

La responsabilité civile des constructeurs d'ouvrage dans l'espace OHADA

Aymar Gouléhi TOH

Docteur en droit de l'Université de Bordeaux
Assistant à l'UFR Droit Université Jean Lorougnon Guédé
République de Côte d'Ivoire

Résumé

L'analyse de la responsabilité civile des constructeurs d'ouvrage dans l'espace OHADA conduit à mettre en exergue la coexistence de deux régimes de responsabilité assez distincts. D'une part, un régime de responsabilité de plein droit appelé responsabilité ou garantie légale décennale. Il s'agit d'une présomption de responsabilité consacrée par l'article 1792 du code civil à l'égard du maître d'ouvrage et des acquéreurs successifs d'une durée incompressible de dix (10) ans des dommages qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendre impropre à sa destination. C'est une règle d'ordre public, aucune disposition contractuelle ne saurait y déroger. D'autre part, un régime de responsabilité qui, contrairement au premier repose sur les règles de droit commun de la responsabilité, oscillant entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile délictuelle. Toutefois quel que soit le régime de responsabilité considéré, l'étude montre que celui-ci est fortement tributaire de la notion d'ouvrage dont l'existence est essentielle à tout déclenchement d'une action en responsabilité ; encore faut-il que l'ouvrage ait été réceptionné. Aucune définition légale de cette notion n'est cependant donnée par les divers ordres juridiques africains étudiés, ce qui a conduit à recourir à des critères jurisprudentiels proposés par la cour de cassation française. Cette lacune définitionnelle n'est que marginale en raison du contenu assez vaste et insaisissable de la notion d'ouvrage. Quoiqu'il en soit, son influence sur le régime de responsabilité des constructeurs d'ouvrage est incontestable mais n'empêche qu'il reste marqué par l'existence de règles juridiques identiques dans les systèmes juridiques de l'espace OHADA. Qu'il s'agisse du Mali, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal, du Niger ou du Burkina Faso, le constat est quasiment le même. La responsabilité civile des constructeurs d'ouvrage chancelle entre le régime de plein droit et le régime de droit commun. Plus précisément, il est à la fois prévu par le code civil et par le code de la construction et de l'urbanisme, selon l'appellation choisie par chaque pays. Cette convergence juridique n'est pas surprenante et s'explique par la permanence du droit français qui continue fortement d'influencer les systèmes juridiques de ces États. En définitive, cette étude aura permis de démontrer qu'au-delà des matières visées par l'OHADA et ayant déjà fait l'objet d'une harmonisation juridique, certains domaines comme le droit la responsabilité civile des constructeurs d'ouvrage consacre l'existence d'une uniformisation juridique factuelle des règles juridiques. Le législateur africain devrait s'y pencher attentivement.

Introduction

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires¹ constitue un instrument d'attractivité et de sécurisation juridique des investissements dans les pays membres de cette organisation. Depuis son institution, le droit issu du traité OHADA instaure une législation commune dans les États membres et régit les matières identifiées comme faisant partie du droit des affaires. A ce jour, dix matières font l'objet d'une législation commune aux dix-sept États membres².

Cependant force est de constater que tous les domaines ne sont pas régis par l'acte uniforme. Il en va par exemple du droit du travail, du droit de la consommation et surtout le droit de la construction.

Même si pour l'heure, aucune harmonisation juridique n'est observable dans ces matières, il n'en demeure pas moins force est de constater que dans les faits, il existe déjà une sorte d'uniformisation juridique factuelle, la

plupart des pays membres d'expression francophone et signataires du traité OHADA s'agissant de certains mécanismes juridiques, partagent la même démarche et le même raisonnement juridique. Cette confluence juridique ne relève pas du hasard et traduit à l'évidence la persistance des règles juridiques hérités du droit français qui continuent fortement d'influencer les systèmes juridiques de ces États.

Il en va ainsi des règles applicables en matière de responsabilité civile des locateurs d'ouvrage qui sont fortement tributaires du droit Français.

En effet, dans cette dernière matière, les solutions législatives et jurisprudentielles calquées

du droit Français et dégagées par les différents États sont dans l'ensemble presque identiques. Dans certains ordres juridiques de l'espace OHADA, le régime de responsabilité des constructeurs³ et locateurs

¹ OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) compte Dix-sept États membres à savoir le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, la république centrafricaine, le Congo, les Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la République Démocratique du Congo.

² Il s'agit de: Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général adopté à Lomé au TOGO ; Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté à Ouagadougou au Burkina Faso ; Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives ; Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises ; Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des suretés adopté à Lomé au TOGO ; Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies

d'exécution ; Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté à Grand Bassam en Côte d'Ivoire ; Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route ; Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif au droit de l'arbitrage ; Acte uniforme du 26 janvier 2017 relatif au droit comptable et à l'information financière ; Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation.

³ Art. 3 CCH ivoirien : est « constructeur de l'ouvrage, tout architecte, ingénieur, entrepreneur, promoteur, technicien lié au maître de l'ouvrage, par un contrat de louage d'ouvrage ou lié par un cahier des charges déclaré conforme par les services compétents du ministère en charge de la Construction et de l'Urbanisme. Toute personne physique ou morale qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ». C'est la même définition que retient également le code sénégalais de la construction qui adopte à l'identique la même définition que ce qui

d'ouvrage⁴, est à la fois prévue par le code civil et par le code de la construction et de l'urbanisme selon l'appellation choisie par chaque pays. On remarque également que la mise en œuvre de ce régime est étroitement à la notion d'ouvrage. C'est la démarche qu'a épousé le législateur français.

La responsabilité des constructeurs peut être perçue comme une garantie légale instituée par le législateur au profit des maîtres d'ouvrages. Le contenu de cette garantie est précisé à l'article 1792 du code civil auquel la plupart des pays de l'OHADA se réfèrent. Il s'agit d'une responsabilité civile spécifique d'une durée de dix ans dont bénéficie les maîtres d'ouvrage. Mais parallèlement à ce premier régime de responsabilité, il existe aussi un second degré de responsabilité qui contrairement au premier se fonde sur les règles de droit commun de la responsabilité.

Par exemple en droit ivoirien, ce régime de responsabilité était pendant longtemps contenu en tout cas partiellement dans la loi n°99- 478 du 02 Août 1999 relative à la vente

d'immeubles à construire et à la promotion immobilière⁵. Cette loi organisait l'accession à la propriété immobilière des immeubles bâtis à usage d'habitation et professionnel. Ce texte a institué un régime dualiste de responsabilité de constructeurs d'immeubles destinés à être vendus. Celui-ci oscille entre un régime spécial de responsabilité et un régime général de responsabilité. Dans le premier cas, il s'agit d'une responsabilité dite décennale établie de plein droit à l'égard de tout constructeur d'immeubles⁶. Dans le second cas, il est question d'une responsabilité de droit commun dont la mise en œuvre obéit aux règles contractuelles et délictuelles. C'est ce même régime de responsabilité qui a été reconduit par les droits Malien, Nigérien, Sénégalais etc.

Toutefois, à la lumière de ces législations, son application risque de se heurter à des difficultés. tenant à l'absence de précisions et de clarification de certaines expressions notamment les notions d'ouvrage d'une part et de réception⁷ d'autre part. En effet,

est prévu en droit ivoirien (voir dans ce sens Art. L 13 du code de la construction.

⁴ Art. 3 CCH ivoirien : est loueur d'ouvrage, la personne liée avec le maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage (architecte, bureau d'études, entrepreneur...) et assujettie à la responsabilité décennale des constructeurs, C'est la même solution retenue en droit sénégalais, malien , nigérien.

⁵ Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire (JORCI) du 16 septembre 1999, N°37.

⁶ V. Art. 1792 du code des biens et des obligations « Si l'édifice construit à prix fait, péricule en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans. Dans le même sens et pour plus de précision, voir Article 114 du CCH « Le vendeur d'immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-

mêmes tenus, en application des dispositions du sous-titre 3 du titre III du présent livre ; V. Art. 113 du CCH qui fait mention de la notion de bâtiment pour désigner l'immeuble à construire par le vendeur ; V. Livre 1 du CCH, ce texte fait allusion à la construction d'immeuble. Pour une approche doctrinale, voir C. Ponce, Droit de l'assurance construction, 2^e éd. Gualino 2011, n°76, p.46 ; pour un aspect en droit de l'assurance construction voir, M. Zavaro, L'assurance et les garanties financières de la construction, Litec 1997, n°66, p.42. Il s'agit des ouvrages présentant une certaine ampleur et les dommages qui peuvent résulter nécessitent forcément l'application de la garantie décennale aux architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus, en application des dispositions du sous-titre 3 du titre III du présent livre.

⁷ « La réception des travaux est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter une partie ou

l'application du régime de responsabilité de plein droit ou responsabilité décennale nécessite que l'on soit en présence d'un ouvrage ayant fait l'objet d'une réception et provoqué un dommage. Or si la notion de réception a fait l'objet d'une clarification définitionnelle au niveau des divers ordres juridiques, en revanche s'agissant de celle d'ouvrage, aucun des différents codes, qu'il s'agisse du code civil ou du code de la construction des pays membres de l'OHADA, n'en donne une définition. Pourtant, l'expression se trouve constamment utilisée par les différents textes sans qu'il ne soit aujourd'hui possible d'en cerner le contenu afin de pouvoir déterminer la responsabilité des constructeurs d'ouvrage.

A titre d'exemple, le nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat ainsi que le code civil utilisent l'expression « constructeur de l'ouvrage » sans préciser ce qu'on doit entendre par le terme « ouvrage ». Cependant, à la lecture combinée des deux textes cités, on s'aperçoit que le législateur utilise tantôt la notion d'édifice⁸ tantôt celle de bâtiment⁹ pour désigner l'immeuble à construire par le vendeur. Il en résulte que cette notion renvoie aux constructions

immobilières¹⁰ et plus précisément aux constructions élevées sur le sol. Comme si les différents législateurs avaient opté pour un tel choix, on retrouve dans les autres législations la même approche voulue par le droit ivoirien qui consiste à identifier cette notion à plusieurs autres expressions sans pour autant en préciser véritablement le contenu.

De ce point de vue, la difficulté de qualification ne se poserait spécifiquement pas en présence d'une construction nouvelle, ce que semble viser le nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat mais également le code sénégalais de la construction. En cela, la notion d'ouvrage désignerait toutes les constructions immobilières bâties à usage d'habitation ou à usage professionnel. L'ouvrage pourrait donc désigner tout bâtiment¹¹ ou tout édifice construit, comme le prévoit l'article 1792 du code civil ivoirien¹². Cet édifice doit être constitué de gros ouvrages¹³(les gros murs, le toit) les menus ouvrages (portes, fenêtres, sanitaire, tuyaux non encastrés, radiateurs ect...) étant a priori exclus.

