comme la « recherche constante d'une amélioration de l'existant ». L'ordonnance de 2020 de la loi ESSOC permet au maître d'ouvrage de déroger aux règles par équivalent. Il est donc autorisé de ne pas appliquer certaines règles de construction à la condition de prouver que par une solution alternative les objectifs des réglementations sont atteints. C'est le maître d'ouvrage qui est au centre du « permis d'expérimenter », en ce qu'il devra apporter la preuve qu'il parvient par des moyens à caractère innovant à des résultats équivalents à ceux découlant de l'application des règles classiques. Concrètement, s'il souhaite utiliser du bois pour la façade de son ouvrage, il devra démontrer que le bois, par l'innovation, est aussi performant que les matériaux imposés par la réglementation.

Certains considèrent qu'il pourrait supporter une part de responsabilité. Son implication excessive peut déjà mener à l'exonération du constructeur sur le fondement prétorien de l'immixtion fautive bien que les conditions d'application soient très restrictives. En effet, il faudrait, pour le constructeur, caractériser l'immixtion fautive et établir la compétence notoire du maître de l'ouvrage.

Outre le maître d'ouvrage, l'attesteur, joue un rôle majeur et la question de sa responsabilité et d'un partage éventuel de responsabilité se pose entièrement. En effet, il est chargé, après instruction du dossier, de délivrer une attestation d'effet équivalent. Ainsi, une mauvaise appréciation durant la procédure de validation conduirait à un risque accru de voir un jour un sinistre affecter par exemple la sécurité de l'ouvrage et donc de mettre en jeu la garantie décennale. La loi ESSOC indique certes qu'il « n'est pas considéré comme un

constructeur au sens de l'article 1792-1 du Code civil ». Il n'en demeure pas moins que sa responsabilité civile professionnelle puisse être engagée.

De la même manière, le recours au réemploi peut étendre la responsabilité du maître d'ouvrage. Le réemploi renvoie selon l'article 541-1-1 du Code de l'environnement à « toute opération par laquelle des substances, matières ou produits qui ne sont pas des déchets sont utilisés de nouveau pour un usage identique à celui pour lequel ils avaient été conçus ». Il convient de distinguer plusieurs situations : l'une d'elles permet au maître d'ouvrage d'imposer le réemploi de certains matériaux : c'est la situation du réemploi d'éléments provenant de la déconstruction de l'ouvrage faisant l'objet de rénovation. Dans cette situation, l'action du maître d'ouvrage soulève la question de son niveau d'acceptation des risques, fondement prétorien qui est aussi à l'origine d'une cause d'exonération pour le constructeur. Mais de la même manière que pour l'immixtion, les conditions sont restrictives en ce que pour établir l'acceptation il faut d'une part la preuve de restrictions de la part du maître d'ouvrage à la suite de quoi le constructeur a informé des risques encourus.

En conclusion, force est de constater que la garantie RC décennale du constructeur devrait être amenée à intervenir plus souvent.

D/ L'assurabilité des TNC :

Les TNC sont pour la plupart des Techniques dites Non Courantes en ce qu'elles ne répondent pas aux normes et règles. En effet, France Assureurs a adopté par circulaire^[13] un texte sur la définition de la notion de technique courante. Elle correspond :

- aux travaux traditionnels, c'est-à-dire ceux réalisés avec des matériaux et des modes de constructions éprouvés de longue date (règles de l'art);
- aux travaux de construction répondant à une norme homologuée (NF DTU ou NF EN), à des règles professionnelles acceptées par la C2P ou à des recommandations professionnelles acceptées par la C2P;
- aux travaux de construction conformes au Cahier des Clauses Techniques Générales (CCTG) et ses fascicules ou à un référentiel spécifique à la technique utilisée publié par un organisme reconnu par la profession;
- aux procédés ou produits faisant l'objet au plus tard au jour de la réception soit d'une Appréciation Technique d'Expérimentation (ATEX) avec avis favorable ;

Le constructeur-assuré doit déclarer, en réponse aux questions posées par l'assureur, la nature de la technique dont il va user. Il est très probable que l'assureur, à l'annonce de la TNC, y applique une surprime. A défaut d'une bonne déclaration, l'assureur pourra se

prévaloir de l'omission sur le fondement des articles L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances.

Le réemploi n'est pas à l'heure actuelle considéré comme une TC, il sera donc nécessaire d'adapter son questionnaire. Or, il arrive que des produits de réemploi accusent déjà une durée de vie supérieure à 5 voire 10 ans au moment du réemploi.

Au stade du contrat, un arrêt de 2007^[14] précise que les clauses qui visent à écarter ou restreindre la garantie en cas d'utilisation, par les constructeurs, de TNC sont illégales et doivent être réputées non écrites : « [...], alors que la clause qui avait pour conséquence d'exclure de la garantie certains travaux de bâtiment réalisés par M.Y... dans l'exercice de son activité d'entrepreneur faisait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction et devait, par suite, être réputée non écrite, [...] ». Seule la déchéance de garantie établie par la clause-type de l'article A.243-1 du Code des assurances qui établit que « l'assuré est déchu de tout droit à garantie en cas d'inobservation inexcusable des règles de l'art, [...] » permet de rejeter la garantie du constructeur en cours du contrat, la déchéance n'étant pas opposable au bénéficiaire de l'indemnité. L'application de ce texte pose aussi la question de la compatibilité de certains TNC avec les règles de l'art et les normes.