Cette analyse paraîtrait toutefois assez réductrice si on devait s'en tenir qu'à cette

l'ensemble de l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle est établie à la demande de l'entrepreneur à la fin de tout ou partie de travaux, ou à défaut à la demande du maître d'ouvrage. La réception est toujours contradictoire. Elle est provisoire ensuite définitive. La réception provisoire est organisée dès la fin des travaux à la demande de l'entrepreneur ».

⁸ C. Ponce, op.cit. n°76, p.46.

⁹ V. Art. 113 du CCH ivoirien qui fait mention de la notion de bâtiment pour désigner l'immeuble à construire par le vendeur ; Art. 1792 du code civil ivoirien, Art. 21 du code camerounais de l'urbanisme

¹⁰ V. Livre 1 du CCH ivoirien, ce texte fait allusion à la construction d'immeuble.

¹¹ Art. L8 et L9 du code sénégalais de la construction, l'ouvrage renvoie à tout bâtiment pouvant revêtir des caractéristiques énergétiques ou acoustiques. Ces textes renvoient pour l'essentiel aux bâtiments à usage d'habitation.

¹² Art.1792 des biens et des obligations : Si l'édifice construit à prix fait, péricule en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans.

¹³ M. Zavarro, L'assurance et les garanties financières de la construction, Litec 1997, n°66, p.42. Il s'agit des ouvrages présentant une certaine ampleur et les dommages qui peuvent résulter nécessitent forcément l'application de la garantie décennale.

simple approche. La notion d'ouvrage peut en effet revêtir un contenu beaucoup plus extensif et dépasser le cadre que voudrait lui donner les différents législateurs et même la jurisprudence africaine¹⁴. En effet, les difficultés entourant la qualification d'un ouvrage se compliqueraient en dehors des opérations de constructions de bâtiments neufs mais également dans les travaux dits sur existants. Il en irait ainsi des travaux de réhabilitation ou de rénovation beaucoup présentes dans la pratique professionnelle immobilière africaine¹⁵.

Dans ces hypothèses, le locateur d'ouvrage qui intervient de manière isolée sur les existants devrait-il être qualifié de constructeur d'ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil ? Aucune réponse n'est donnée ni dans les différents codes civils ni dans le nouveau code de la construction et de l'habitat ivoirien par exemple. On devrait donc répondre par la négative à cette question, et par conséquent dire qu'en principe l'application du régime de responsabilité des constructeurs ne devrait pas avoir vocation à s'appliquer à ce cas de figure.

Cette lacune législative doit-elle alors conduire à exclure de toute qualification d'ouvrage les travaux représentatifs d'un travail de construction ou les travaux d'une

certaine ampleur ?

La solution dégagée par l'ensemble de la jurisprudence africaine paraît mitigée, certaines n'apportent malheureusement aucune réponse à ce vide législatif alors que d'autres consacrent

implicitement la qualification d'ouvrage en présence de tous travaux de construction. Ce qui devrait exclure de la qualification d'ouvrage les plantations réalisées sur une parcelle de terrain, en raison de l'absence de toute opération de construction dans cette hypothèse¹⁶.

Cependant sur la base de nombreux critères, la jurisprudence de la cour de cassation française a dû procéder à des qualifications d'ouvrage ce qui a permis d'aboutir à une unification du régime de responsabilité applicable, qu'il s'agisse d'une construction nouvellement bâtie ou de travaux réalisés à partir de constructions déjà existantes.

Ainsi selon la Cour de cassation, la notion d'ouvrage renverrait aux travaux immobiliers rattaché au sol¹⁷, les travaux représentatifs d'un travail de construction ou enfin des travaux d'une certaine ampleur¹⁸. On en a déduit conformément à l'esprit de l'article 1792 du code civil français reconduit par l'ensemble des pays d'expression francophone et partis au traité OHADA mais

¹⁴ V. dans ce sens, www.juricaf.com, Cour suprême, du Mali, arrêt n°21 du 18 septembre 2012, l'assimilation indirect des constructions immobilières (villas en l'espèce) à des ouvrages, ce qui traduit les différents codes de la construction et les codes civils ; v. également www.juricaf.com, Cour suprême, du Niger, chambre judiciaire, 23 novembre 2006, 06-283-C, à propos de constructions, plantations et ouvrages réalisés sur terrain d'autrui ; www.juricaf.com, Cour d'appel de Ouagadougou,

arrêt n° 042 du 06 juin 2008.

¹⁵ www.juricaf.com, Cour suprême, du Mali, section judiciaire, 2è ch. Civ., arrêt n°107 du 28 avril 2003 ; www.juricaf.com, Cour suprême, du Mali, section judiciaire, 2è ch. Civ., arrêt n°208 du 23 sept. 2002.

¹⁶ www.juricaf.com, Cour suprême, du Niger, chambre judiciaire, 23 novembre 2006, 06-283-C.

¹⁷ Cass.3è., 28 avril 1993, Bull. civil, n°56.

¹⁸ C. Ponce, op.cit., p.47.

aussi au regard des différents codes de la construction et de l'habitat de ces mêmes pays que les travaux de construction d'immeubles sont des ouvrages¹⁹.

Par ailleurs, ont été considérés comme des ouvrages, les travaux nécessitant les techniques du bâtiment pour sa réalisation²⁰. Il en va de même des travaux de réhabilitation comme de rénovation ou de construction d'immeubles²¹, des travaux d'installation d'aménagement ou d'entretien d'immeuble existant.

C'est donc fondamentalement par référence au critère de travaux sur existants²² que la jurisprudence française s'appuie pour procéder à la qualification d'ouvrage et ouvrir ainsi l'application des différents régimes de responsabilité à tous les ouvrages.

La notion d'ouvrage est donc finalement une notion très large dont l'appréciation dépend de certains critères concrets. Sur la base de l'article 1792 du code civil, les juges africains pourraient donc être amenés à qualifier d'ouvrage certaines constructions même si elles ne rattachent pas forcément au sol mais à condition qu'elles concernent un bâtiment ou un édifice.

L'application du régime de responsabilité des constructeurs et locataires d'ouvrage exige donc inéluctablement l'existence d'un ouvrage réceptionné et qui a causé un dommage peu importe que celui-ci soit consécutif à la réalisation d'un immeuble neuf destiné à être vendu ou en présence d'un ouvrage réalisé par rénovation, réhabilitation

par exemple.

En droit ivoirien, même si le nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat ne vise que les constructions neuves, c'est-à-dire l'édification des bâtiments qui vont servir d'habitation ou à l'exercice d'activités économiques, professionnelles ou artisanales, en revanche, aucune disposition spécifique ne permet l'inapplication du régime de responsabilité aux ouvrages non visés par ce code étant donné que le législateur ne donne pas lui-même un critère tangible permettant de distinguer de ce qui est constitutif d'ouvrage de ce qui ne l'est pas.

D'ailleurs l'article 1792 du code civil qui est repris dans l'ordre juridique interne de la plupart des signataires du traité OHADA États vise la notion d'ouvrage sans faire de distinction entre les ouvrages selon leur origine et leur nature. En conséquence, en cas de contentieux seule une qualification des travaux réalisés permettra de choisir le régime de responsabilité applicable.

Ainsi même si le régime de responsabilité civile du locataire d'ouvrage est fortement tributaire de la notion d'ouvrage dont l'existence est un préalable à la mise en œuvre de cette responsabilité (I) en revanche, il y a lieu de noter que le régime dualiste de responsabilité qui en découle est d'application aisé (II).

I. Un régime dualiste de responsabilité fortement tributaire de la notion d'ouvrage

¹⁹ Cass. 3^e civ., 4 oct.2011, n°10-22.991.

²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1990, n° 88-11.543, RGAT 12990, p. 585.

²¹ Cass. 3^e civ., 4 oct.2011, n°10-22.991.

²² Voir Art. L3 du code sénégalais de la construction et de l'urbanisme

La notion d'ouvrage est au cœur du système de responsabilité civile du constructeur d'ouvrage. Qu'il soit d'origine décennale ou contractuelle, l'influence de cette notion demeure essentielle. En principe, en son absence, aucune action ne saurait être engagée contre le constructeur. Par conséquent, cette exigence oblige le requérant à motiver le fondement de son action en rapportant la preuve de l'existence d'un ouvrage (A) ayant fait l'objet d'une réception (B).

A. L'exigence de l'existence d'un ouvrage

En l'absence de toute définition légale (1), la résolution de la problématique de l'existence de l'ouvrage a nécessité le recours à de nombreux critères jurisprudentiels qui ont permis d'aboutir à des hypothèses de qualification (2).

1. Une absence de définition légale de la notion d'ouvrage dans les divers ordres juridiques

Fondamentalement, les différentes législations africaines ne définissent pas la notion d'ouvrage. Cette absence de définition conduit bien souvent à rechercher le sens de cette notion dans le code civil qui l'évoque également mais qui n'en donne pas non plus le sens. En revanche, en parcourant par exemple le nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat, on s'aperçoit que le législateur limite la notion d'ouvrage à la

construction de bâtiments destinés à l'habitation ou à l'exercice d'activités économiques, professionnelles ou artisanales²³. Le législateur précise toutefois la nature des constructions visées en distinguant selon qu'il est exigé un permis de construire²⁴ ou un permis de modifier²⁵.

Ainsi s'agissant du permis de construire, il est requis pour la construction de tout ouvrage, toute extension d'un bâtiment, les travaux exécutés sur les constructions existantes, lorsqu'ils ont pour effet d'en changer la destination, d'en modifier la structure, l'aspect extérieur, le volume ou la distribution intérieure, les reprises de gros œuvres, les clôtures et enfin tout ouvrage ayant un impact sur le paysage urbain. Cette solution préconisée en droit ivoirien est également la même dans le code sénégalais de la construction et de l'habitat.

En ce qui concerne le permis de modifier, il est exigé pour les travaux à exécuter sur les constructions existantes, lorsqu'ils ont pour effet d'en changer la destination, de modifier leur aspect extérieur ou volumétrique.

Il résulte de ces deux hypothèses citées, que la notion d'ouvrage désigne en présence d'un permis de construire d'une part les constructions neuves et les travaux sur constructions existantes et d'autre part uniquement les travaux sur existants en cas de permis de modifier. Ces différentes combinaisons définitionnelles posent

²³ Art.3 CCH ivoirien

²⁴ Art.3 CCH ivoirien, Le permis de construire désigne le document demandé par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre, et délivré par l'autorité administrative compétente, autorisant la réalisation de l'ouvrage concerné, pour plus de précisions sur cette notion, v. Art 11 et s du même code.

²⁵ Art. 3, le permis de modifier est le document demandé par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre, et délivré par l'autorité administrative compétente, autorisant la transformation des parties de l'ouvrage, pour plus de détails, v. Art. 29 et s. du même code.

cependant difficulté relativement à la notion de travaux sur constructions existantes. En effet, les différents ordres juridiques africains ne consacrent pas concrètement cette notion car elle ne renvoie à aucune disposition textuelle spécifique. C'est le cas de la nouvelle loi ivoirienne qui l'évoque sans en donner ni préciser le contenu.

Les articles 11 et 21 du nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat donnent néanmoins une première approche et désigne par cette expression « *les travaux exécutés sur les constructions existantes, lorsqu'ils ont pour effet d'en changer la destination, d'en modifier la structure, l'aspect extérieur, le volume ou la distribution intérieure, les reprises de gros œuvres, les clôtures* » ou ceux « *qui ont pour effet d'en changer la destination, de modifier leur aspect extérieur ou volumétrique* ». Cet effort de clarification de la part des rédacteurs du nouveau texte de loi ne suffit pas à en cerner tous les contours.

En l'absence de critères de référence précis, des problèmes d'interprétation pourraient engendrer de nombreux contentieux notamment lorsqu'il s'agira de déterminer en cas de difficultés de qualification si les travaux exécutés sont susceptibles d'être qualifiés d'ouvrage dès lors qu'on se situerait en dehors du cadre légal prévu par les deux articles cités. C'est pourquoi, face à cette difficulté de qualification, la jurisprudence et notamment la Cour de Cassation a retenu des critères alternatifs qui lui permettent de procéder à une interprétation extensive de la notion d'ouvrage²⁶

2. L'apport des critères jurisprudentiels comme solution à la problématique de qualification de l'ouvrage

La jurisprudence des pays membres de l'OHADA consultée n'offre aucun critère de qualification de la notion d'ouvrage. La plupart des rares jurisprudences existantes se prononcent beaucoup plus sur les conséquences attachées au dommage causé à l'ouvrage qu'à son existence. Ce qui démontrerait à priori que le juge africain n'accorde aucun intérêt à la problématique de qualification d'ouvrage ?

Il serait assez hasardeux de répondre par l'affirmative, la question ne s'étant pas encore posée devant les juridictions africaines du moins au regard des jurisprudences actuelles. Quoi qu'il soit, on peut présumer que s'ils étaient saisis d'un cas de qualification, les tribunaux de l'espace OHADA pourraient se laisser influencer par les critères utilisés par la jurisprudence française. Pour preuve, ils ont tous reconduit le même régime de responsabilité des constructeurs d'ouvrage.

En la matière, les critères retenus sont assez divers et les solutions rendues en ce domaine par la Cour de Cassation sont casuistiques. La qualification d'un ouvrage relève d'une multiplicité de critères. Cinq critères semblent toutefois être distingués. Selon le premier critère constitue un ouvrage un ensemble composé d'une structure, d'un clos et d'un couvert. Sur le fondement de ce critère, la Cour de cassation a retenu la qualification d'ouvrage la construction d'une

²⁶ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, Droit de la construction : Responsabilités et Assurances, LexisNexis 2017, 3^e éd. p.14.

vérandas « adossées à la façade d'un immeuble formant un ensemble composé d'une structure d'un clos et d'un couvert²⁷. C'est encore au regard du même critère que les hauts magistrats ont admis la qualification d'ouvrage pour des travaux de rénovation dès lors qu'ils portent sur des parties de l'immeuble existant ayant pour finalité d'assurer le clos et le couvert. Ce critère traditionnel qui a été appliqué dans des situations beaucoup plus récentes²⁸ n'est pas le seul dont les juridictions font application. Ces dernières estiment que constituent un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil les ouvrages immobilisés, c'est-à-dire ceux directement intégrés au sol ou encore incorporés dans un ouvrage lui-même de nature immobilière²⁹.

Ce second critère distingue deux situations bien précises pour justifier la qualification d'ouvrage. D'une part, il doit s'agir d'une immobilisation dans le sol au sens de l'article 1792 du code civil³⁰ et d'autre part, d'une incorporation dans un ouvrage lui-même immobilier. Ainsi par application de ce critère de l'immobilisation des travaux réalisés, les tribunaux ont qualifié d'ouvrages l'installation d'un chauffage central comprenant la pose d'une chaudière

d'une pompe à chaleur associés à une cuve de 20 m³ enterrée³¹ ou encore de la construction d'une piscine³² et enfin de la construction d'un caveau funéraire incorporé dans le sol³³. De ce point de vue, la qualification d'ouvrage devrait donc être retenue « lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux »³⁴.

Ces cas de qualification ne sont pas isolés. Bien au contraire, la jurisprudence fidèle à sa position, a appliqué ce même critère dans des situations beaucoup plus différentes³⁵. Ainsi, elle souligne qu'il y a lieu de retenir la qualification d'ouvrage lorsque les travaux réalisés ne sont pas immobilisés au sens physique du terme par une application extensive des articles 551 et 552 du code civil en vertu desquels d'une part « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire » et d'autre part « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ».

A ce précédent critère s'ajoute un autre beaucoup plus classique qui est celui de l'importance des travaux³⁶. Ce dernier critère malgré sa pertinence comporte un fort degré de subjectivité car invitant à opérer une distinction entre les menus travaux et les gros travaux ou d'importance, seuls les seconds

²⁷ Cass. 3^e civ., 19 janv. 2017, n°15-26.770

²⁸ Cass. civ., 17 déc. 2003, n°02-17.338; Bull. civ. 2003, III, n° 231; RDim. 2004, p.192 www.juricaf.com, Cour suprême, du Niger, chambre judiciaire, 23 novembre 2006, 06-283-C

²⁹ Cass. Civ., 18 nov., 1992, n°90-21.223, Bull. civ. 1992, III, n° 298.

³⁰ Cass. civ., 10 déc. 2003 n°02-12.215

³¹ Cass. 3^e civ., 6 juill. 2010, n°09-14.328; Cass. civ., 3 mars 2010, n° 09-11.282; Bull. civ. 2010, III, n° 55; Cass. 3^e civ., 4 oct. 2011, n° 10-22.991; Cass. 3^e civ., 4 avr. 2013, n° 11-25.198; Bull. Civ. 2013, III, n° 45; Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n° 16-13.259

³² Ce texte appréhende l'ouvrage comme un bâtiment.

³³ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, op. cit. n° 27, p. 23 ; pour une illustration jurisprudentielle, voir www.juricaf.com, Cour suprême, du Mali, section judiciaire, 2^e ch. Civ., arrêt n°107 prec.

³⁴ www.juricaf.com, Cour suprême, chambre judiciaire du Niger, arrêt n° 07-042- C, 22 février 2007, Société Agadez la Plage c/Ae Af Entrepreneur.

³⁵ www.juricaf.com, Cour suprême du Mali, 2^e chambre civile section judiciaire du 23 Mai 2005, arrêt n°100

³⁶ www.juricaf.com, Cour suprême du Bénin, Chambre administrative, 08 octobre 2006, arrêt n° 76.

ayant vocation à constituer un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil.

Il s'agit là d'une question relevant d'une appréciation souveraine des juges du fond.

Ce critère extrêmement délicat d'interprétation est utilisé dans les hypothèses où les travaux en question constituent des travaux sur existant dits encore travaux de rénovation³⁷.

Enfin, le dernier critère utilisé par la jurisprudence est celui des ouvrages de viabilité et d'ossature. Il ne s'agit pas véritablement d'un critère isolé, il se situe plutôt dans la logique de l'article 1792 du code civil³⁸ mais en adoptant une approche assez extensive de la notion d'ouvrage. De manière plus concrète, selon ce critère, la qualification d'ouvrage doit être admise en présence de travaux constitutifs de fraction d'ouvrage sans considération même de leur rattachement à un bâtiment. Il en va ainsi des voies et réseaux divers et des travaux de génie civil³⁹.

Tels sont ci avant exposés les principaux critères utilisés par la jurisprudence dans sa quête de recherche de qualification de l'ouvrage, d'autres critères pouvant être

appliqués en certaines circonstances. Tel serait le cas du critère relatif aux travaux de construction et plus précisément les opérations de construction immobilières consacrées par le TITRE 3 du nouveau code ivoirien de la construction et de l'habitat et indirectement visées par l'article 1792 du code civil.

Ainsi même s'il n'existe pour l'heure aucun critère de qualification de la notion d'ouvrage au regard de la jurisprudence africaine, les qualifications d'ouvrage observées dans certaines décisions amènent à penser implicitement que c'est sous l'influence de ces critères jurisprudentiels de la cour de cassation française que les tribunaux de l'espace OHADA ont raisonné.

Sans expressément le dire, ont été considérés comme des ouvrages, la construction d'un complexe touristique⁴⁰, les travaux de remise en état de bâtiments⁴¹, la construction d'un embarcadère débarcadère⁴² ect... L'approche des juges africains est pourtant beaucoup plus claire et précise de la notion réception, condition indispensable à la mise en jeu de la responsabilité du constructeur d'ouvrage.

B. La nécessaire réception de l'ouvrage

³⁷ www.juricaf.com, Cour suprême du Niger, chambre judiciaire, arrêt n°07-042-C du 22 février 2007.

³⁸ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, op.cit. n°53, p.47

³⁹ J.L. PRAUD, « Requalifier la réception des travaux », RDimm. 2016, p.259. Cet auteur affirme que la réception est une convention non créatrice de d'obligations qui consiste dans un accord sur l'état d'achèvement des travaux et en conséquence, il convient d'abandonner la conception retenue par le législateur qui consacre la nature d'acte unilatéral de la réception.

⁴⁰ Cass. 3^e civ., 4 nov. 2008, juris-Data, n°2008-045732.

⁴¹ Cass. 3^e., 12 janv. 2011, Juris-Data, n°2011-000223. Dans cette espèce, la haute juridiction a affirmé que « l'exigence de la contradiction ne nécessitait pas la signature formelle du procès-verbal de réception dès lors que la participation aux opérations de réception de celui qui n'a pas signé ne fait pas de doute » ; V. également, CA Versailles, 4^e ch., 7 nov. 2011 : JurisData n° 2011-024896 ; M.- L. Pagès- de varenne, « Conditions de la réception. Un éclaircissement nécessaire » : Constr.- Urb. 2012, repère 6.

⁴² C. Ponce, Droit de l'assurance construction, Gualino, 3^e éd. 2013, p.51 ; pour plus de précisions sur la récente position de la Cour de cassation, Cass. 3^e civ., 3 juin 2015, n°14-17.744 : Bull.civ.2015, III, n°53 ; Cons. -Urb.2012, repère 6.

comme seconde condition de mise en œuvre de la responsabilité du constructeur

Les différents législateurs africains accordent une importance à la réception, car elle constitue bien souvent le point de départ du déclenchement de la responsabilité du constructeur d'ouvrage. Il existe une convergence définitionnelle de la notion à l'analyse des différents ordres juridiques de l'espace OHADA.