II/ De nouvelles perspectives en faveur des (ré)assureurs :

A/ Un avant-projet de réforme impactant le droit de construction :

Un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux a été mis en ligne en juin 2022 par le garde des Sceaux dans lequel certains textes du Code civil touchant au contrat de construction. Ce texte remet en cause certaines solutions prétorienne :

- Un nouvel article 1792-7 du Code civil permettrait de revenir sur la jurisprudence initiée par la troisième Chambre civile qui considère que les éléments d'équipement installés sur existant entre dans le périmètre de la garantie décennale^[6].
- Les dispositions de l'article 1792-4 du Code civil qui concernent les Éléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire (EPERS) seraient supprimés en raison de leur faible intérêt pratique et de l'imprécision textuelle. L'EPERS permet de rendre solidairement responsable les fabricants lorsque le désordre d'un ouvrage a pour origine un EPERS. L'EPERS sortirait ainsi du régime de la responsabilité décennale.

B/ Des Nouvelles Techniques de Construction utiles à l'assureur :

Le BTP innove pour relever les défis de la transition énergétique, pour réduire les coûts, sécuriser plus les chantiers, et surtout construire autrement. Certaines de ces solutions contribuent à rendre la construction beaucoup plus sûre et devraient donc avoir un impact positif sur la sinistralité.

La technologie du Building Information Modeling (BIM), système de modélisation des informations et données du bâtiment, permet une visualisation de la réalisation de l'ouvrage en cours à l'échelle d'une maquette en 4D et un travail collaboratif. L'assureur va pouvoir bénéficier de toutes les données du chantier à chaque étape du projet, il aura connaissance des méthodes et matériaux employés ainsi qu'aux différents intervenants.

La traçabilité des méthodes et des matériaux qu'offre le BIM permettra de suivre l'évolution de l'ouvrage de sa conception à sa démolition, ce qui permettra une meilleure gestion de son cycle de vie et donc une baisse de la sinistralité. Aussi, la collaboration active de tous les intervenants facilitera la détermination et le partage des responsabilités en cas de sinistre.

Outre le système du BIM, l'utilisation d'un matériau innovant tel que le béton auto-guérisseur, pouvant s'auto-régénérer, prolongerait la durée de vie et permettra ainsi une baisse de la sinistralité. Cette technique adresse le problème des fissures et microfissures susceptibles d'engager la responsabilité décennale et la responsabilité contractuelle.

Les robots de la construction, l'impression 3D, les drones sur les chantiers, etc. contribuent aussi à l'amélioration de la sécurité, la productivité et la qualité sur les chantiers.

Conclusion

Les constructeurs se voient imposer de nouvelles normes réglementaires visant à favoriser la construction durable. De ce fait la responsabilité de l'ensemble des acteurs de la construction est plus que jamais engagée et nous pouvons nous interroger sur les conséquences qu'auront ces nouvelles techniques de construction sur les contrats d'assurances en DO et décennale ainsi qu'en RC professionnelle.

Avec l'émergence du numérique, des nouvelles méthodes de construction et des matériaux innovants, la filière du bâtiment vise à réduire les délais de construction, diminuer les coûts et améliorer la sécurité sur les chantiers.

Aujourd'hui, les impacts et les pathologies qu'engendreront les nouveaux procédés et matériaux sont encore inconnus et les assureurs et réassureurs n'ont pas le recul nécessaire

pour les tarifer, pourtant, s'agissant d'une assurance obligatoire, ils seront contraints d'assurer ces nouveaux risques. On peut craindre alors une augmentation des contentieux.

De plus, comme nous l'avons vu précédemment, la notion de destination étant une notion subjective, librement interprétée par les tribunaux, un bâtiment qui ne jouerait pas son rôle environnemental pourrait être donc considéré par les juges comme impropre à destination.

Enfin, compte tenu des incertitudes apportées par ce manque d'expérience l'industrie de l'assurance et de la réassurance devra utiliser tous les outils existants pour normaliser les risques. La normalisation des techniques, à travers les dispositifs décrits dans la définition de la Technique Courante (circulaire France Assureurs du 16 novembre 2022) ne fera pas disparaître les incertitudes mais elles seront limitées à un périmètre connu.

Il est possible qu'il soit reproché aux assureurs et réassureurs de freiner l'innovation en privilégiant la Technique Courante. Il convient toutefois de rappeler à ce stade, que leur rôle n'est pas celui de financer l'expérimentation mais de normaliser les risques apportés par ces innovations afin de stabiliser la branche construction et de pérenniser ces dernières aux usagers finaux.

C'est de cette façon que les assureurs et réassureurs pourront continuer à assurer et à participer à ces nouveaux chantiers innovants, et deviendront aussi avec les constructeurs, des acteurs de la lutte contre le réchauffement climatique, avec l'espoir que ces nouvelles pratiques réussissent à préserver notre planète.

L'enjeu de la période à venir est la normalisation des risques apportés par ces innovations et par ces nouveaux contextes, aussi mouvants qu'évolutifs : l'APREF suivra avec intérêt ces derniers.