Ainsi, aux termes de l'article 74 du CCH ivoirien, *« la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter une partie ou l'ensemble de l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle est établie à la demande de l'entrepreneur à la fin de tout ou partie de travaux, ou à défaut à la demande du maître de l'ouvrage. La réception est toujours contradictoire. Elle est provisoire ensuite définitive. La réception provisoire est organisée dès la fin des travaux, à la demande de l'entrepreneur »*.

Quant à l'article 1792 du code civil Nigérien, il définit la réception comme étant « l'acte par lequel le Maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve ; qu'elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut, judiciairement, qu'elle est en tout état de cause prononcée contradictoirement ».

Cette définition est celle retenue par la plupart des législations OHADA en matière de louage d'ouvrage souvent dans des proportions différentes tout en gardant le

même régime juridique.

Enfin le code sénégalais des obligations civiles et commerciales retient en son article 19 exactement la même définition que celles consacrées en droit ivoirien, nigérien et malien.

Le code civil sénégalais des obligations en son article 444 traite de la notion de réception de l'ouvrage et l'assimile à la période postérieure à la livraison de l'ouvrage. Ce texte précise que *« après la livraison et dans les délais d'usage, le maître de l'œuvre doit en vérifier l'état et en signaler les défauts à l'entrepreneur. La réception de l'ouvrage vaut pour les vices apparents, renonciation à mettre en cause la responsabilité de l'entrepreneur »*.

Il résulte de leur analyse que les différents textes précités précisent la nature juridique de la réception (1) mais adoptent des solutions différentes quant à sa forme (2).

1. Une nature juridique au contenu identique dans les différents ordres juridiques

Les différents législateurs africains de l'espace OHADA s'accordent tous sur le contenu de la notion de réception d'ouvrage. Comme il a été indiqué, le droit ivoirien adopte la même définition de la notion de réception que le droit sénégalais et nigérien.

La jurisprudence africaine⁴³ précise que la réception intervient dans le cadre de l'exécution d'un contrat de louage d'ouvrage qu'elle définit à l'article 1710 du code civil

⁴³ Art. L19 du code sénégalais des obligations civiles et commerciales *« La réception provisoire est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle intervient à la*

demande de la partie la plus diligente soit à l'amiable, soit, à défaut, judiciairement. Elle est, en tout état de cause établie contradictoirement »

comme étant le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles. Il en résulte que la réception est nécessairement la suite de l'exécution des travaux objet des contrats de louage des entrepreneurs d'ouvrages. Selon les différents textes cités, la réception des travaux se caractérise par trois particularités.

Premièrement, la réception apparaît comme un acte juridique unilatéral par lequel le maître de l'ouvrage met fin à l'exécution du contrat de louage d'ouvrage, ce n'est donc pas un contrat. Cette nature est globalement admise par la majorité de la doctrine⁴⁴ nonobstant quelques positions isolées⁴⁵.

En effet, seul le maître de l'ouvrage est concerné par cette formalité qui consiste pour lui à vérifier les travaux, à les accepter pour ceux qui sont satisfaisants et à émettre une réserve pour tout désordre. L'entrepreneur peut certes contester les réserves émises, voire refuser de signer les procès-verbaux de réception mais en aucun cas, il ne saurait y porter des commentaires.

Deuxièmement, la réception doit être menée contradictoirement. Ce critère qui découle d'une règle générale de procédure civile en vertu de laquelle nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue. Les textes des articles 74 du CCH ivoirien et L19 du code sénégalais de la construction prévoient que la réception intervient à la demande de l'entrepreneur. Cela signifie que le maître de l'ouvrage doit être régulièrement convoqué sur les lieux pour réceptionner. Il en résulte

que la présence de celui-ci est indispensable puisque lui seul a le droit d'exprimer son avis sur les travaux et de les accepter soit en partie voire partiellement, en cas de formulation de réserves.

Le caractère contradictoire ne s'applique uniquement pas à l'égard du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur doit être convoqué afin d'entendre et de prendre connaissance des réserves éventuelles formulées par le maître de l'ouvrage en sa présence. Cette exigence de la réception contradictoire est la règle, la formule judiciaire étant l'exception.

En tout état de cause quelle que soit sa forme, selon l'arrêt de la chambre judiciaire de la cour suprême du Niger cité, la réception comporte une obligation à la charge de l'entrepreneur appelé de parfait achèvement d'une durée d'un (an) à compter de ladite réception et qui porte sur la réception de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception.

Cette décision permet donc d'être fixé sur la question de la preuve du caractère contradictoire de la réception puisque comme précisé, celle-ci peut résulter du procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite.

La jurisprudence française de la Cour de Cassation, va dans le même sens que ses homologues africains puisqu'elle a eu déjà à adopter une double position relativement à cette problématique.

⁴⁴ V. supra p.11 et s.

⁴⁵ C. PONCE, Droit de l'assurance construction, op.cit. n°81, p.49.

Ainsi, dans une première conception, elle a d'abord considéré que le caractère contradictoire de la réception devrait résulter de la signature par l'entrepreneur du formulaire de procès - verbal⁴⁶. Ensuite dans une seconde approche beaucoup plus récente, les Hauts magistrats admettent que la signature du procès-verbal de réception par l'entrepreneur n'est pas une condition de validité de la réception⁴⁷.

Cette position jurisprudentielle montre clairement que la preuve du caractère contradictoire de la réception ne résulte nullement du défaut ou de l'absence de signature du procès-verbal mais en réalité de la régulière convocation de l'entrepreneur⁴⁸. Manifestement, la convocation offrirait plus de sécurité juridique que la participation. En ce sens, le maître de l'ouvrage gagnerait à bien conserver la preuve de la convocation. De ce point de vue, si la jurisprudence africaine admet la liberté de preuve en matière de réception, il faut en déduire que le caractère contradictoire de la réception devrait également suivre la même règle.

A notre avis, en cas de contentieux, la signature du procès-verbal peut constituer un début de preuve attestant du caractère contradictoire de la réception laquelle devra être corroborée par la convocation ou par toute trace écrite notamment un mail, un fax, un message téléphonique par écrit par

exemple.

Enfin, le caractère contradictoire de la réception ne signifie pas qu'elle soit définitive. En effet, les articles 74 du CCH ivoirien, et L19 du code sénégalais des obligations civiles et commerciales⁴⁹ précisent que la réception peut revêtir un caractère définitif ou provisoire sans donner plus de précisions sur ces deux caractères. Mais peu importe le choix opéré par les parties au contrat de louage d'ouvrage, la réception doit respecter la règle du contradictoire.

Les différents textes de loi cités ne permettent pas de comprendre la portée de la différence entre la réception provisoire et la réception définitive. Or de la précision de leur contenu, il découle plusieurs conséquences juridiques notamment au niveau de la mise en œuvre de la responsabilité du locateur d'ouvrage.

La position de la jurisprudence africaine est claire et suffisamment précise en tout cas au regard de la décision rapportée même s'il faut regretter l'absence de jurisprudence suffisante, ce qui aurait permis de voir le positionnement de l'ensemble des tribunaux africains par rapport à la question. Selon les faits de l'espèce, un litige oppose la société AGADEZ LA PLAGES, maître d'ouvrage, à un entrepreneur, Monsieur AE AF relativement à des malfaçons constatées au

⁴⁶ C. PONCE, Droit de l'assurance construction, op.cit. p.50.

⁴⁷ Selon le journal du Cameroun.com du 30 juin 2021, Cameroun : « un mort dans l'effondrement d'un immeuble à Daoula » ; Effondrement des immeubles : un phénomène récurrent : in www.camerountribune.com; tribune du 05 juin 2020 ; Sénégal : effondrement d'un immeuble de quatre étages, in www.afrik.com du 13 mars 2013;

Effondrement d'immeubles à Abidjan : à qui la faute ? in www.7info.ci du 23 mars 2021

⁴⁸ www.juricaf.com, Cour suprême du Mali, section judiciaire, 23 Mai 2005, arrêt n° 100.

⁴⁹ Cass. 3^e civ., 12 juin 1991, n°90-692 : Bull.civ. 1991, III, n° 166

niveau de l'étanchéité, de la peinture, et de la vitrerie. Ces anomalies ont été relevées contradictoirement au cours de la réception provisoire des ouvrages et à cette occasion, l'entrepreneur a pris l'engagement de procéder aux réparations attendues avant la réception définitive décidée d'un commun accord par les deux parties et fixée au 30 mai 2000. Mais en compensation de la reprise des dites malfaçons, il a été consenti une retenue de cinq (05) millions de FCFA. Du fait de cette compensation conventionnelle, l'entrepreneur a considéré que le maître de l'ouvrage a définitivement réceptionné l'ouvrage surtout qu'il a occupé et exploité les bâtiments en cause. Le maître d'ouvrage conteste pour sa part la qualification de réception définitive car soutient-il la réception définitive suppose l'acceptation des ouvrages sans réserve, or, il affirme avoir relevé des réserves.

La question de droit qui s'est posée devant la haute juridiction était celle relative à la détermination de la réception d'ouvrage en matière de louage d'ouvrage.

Il est incontestable qu'en l'espèce les deux parties s'accordent sur le fait qu'il y a eu une réception de l'ouvrage mais sous quelle forme ? Et c'est à ce niveau que s'arrête leur accord puisque chacune des parties épouse une qualification différente. L'enjeu du problème se trouvait donc là et il revenait à la juridiction suprême de dire si les juges d'appel avaient eu raison de rendre la décision ainsi querellée par le maître d'ouvrage.

D'abord avant de répondre à la question posée, les hauts magistrats africains ont procédé par souci pédagogique à une

approche définitionnelle des notions en présence à commencer par la notion de réception d'ouvrage.

Par cette méthode, ils en précisaient ainsi toutes les implications et dévoilaient le particularisme de la réception qui reposent avant tout sur l'autonomie de la volonté des parties contractantes. C'est ainsi que les gardiens du temple ont relevé que les parties ont d'abord procédé à une réception provisoire telle que cela ressort d'un procès-verbal de réception provisoire en date du 07 juin 1999 d'une part et d'autre part le 08 janvier 2000 un procès-verbal de réception définitive établi entre les deux parties.

Par ailleurs, pour conforter leur conviction, les hauts magistrats ont relevé que le procès-verbal de réception avait la singularité de constater « que les ouvrages sont en bon état de conservation ; par conséquent, nous prononçons leur réception définitive qui prend effet pour compter de la date ci-dessus indiquée » d'une part et d'autre dans le même procès-verbal de réception de « rappeler que les malfaçons constatées lors de la réception provisoire des travaux avaient fait l'objet d'une moins-value de cinq (5) millions de francs ; donc elles ne sont pas prises en compte pour cette réception ».

Le contenu du procès-verbal précisait clairement que les parties avaient d'abord procédé à une réception provisoire. Cette réception n'était donc pas a priori définitive puisqu'elle comportait des réserves et invitait l'entrepreneur à reprendre les malfaçons objets desdites réserves.

Or, comme le constate la haute cour africaine,

« les parties ayant de commun accord évaluées à la somme de cinq (5) millions qu'elles ont déduites du montant du coût des travaux, sous forme de moins-value, ont convenu de la réception définitive ». A notre avis, il résulte de cette solution que la réception définitive est censée intervenir dès lors que les parties sont d'accord sur l'état de l'ouvrage et qu'aucune réserve n'est relevée par le maître de l'ouvrage sur l'ensemble de l'ouvrage. Autrement dit, pour éviter toute confusion, la réception définitive ne doit concerner que la totalité de l'ouvrage, si elle concerne une partie de l'ouvrage, la qualification de réception provisoire devrait être retenue dans ce sens.

On relève toutefois que ces deux formes de réception ont été pendant longtemps consacrés en droit français à travers l'ancien article R.111-24 du code de la construction et de l'habitation. Ce texte contrairement à l'article 74 CCH ivoirien cité avait apporté des clarifications qui nous permet de comprendre le contenu de cette disposition de la loi ivoirienne.

Ainsi selon ce texte de droit français, la réception revêt un caractère définitif lorsqu'elle ne vise que certaines parties de la construction n'ayant pas l'objet de réserves. Dans cette hypothèse, les garanties décennales n'auront vocation à s'appliquer que pour ces parties de l'ouvrage à cette date.

En ce qui concerne la réception provisoire, elle a trait aux prestations qui ont fait l'objet de réserves. En raison de leur caractère provisoire, les réserves effectuées dans ce

cadre devront faire l'objet d'une seconde formalité pour être levées. Devenue définitive, cette seconde réception va faire débiter les garanties décennales pour les seules parties d'ouvrages ayant été réservées⁵⁰.

Dans leur application ces deux mécanismes se sont avérés complexes en ce qu'ils obligeaient les praticiens à faire face à deux dates de réception qu'ils devraient distinguer selon les ouvrages considérés. Les choses deviendraient encore plus délicates en l'absence pure et simple de réception définitive, les parties pouvant omettre cette formalité après la levée d'une réserve. Il était donc crucial de définir la date de départ des garanties attachées à la construction⁵¹.

C'est au regard de ces difficultés que le législateur français a adopté une conception unitaire de la notion de réception aujourd'hui codifiée à l'article 1792-6 du code civil français.

Ces difficultés d'application de ces deux formes de réception sont perceptibles au regard de la solution jurisprudentielle ci avant précitée.

Nous pensons que les législateurs africains auraient dû s'inspirer de cette solution aujourd'hui dépassée en droit français pourtant et malheureusement maintenue dans notre ordre juridique.

2. Une appréciation inconfortable de la forme et de la preuve de la réception

Si s'agissant de la forme de la réception, les solutions retenues en la matière par les

⁵⁰ Cass. 3^e civ., 04 déc. 1991, n° 90-862: Bull. civ. 1991, III, n° 289.

⁵¹ Cass. 3^e civ., 04 janv. 2006, n° 04-13.489: Bull. civ.

2006, III, n° 1.

différentes législations sont divergentes (a), en revanche pour ce qui est de la preuve, il n'existe aucune disposition légale, ce qui a obligé la jurisprudence à consacrer la règle de la liberté de la preuve en la matière(b).

a. La forme de la réception

Il est tout de même curieux à notre connaissance que le contentieux de la qualification des travaux de construction d'ouvrage ne soit pas si abondant en Afrique. Pourtant, les grands marchés de construction initiés par de grandes entreprises de construction notamment les constructions d'autoroute, de ponts et chaussées sont en plein essor sur le continent et les dommages causés lors de la réalisation des dits travaux sont fréquents et abondamment relayés par la presse⁵².

Certaines législations ont préféré laisser la liberté aux parties contractantes d'opérer leur choix alors que d'autres ont clairement fixé les formes dans lesquelles la réception doit intervenir. Ainsi, il ressort de la lecture des différents textes communautaires que la réception pouvait revêtir deux formes : la réception amiable et la réception judiciaire. Ces deux formes de la réception d'ouvrage sont prévues notamment par les articles L 19 du code sénégalais de la construction et article 1792 du code civil nigérien.

Cette solution législative a été consacrée par la jurisprudence dans une affaire jugée par la section judiciaire de la Cour suprême du Mali le 23 Mai 2005⁵³.

La réception amiable s'inscrit dans la logique du caractère contradictoire de la réception. En cela, il reviendra généralement au maître de l'ouvrage pressé de rentrer dans les lieux mais aussi à l'entrepreneur impatient de percevoir le solde du prix, de prendre l'initiative de la réception amiable en convoquant l'autre partie.

D'un point de vue formel, la jurisprudence de la Cour suprême du Mali précitée se référant à l'article 1792-6 du code civil français précise qu'il n'est pas obligé que la réception amiable prenne la forme d'une réception expresse matérialisée par un écrit, l'expression de volonté du maître de l'ouvrage peut être implicite et la réception intervenir tacitement ».

Cette solution est partagée par la Cour de cassation qui précise que la réception amiable n'est soumise à aucun formalisme particulier⁵⁴, ce qui n'exclut pas une vérification et un contrôle des juges au regard des documents produits par les parties pour justifier la réception, qu'il s'agisse d'un procès-verbal signé par le maître de l'ouvrage et portant le cachet de l'architecte⁵⁵ ou encore d'un bordereau à entête de l'entrepreneur et

⁵² Cass. 3^e civ., 27 janv.2009, Juris-Data, n°2009-046783.

⁵³ Pour rappel, avant cette réforme, l'article 1134 du code civil disposait que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Alors qu'à la faveur de la réforme de 2016, cette disposition a connu une nouvelle reformulation et

désormais codifiée dans le nouvel article 1103 du code civil français, l'article 1134 dans sa version ancienne ci avant citée, est toujours en vigueur et maintenue dans le code civil ivoirien.

⁵⁴ Cass.3^e civ., 26 févr. 1997, n° 95-10.846 ; V. égal. CA, Douai, 1^{er} Ch., 24 janv. 2007: Juris-Data n°2007-325847.

⁵⁵ C. Ponce, Droit de l'assurance construction, Gualino, 3^e éd. 2013, n°87, P.57.

contenant la liste établie à la main par un de ses représentants⁵⁶.

Quant à la réception judiciaire, son choix traduit à l'évidence la naissance d'un blocage entre les parties. Elle intervient à défaut de réception amiable, c'est-à-dire lorsque l'une des parties refuse de procéder à la réception. Dans la pratique, le recours à une expertise judiciaire par voie de référé devant le tribunal compétent, permettra de décanter la situation contentieuse. Le juge du fond prononcera dès lors la réception judiciaire à la date à laquelle l'ouvrage était en état d'être reçu⁵⁶.

Ces deux formes de réception ne sont pas pour autant les seules puisque parallèlement à celles-ci, la Cour de cassation admet parfois aussi la réception dite conventionnelle et la convention tacite.

Alors que la réception conventionnelle résulte d'un accord de volonté conformément à l'article 1134 du code civil français dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁵⁷, en revanche, la réception tacite procède d'une volonté non équivoque de recevoir l'ouvrage⁵⁸.

Comme la forme judiciaire, la réception tacite suppose la saisine du juge. Ce faisant le juge saisi, au lieu de prononcer par lui-même la réception, va devoir rechercher, au travers

d'un faisceau d'indices, le moment auquel le maître a véritablement manifesté sa volonté de recevoir l'ouvrage⁵⁹.

Dans l'espèce citée, le problème qui était posé devant les hauts magistrats maliens était relatif à la question de la qualification de la forme de la réception qui a prévalu entre un maître d'ouvrage et un constructeur à la suite de travaux de construction réalisés par ce dernier

Ces derniers ont jugé qu'à partir du moment où chacune des parties, en l'absence d'une réception amiable, peut saisir le juge pour procéder à la réception et faire ainsi constater ses réserves, il appartenait donc au défendeur de faire une réception judiciaire et y formuler ses réserves ».

Il résulte de cette décision que la réception judiciaire doit faire l'objet d'une action judiciaire expresse et qu'en l'absence de toute saisine du juge, la conséquence logique est de dire qu'il y a eu une réception amiable entre les parties.

En outre, la Haute cour fait remarquer que contrairement à la réception judiciaire, la réception amiable n'est assujettie à aucune condition de forme en ce qu'elle n'impose aucun écrit. Dans cette affaire, le caractère amiable de la réception était flagrant et la mauvaise foi du maître d'ouvrage était avérée. C'est donc en toute logique qu'ayant

⁵⁶ www.juricaf.com, Cour suprême Section judiciaire, 23 mai 2005, arrêt n° 100

⁵⁷ www.juricaf.com, Cour suprême du Mali, section judiciaire, chambre commerciale, 13 septembre 2004, p.32 ; à propos de la preuve d'une réception d'ouvrage. La haute cour a jugé que « la réception provisoire est intervenue le 08 décembre 2001 avec beaucoup de réserves qui n'ont pas été exécutées à ce jour par ZED et du procès - verbal de réception technique définitive

du 05 au 06 mai 2003 que toutes les réserves doivent être levées dans un délai de 15 jours à compter du 07 mai 2003 ; or ces réserves n'ont pas été levées par ZED qui n'a pas non plus exécuté intégralement le marché... »

⁵⁸ Sur cette notion, infra. p.8 à 11.

⁵⁹ V. Art. 115 CCH ivoirien qui utilise la notion de malfaçon ou de défauts de conformité, v. également Art. 142 CCH du même code.

constaté que l'ouvrage était exploité durant dix bonnes années par le maître de l'ouvrage, les juges ont conclu à l'existence d'une réception amiable entre les parties. Malgré l'importance pratique dévolue à la forme de la réception, le législateur ivoirien en tout cas à la lumière de l'article 74 CCH, n'a jugé utile de prévoir les formes de réception en matière de construction d'ouvrage. Cette démarche peut engendrer des difficultés pratiques notamment lorsqu'il s'agira de rapporter la preuve de la réception. En effet, c'est à compter de la réception des travaux que s'ouvre le délai de prescription de la garantie décennale de l'article 1792 du code civil. Mais ce choix du législateur ivoirien peut se comprendre probablement par le souci de privilégier la liberté contractuelle en évitant d'imposer aux professionnels de la construction des formes de réception en les institutionnalisant comme c'est le cas en droit sénégalais, malien, nigérien ect.... De toute façon, n'étant pas d'ordre public, même si elles venaient à être consacrées en droit ivoirien, les parties conserveraient toujours toute la plasticité nécessaire pour y déroger en épousant les formes de réception de leur choix. Toutefois quelle que soit la forme de réception choisie, celle-ci n'aura aucune influence sur l'action en responsabilité que pourra mettre en œuvre, à compter de la réception des travaux par le maître de

l'ouvrage.

b. La preuve de la réception

La question de la preuve de la réception s'est posée rarement devant les tribunaux communautaires africains. Pourtant les rares décisions jurisprudentielles consacrées à cette problématique ont montré tout l'intérêt pratique mais aussi théorique qui en découle. En effet, dans l'affaire jugée par la Cour suprême du Mali⁶⁰, le maître de l'ouvrage affirmait « que la forclusion résultant de la garantie de parfait achèvement prévue par l'article 1948 du code civil à l'époque des faits et l'article 261-1 du code de la construction français suppose l'existence d'un procès-verbal de réception en l'absence duquel il ne saurait y avoir forclusion ». Autrement le requérant entendait soutenir qu'en l'absence d'un procès-verbal de réception aucun délai n'a pu courir. Il envisageait ainsi conclure à l'absence de toute réception dans sa relation avec le constructeur de l'ouvrage. Or s'il n'y a pas de réception, on considère que l'ouvrage est toujours sous la responsabilité du constructeur et par conséquent tous les dommages et dégâts y afférents devront être réparés par l'entrepreneur.

En l'espèce, même si les motivations du maître de l'ouvrage pouvaient se concevoir juridiquement, en revanche elles paraissent

⁶⁰ www.juricaf.com, Cour suprême du Mali, section judiciaire, chambre commerciale, 13 septembre 2004, p.32 ; à propos de la preuve d'une réception d'ouvrage. La haute cour a jugé que « la réception provisoire est intervenue le 08 décembre 2001 avec beaucoup de réserves qui n'ont pas été exécutées à ce jour par ZED et du procès - verbal de réception technique définitive du 05 au 06 mai 2003 que toutes les réserves doivent être levées dans un délai de 15 jours à compter du 07 mai 2003 ; or ces réserves n'ont pas été levées par ZED

qui n'a pas non plus exécuté intégralement le marché... » ; pour une application en droit français, v. Cass. 3^e civ., 24 mars. 2016, n° 15-12.924 « ayant constaté que la preuve n'était pas rapportée que la villa ait été inondée, la cour d'appel a pu en déduire que le défaut de conformité n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 1792 du code civil » ; v en ce sens pour une application africaine, www.juricaf.com, Cour d'appel de Ouagadougou, n°042, 06 juin 2008

mal fondées puisque l'article 1648 évoqué concernait plus les contrats de vente entre acquéreur et vendeur. Il ne pouvait donc pas s'appliquer au contrat de louage d'ouvrage. Mais l'enjeu du débat se trouve surtout au niveau du mode de preuve en matière de réception d'ouvrage. A priori, en tout cas les juges Maliens affirment que « l'arrêt entrepris n'indique aucun texte de loi qui impose le procès-verbal comme la condition sine qua non de la réception ». Ils en ont conclu que l'on ne saurait déduire de l'absence d'un procès-verbal de réception l'inexistence d'une réception réelle. La haute juridiction du Mali affirme donc de manière ferme que le procès-verbal n'est pas le seul moyen de preuve de la réception même s'il demeure le plus usité dans la pratique des affaires. En effet, la quasi-totalité des décisions évoquées font pourtant référence au procès-verbal de réception qu'il s'agisse de la réception provisoire ou de la réception définitive. Cette solution est empruntée de pragmatisme et traduit la volonté des juges de laisser aux parties les formes sous lesquelles elles entendent contracter.

En privilégiant une telle solution, la jurisprudence africaine consacre ainsi le principe de la liberté de la preuve en matière de réception d'ouvrage⁶¹. Il en va autrement en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité du constructeur d'ouvrage.

⁶¹ Cass. 3^e civ., 16 déc. 2014, n° 13-24.032 :« Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que les empiétements nécessitaient la destruction d'une partie des fondations de l'immeuble et la suppression du drain assurant son étanchéité, la cour d'appel a pu en déduire que les désordres avaient pour effet de porter atteinte à des éléments assurant la solidité de l'ouvrage et étaient de nature décennale » et « ayant retenu que

II. Un régime dualiste de responsabilité d'application relativement aisé

Comme cela a été indiqué, le déclenchement de la responsabilité du constructeur de l'ouvrage n'est pas systématique et est fonction du type de responsabilité concerné. En ce qui concerne la responsabilité décennale, elle exige en effet en plus des conditions préalables déjà évoquées, la constatation d'un dommage ou désordre à l'ouvrage et revêtant un certain degré de gravité (A), ce qui n'est pas en revanche n'est pas le cas de la responsabilité contractuelle qui relève plutôt d'un autre fondement (B).

A. Une responsabilité décennale reposant sur des règles assez figées

La jurisprudence africaine n'offre malheureusement pas de solutions en matière décennale. Mais on peut aisément deviner que si les tribunaux étaient saisis, les solutions qui allaient être rendues seraient fortement influencées par les solutions dégagées par la Cour de cassation française. La raison est que le fondement juridique de la responsabilité décennale est identiquement le même qui prévaut dans les ordres juridiques africains d'expression francophone.

C'est ce qui explique que le régime de la responsabilité décennale soit partagé entre le code civil à travers l'article 1792 qui fixe le délai décennal et les différents codes de la construction et de l'habitat qui ont également

les occupants des appartements concernés par les vues illicites ne disposeraient plus d'un éclairage naturel normal et de la possibilité de jouir de ces ouvertures par l'obstruction des principales ouvertures, la cour d'appel a pu en déduire que les désordres résultant des vues illicites portaient atteinte à la destination des appartements et étaient de nature décennale ».

reconduit sans trop de difficulté les dispositions du droit français. Il résulte de la combinaison de ces textes que la mise en œuvre de la responsabilité décennale obéit d'une part à des caractéristiques juridiques (1) et d'autre part à des caractéristiques techniques (2).

1. Les caractéristiques juridiques

Ces caractéristiques sont en réalité des exigences qui conditionnent la recevabilité de l'action en responsabilité décennale. Elles sont de deux ordres et s'entendent d'une part de la nécessité d'un dommage (a) et d'autre part des personnes concernées ou bénéficiaires de la responsabilité (b).

a. L'exigence d'un dommage matériel affectant l'ouvrage

L'application de la responsabilité décennale n'étant pas systématique, celle-ci nécessite outre les conditions préalables sus évoquées, l'atteinte à l'ouvrage concerné laquelle se traduit par l'existence d'un dommage caché lors de la réception⁶². Les termes « dommage » et « caché » ne sont pas clairement définis ni par les différents codes de la construction et de l'habitat encore moins par le code civil. Cette lacune proviendrait de leur caractère particulièrement vaste et plus précisément en

ce qui concerne la notion de dommage.

En premier lieu, il échet de constater qu'une esquisse d'approche est donnée par les articles 1792 du code civil qui assimile la notion de dommage à un « vice de construction et de vice du sol » de l'édifice construit c'est-à-dire une malfaçon⁶³ ou désordre affectant considérablement le construit. Le caractère volontairement vague du mot « dommage » permet donc comme le fait l'article 142 du code ivoirien de la construction et de l'habitat d'intégrer à la responsabilité décennale un défaut de conformité aux stipulations contractuelles dès lors que ses conséquences fonctionnelles sont suffisamment graves pour revêtir un caractère décennal.

Il en résulte qu'une simple non-conformité⁶⁴, un défaut d'exécution⁶⁵ ou une absence d'exécution des travaux⁶⁶ sans désordre ne ressortit pas de la responsabilité décennale des constructeurs. Le dommage consiste donc dans une atteinte matérielle à l'ouvrage édifié et plus précisément concernant la responsabilité décennale, un désordre matériel à l'ouvrage d'une certaine gravité⁶⁷. Ce faisant, l'exigence d'un caractère de gravité conduit à admettre la responsabilité des constructeurs en présence d'un ouvrage édifié affectant l'ouvrage lui-même⁶⁸.

⁶² CA de commerce Abidjan, arrêt 0139/2018, Aff. Société ENTREPRENEURS SA GROUP c/ Epoux SAHILY, arrêt non publié, voir site de la cour d'appel de commerce d'Abidjan

⁶³ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, droit de la construction : Responsabilité et Assurances, LexisNexis, 3^e éd. 2017, n°258, p. 188.

⁶⁴ Tel n'est pas le cas du désordre affectant l'ouvrage mais résultant d'un glissement de terrain s'étant produit sur le terrain d'agrément situé en haut du talus

donnant sur le gave, ce dont il résultait que le dommage trouvait son origine dans un événement extérieur à l'ouvrage lui-même : Cass. 3^e civ., 23 oct. 2013, n° 12-25.326.

⁶⁵ Cass. 3^e civ., 3 déc. 2002, n° 01-14.703 ; CA Paris, 31 janv., 1996, RDImm. 1996, p. 216. ⁷⁰ C. PONCE, Droit de l'assurance construction, Gualino, 3^e éd. 2013, p. 83.

⁶⁶ Cass. 3^e., 12 oct. 1994, Bull. civ. III, n°172

⁶⁷ Cass. 3^e civ. 7 juill. 2004, Bull. civ. III, n° 142.

⁶⁸ Cass. C. Ponce, *op.cit.* p. 83.

En second lieu, la responsabilité civile décennale ne s'applique qu'à un désordre caché à la date de réception. Son origine est toutefois indifférente, il peut donc résulter d'un désordre de l'ouvrage, d'un vice de construction ou d'un défaut de conformité. Le caractère caché étant d'appréciation délicate, la question peut se poser de savoir si en présence d'un maître d'ouvrage

professionnel, ce dernier peut toujours alléguer d'un désordre à priori apparent pour un professionnel averti mais non apparent pour un professionnel profane pour engager la responsabilité décennale du constructeur.

A cette problématique, la Cour de cassation a répondu avec clarté en précisant qu'un désordre peut demeurer caché même pour un professionnel de l'immobilier, surtout qu'il n'est pas un technicien⁶⁹. Ainsi, elle a par exemple décidé que le desserrage d'un écrou constitue un vice caché. On s'aperçoit que l'appréciation qu'apporte les juges du fond au caractère caché est extrêmement strict et par conséquent on peut convenir que celui-ci demeurera tel même si le maître de l'ouvrage assisté d'un maître d'œuvre, n'a pas été utilement renseigné sur les caractéristiques exactes de ce désordre⁷⁰. Il est donc clair que le dommage non visible et par conséquent

non réservé lors de la réception sera intégré au champ de la responsabilité décennale.

D'ailleurs depuis très longtemps, la jurisprudence admet que le désordre signalé lors de la réception et ayant fait l'objet d'une réserve portée au procès-verbal de réception, puisse être appréhendée comme caché au regard de la responsabilité décennale si l'ampleur de ses conséquences ne s'est révélée qu'après réception⁷¹.

Enfin, le caractère non apparent du désordre étant présumé et à ce titre soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, il revient au constructeur ou du moins au professionnel de l'immobilier de rapporter la preuve du caractère apparent du désordre et non au maître de l'ouvrage. Cette preuve étant extrêmement difficile, car revenant à démontrer le caractère apparent lors de la réception, un arrêt très audacieux de la Cour de cassation a semé le trouble en déclarant que la charge de la preuve incombait au maître de l'ouvrage⁷², inversant ainsi la règle qu'on croyait jusque acquise en la matière. Depuis cette date, à notre connaissance aucune autre décision n'étant venue contredire cette solution surprenante, il y a lieu d'opter eu égard à l'imprécision et l'incohérence de celle-ci à incliner à la

⁶⁹ Cass. 3^e civ., 21 oct. 2009, n° 08-15.136, Bull. 2009, III, n° 25.

⁷⁰ Art 2270 du code civil « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés ». A l'analyse de cette disposition, la responsabilité décennale concernerait que les gros ouvrages, ce qui excluait du domaine décennal les menus ouvrages. Le contenu de ces notions n'étant pas précisé par le législateur, le doute persistera chaque fois qu'on se trouvera en présence d'un dommage causé à l'ouvrage, ce qui pourrait constituer un argumentaire pour les

compagnies d'assurance de refuser de mobiliser la police d'assurance en excipant du caractère mineur de l'ouvrage. Il reviendra donc aux juges d'apprécier aux regards de l'ampleur des travaux ou des cahiers de charges et décider de la qualification appropriée.

⁷¹ Cass.3e civ., 1er juill. 2009, n° 08-14.714: Bull. Civ. 2009, III, n°162.

⁷² Cass. 3^e civ., 16 juill.1986, n°84-17.492: Bull.civ.1992, II, n°111.

prudence.

En tout état de cause, comme le relève un auteur, il est certain que la responsabilité décennale ne peut pas s'appliquer aux dommages ayant l'objet d'une réserve à la réception concernant un dommage clairement identifié au niveau de son origine et de ses conséquences⁷³.

En revanche, la réparation d'un désordre même futur et obligatoirement imputable au constructeur sera admis, dès lors qu'il est certain qu'il attendra avant l'expiration du délai la gravité requise⁷⁴. Le requérant devra toutefois agir dans le délai de 10 ans, celui-ci étant d'ordre public, il encourt la forclusion si son action est intentée à l'expiration de ce délai.

b. Les personnes concernées par la responsabilité décennale

Aux termes de l'article 234 du CCH ivoirien, « l'initiative de la garantie décennale incombe au maître d'ouvrage », c'est-à-dire selon l'article 3 du même code la personne physique ou morale propriétaire de l'ouvrage immobilier pour le compte de qui les travaux ou ouvrages immobiliers sont effectués. C'est donc en toute logique que le maître de l'ouvrage est le bénéficiaire principal de la responsabilité décennale.

Par ailleurs l'article 1792 du code civil confirme davantage en précisant même sans

le nommer que les architectes et entrepreneurs sont responsables pendant dix ans des désordres affectant l'ouvrage⁷⁵. On peut aisément deviner que le bénéficiaire de cette garantie décennale est forcément le maître de l'ouvrage.

Cette précision permet ainsi d'exclure du bénéfice de la responsabilité décennale les personnes disposant d'un simple droit de jouissance notamment les locataires. En effet, il est acquis que ces personnes n'ont qu'un simple droit de jouissance sur l'ouvrage et par conséquent ne sont pas recevables à agir sur le fondement de la responsabilité décennale.

C'est en ce sens que s'est prononcé la Cour de cassation dans une affaire en jugeant que « la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en sa qualité de locataire, la société X, n'était titulaire que d'un simple droit de jouissance sur l'ouvrage dont elle n'avait pas la propriété, ce qui ne lui permettait pas de se prévaloir de la qualité de maître de l'ouvrage et qu'elle ne disposait donc pas de l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage, et non à sa jouissance »⁷⁶.

La position de la jurisprudence en la matière est constante et elle s'est forcée à en respecter les contours depuis de nombreuses années. Ainsi, elle a toujours refusé de reconnaître l'action en responsabilité décennale à une

⁷³ CE, ss-sect. Réunion, 9 déc. 2011, n°342283 : Rec. CE 2011, tables.

⁷⁴ V. Art. 1583 du code civil à propos de la vente qui dispose que « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Devenu propriétaire du bien vendu, l'acheteur ou l'acquéreur se substitue dans les droits et actions

du vendeur c'est-à-dire le maître de l'ouvrage. V. également l'article 2279

du même, « en fait de meubles possession vaut titre ». ⁷⁵ CA Toulouse, 1^{ere} ch., 4 févr. 2008: JurisData n°2008-355959; CA Lyon, 1^{ere} ch. B. 6 sept. 2011 : JurisData n°2011- 018850.

⁷⁶ L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.

autre personne qu'au maître de l'ouvrage même si elle avait semé le doute dans un arrêt relativement ancien en autorisant un locataire à agir en prétextant de la négligence du maître de l'ouvrage dans la mise en œuvre de la responsabilité décennale⁷⁷.

Cette jurisprudence qu'on pourrait qualifier d'isolée au regard de la solution et non du principe récusé par les juges, montre à l'évidence que le maître de l'ouvrage n'est certainement pas le seul tributaire de ce droit, celui-ci pouvant être dévolu à tous les acquéreurs successifs de l'ouvrage et pendant toute la durée de la garantie. C'est ce qu'a affirmé le Conseil d'État dans un arrêt très retentissant en date de 2011.

La haute juridiction a soutenu que « s'il résulte des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil que l'action en garantie décennale n'est ouverte au maître de l'ouvrage (...) qu'à l'égard des constructeurs avec lesquels le maître de l'ouvrage a valablement été lié par un contrat de louage d'ouvrage, cette action, qui accompagne l'immeuble, est également ouverte à l'acquéreur de celui-ci, alors même qu'il n'a pas lui-même été lié aux constructeurs par un tel contrat »⁷⁸. Incontestablement la solution préconisée dans la présente décision paraît parfaitement justifiée d'un point de vue strictement juridique par application des règles de transfert de propriété en matière de vente⁷⁹.

Il en résulte que l'acquisition de l'ouvrage emporte transfert du droit d'agir sur le fondement de la responsabilité décennale et ce peu importe les modalités, contractuelles ou légales de ce transfert⁸⁰. La solution dégagée par cet arrêt sus visé est aujourd'hui consacrée par le législateur ivoirien à l'article 141 du CCH qui désigne expressément les « propriétaires successifs » comme bénéficiaires de la garantie décennale.

Malgré sa pertinence et sa justesse, ce principe jurisprudentiel mérite tout de même des précisions. En effet, si le doute n'est pas permis quant au bénéfice de la garantie décennale, il l'est en revanche s'agissant du moment où le bénéficiaire est en droit de se prévaloir de ce droit. A cette problématique et après plusieurs décisions sans véritable portée, la Cour de cassation est venue par un arrêt assez évocateur recadrer les choses. Dans cette affaire, un ouvrage réalisé par une société X pour le compte d'une SCI a subi des désordres qui ont été déclarés à l'assureur responsabilité décennale. Quelques années plus tard, une seconde déclaration de sinistre est intervenue dans les mêmes conditions.

Postérieurement à l'expiration du délai décennal, l'ensemble immobilier était vendu par le maître de l'ouvrage d'origine aux époux X. Ces derniers ont cédé leurs parts à la SCI Immo Mi. La SCI acquéreur de l'ouvrage introduisait une action au fond contre le maître d'œuvre et la société de

⁷⁷ Cass. 3^e civ., 10 juill. 2013, n° 12-21.910, PBRI : Cass. 3^e civ., 10 oct. 2012, n° 11-20.658; Pour une application plus récente, Cass. 1^{ere} civ., 4 févr. 2015, n° 13-26.746.

⁷⁸ Art. 115 CCH, « L'immeuble vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement est réputé achevé lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les

éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'immeuble faisant l'objet du contrat... ».

⁷⁹ C. PONCE, op.cit. p. 87.

⁸⁰ CA. Lyon, 8^e ch., 26 mars 2013 : JurisData n° 2013-005858.

construction X, la compagnie AXA intervenant en qualité d'assureur de la société X. Cette dernière s'opposait donc à la demande, excipant d'une double irrecevabilité faute pour l'acquéreur de justifier de sa qualité à agir pour des désordres survenus et découverts avant la vente de l'ouvrage (première irrecevabilité) et subsidiairement faute pour lui d'avoir introduit son action dans le délai décennal (seconde irrecevabilité).

Les parties n'ayant pas été satisfaisantes par les différentes décisions rendues par les juridictions inférieures, c'est finalement à la Cour de cassation qu'il est revenu de vider le contentieux à travers un attendu éclatant en rappelant le principe selon lequel, « *les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble* » et en conséquence ce principe vaut malgré « *la connaissance, par les acquéreurs, des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause leur réservant un tel recours* ».

Rejetant ainsi le pourvoi formé par la compagnie d'assurance, les Hauts magistrats consacrent le caractère général du principe de la transmission des actions en indemnisation des préjudices subis à raison des désordres affectant la chose vendue. Autrement dit, la Cour souligne le fait que le dommage affectant l'ouvrage se soit révélé avant la

vente, tout comme le fait qu'une clause n'ait stipulé le transfert du droit d'agir au profit de l'acquéreur sont complètement indifférents.

On retiendra donc que désormais la seule existence d'une vente suffit à justifier de l'intérêt à agir de l'acquéreur de la chose, et que ce désordre soit antérieur ou postérieur à la vente. Dès lors, toutes les actions liées à la chose vendue sont des accessoires de la chose vendue sans distinction et sont transmises par application de l'article 1615 du code civil⁸¹.

Depuis lors, cette décision a connu une tournure générale et a même été confirmée à plusieurs reprises⁸².

2. Les caractéristiques techniques

Dans son aspect technique, la responsabilité décennale ne vise pas le dommage à l'ouvrage tel que nous venons de le démontrer ci avant. Il doit s'agir des désordres les plus graves, car tout dommage atteignant un ouvrage ne relève pas systématiquement de la responsabilité civile décennale.

Deux hypothèses sont à distinguer dans cette situation, à savoir les désordres qui portent atteinte à la solidité de l'ouvrage et ceux qui le rendre impropre à sa destination.

S'agissant de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage, ce cas est visé dans le code civil à l'article 1792 cité qui évoque le cas où l'édifice « périt en tout ou en partie ». L'atteinte peut être totale ou partielle, et en tout état de cause actuelle, c'est-à-dire

⁸¹ CA Paris, 19^e ch. A, 26 sept. 2007 : JurisData n°2007-343699 à propos d'un dysfonctionnement de la VMC conduisant à un défaut de ventilation dans plus d'un tiers des appartements de l'ensemble immobilier ; CA Paris, 19^e A, 9 mai 2007 : JurisData

n°2007-333541, la Cour admettant dans cette affaire le caractère généralisé du désordre affectant la climatisation dès lors qu'il était constaté dans 7/9^e de l'immeuble.

⁸² CE, ss-sect. Réunion, 9 déc. 2011, n°346189.

effective à la date où l'observateur se place. Il faut remarquer que l'atteinte à la solidité de l'ouvrage peut se manifester aussi par l'atteinte à la solidité d'un élément d'équipement indissociable. Bien que ce cas de figure ne soit pas clairement prévu en droit ivoirien, il n'est pas exclu qu'il se pose dans la pratique immobilière au regard de l'intensité des activités de construction.

L'article L15 du code la construction du Sénégal dispose que « *Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou entièrement de matières de cet ouvrage* ».

On se rend compte de l'ambiguïté de cette définition et on peut certainement deviner l'une des raisons pour lesquelles le législateur ivoirien a préféré de ne pas s'y aventurer laissant ainsi planer les vestiges d'une insécurité juridique qui risque de se produire dans la pratique, même si à travers l'article 115 du CCH, on note une approche assez laconique de cette notion à propos des contrats en l'état futur d'achèvement et de vente à terme⁸³.

Il est possible qu'en cas de difficultés, les juges ivoiriens soient conduits à appliquer l'article 1792 du code civil qui prévoit la règle de l'atteinte à la solidité de l'ouvrage qui est une reprise de l'article 1792-2 du code

civil français. Ce qui reviendrait, selon nous, à faire une mauvaise interprétation du texte et conduire à des résultats fâcheux. En tout état de cause, il faut retenir

que l'élément indissociable doit s'analyser comme étant celui dont le démontage suppose un enlèvement de matière du support et donc sa détérioration⁸⁴.

En ce qui concerne l'impropriété à la destination, elle est l'œuvre de la jurisprudence et repose sur une acception purement contractuelle empruntée du droit de la vente. En effet, l'article 1641 du code civil « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». Le critère retenu est donc fonctionnel et est apprécié de manière souveraine au cas par cas par les juges du fond. Il n'est donc pas exclu que les parties définissent elles même la destination de l'ouvrage à construire.

L'approche contractuelle de la destination de l'ouvrage ne doit cependant pas conduire à estimer que la violation de toute prévision contractuelle conduit automatiquement à une atteinte à la destination, ce qui reviendrait à confondre le désordre de gravité décennale et la non - conformité contractuelle.

Il est toutefois impératif que pour être caractérisée et retenue par les juges du fond,

dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

⁸³ Cass.3^e civ., 27 mai 2010, n°09-12.693 : Bull.civ.2010, III, n°104.

⁸⁴ « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard

l'atteinte à la destination porte sur l'ouvrage dans son ensemble. La jurisprudence rappelle en effet de manière constante qu'il ne suffit pas qu'une partie de l'ouvrage ou encore un élément d'équipement de l'ouvrage soit atteint dans sa destination⁸⁵.

Cela dit, pour que la garantie décennale s'applique, il faut que le désordre qui affecte une partie de l'ouvrage ou un de ses éléments d'équipement porte atteinte à la destination de l'ensemble de l'ouvrage considéré. Ce qui conduira le plus souvent à une généralisation du désordre⁸⁶ et donc à exclure l'application de la garantie décennale pour les désordres ponctuels. C'est ainsi que dans une espèce jugée récemment, les juges du fond ont été invité à rechercher si l'infiltration constatée rend l'ouvrage « *en son entier* » impropre à sa destination. L'enseignement qu'il fallait tirer de cet arrêt était que si le désordre doit être généralisé et l'atteinte à la destination de l'ouvrage ainsi caractérisée, il n'est pas nécessaire que cette atteinte soit constante⁸⁷. Autrement dit, un désordre peut rendre un ouvrage impropre à sa destination alors même qu'il n'est ni général ni permanent.

Ce qui montre à l'évidence que dans ce genre de situation, il est indispensable pour le demandeur de l'action en responsabilité décennale de rapporter la preuve de l'atteinte, celle-ci devant être suffisamment solide et concordant afin d'espérer pouvoir emporter

la conviction des juges du fond. Cette preuve devra se faire conformément au droit commun.

Dans la pratique du droit de la construction, la preuve est souvent établie en se fondant sur les rapports d'expertise établis d'accord partie et produit à l'instance⁸⁸. Au vu de la preuve rapportée, les juges pourront déclarer la requête en responsabilité décennale recevable, ils peuvent également la rejeter en déclarant l'atteinte à la solidité de l'ouvrage non établie et inviter le requérant à reconsidérer le fondement de son action.

B. Une responsabilité civile reposant sur les règles de droit commun

La responsabilité des constructeurs ne se limite pas à la responsabilité pour les dommages relevant de la décennale. En effet, avant la réception des travaux et dans des hypothèses très particulières après la réception des travaux, le régime de la responsabilité décennale des constructeurs n'aura plus vocation à s'appliquer, celui-ci étant remplacé par le droit commun avec pour mission de combler les éventuelles lacunes de la garantie légale et à offrir ainsi un dégradé de solutions exhaustives et homogènes en cas de dommages quel que soit leur gravité. Cette droite commune relève soit de la responsabilité contractuelle (1) ou de la responsabilité extracontractuelle (2) selon qu'il existe ou non un contrat liant le

⁸⁵ « Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose ».

⁸⁶ « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute ».

⁸⁷ A. BÉNABENT, Droit des obligations, Montchrestien, 13^e éd. 2012, n°408, p. 296

⁸⁸ Cass.3^e civ., 19 oct. 2010, n° 09-14.300. Dans cette affaire, la Haute juridiction a approuvé les juges du fond qui ont déclaré que « M.X était tenu en sa qualité d'entrepreneur et avant réception des travaux, d'une obligation de résultat lui imposant de réaliser un ouvrage exempt de vices ».

constructeur au maître de l'ouvrage.

1. L'application des règles de la responsabilité contractuelle aux constructeurs

Dès lors qu'il existe un lien contractuel entre les parties, c'est sur le fondement de la responsabilité contractuelle et plus précisément par une application combinée ou alternée des articles 1147, 1788 et 1789 du code civil que la responsabilité du constructeur qui a contracté avec le maître de l'ouvrage doit être engagée. La mise en œuvre de ce régime dépend toutefois de l'intensité et surtout de la nature des obligations contractées par le constructeur (a) au regard des dommages causés à l'ouvrage du fait de leur inexécution mais aussi du risque de perte de la chose avant réception (b).

a. La responsabilité contractuelle du constructeur pour non-respect des obligations de résultat (a-1) et de moyen (a-2)

La nature des obligations contractées par le maître de l'ouvrage peut être de deux ordres. Il peut s'agir d'une obligation de résultat au regard des dispositions de l'article 1147 du code civil (a-1) soit d'une obligation de moyen (a-2).

a-1. Le régime de responsabilité fondé sur l'obligation de résultat

L'obligation de résultat est celle dans laquelle le débiteur s'engage à fournir un résultat. Dès lors, le défaut de résultat fait supposer une défaillance du débiteur et laisse donc présumer sa faute⁸⁹. En droit de la construction, l'application de cette règle dans plusieurs hypothèses permet de retenir la responsabilité du constructeur dans sa relation avec le maître de l'ouvrage.

En premier lieu, l'obligation de résultat impose au constructeur qu'il fournisse l'ouvrage dénué de tout vice et de défaut de conformités⁹⁰ ou encore la livraison des travaux conformément à la destination convenue. La jurisprudence africaine fournit de nombreux cas dans lesquelles la responsabilité du constructeur d'ouvrage pour manquement à son obligation de résultat est consacrée⁹¹.

De manière générale, en de telles hypothèses, les tribunaux condamnent le constructeur à payer des dommages et intérêts au maître de l'ouvrage. C'est ainsi que dans des affaires jugées par la Cour d'Appel de commerce d'Abidjan, les juges du fond n'ont pas hésité à condamner le constructeur à indemniser le maître de l'ouvrage en raison du retard observé dans la livraison des constructions⁹².

Il ressort de l'analyse de cette jurisprudence que la responsabilité contractuelle du constructeur était aisée à mettre en œuvre en l'absence de toute réalisation de l'ouvrage.

⁸⁹ Cass.3^e civ., 15 sept. 2016, n°15-21.283; Cass.3^e civ., 25 mars 2015, n°14-11.872.

⁹⁰ CA de commerce d'Abidjan, arrêt n° 700/2019 du 03 décembre 2019, arrêt non publié consultable sur le site de la Cour ; dans le même sens mais à propos de la condamnation d'un constructeur au remboursement de sommes reçus dans le cadre d'un contrat de réservation d'immeuble, CA de commerce Abidjan

arrêt n° 262/2018 ; CA de commerce Abidjan arrêt n°0908/2019 du 09 Mai 2019 arrêt non publié.

⁹¹Cass.3^e civ., 10 oct. 2007, n°06-11.129.; Cass.3^e civ., 4 juill. 2007, n°06-14.761: Bull. civ. 2007, III, n°120.

⁹² Cass. 3^e civ., 27 janv. 2010, n°08.18.026: Bull. civ. 2010, III, n°22.

Ainsi la condamnation de la société SICOGI⁹³ qui ne rapportait pas la preuve qu'elle a entrepris la construction de la villa promise est une conséquence logique de sa défaillance contractuelle.

A travers cet arrêt, on remarque que la jurisprudence adopte une approche assez extensive du contenu de l'obligation de résultat en la dédoublant bien souvent d'une obligation de conseil⁹⁴. Ainsi dans un arrêt en date de 2010 à propos d'un défaut d'implantation, la Cour de cassation affirme que « quelle que soit la qualification du contrat, tout professionnel de la construction est tenu, avant la réception, d'une obligation de conseil et de résultat envers le maître de l'ouvrage »⁹⁵.

La chambre commerciale de la Cour de cassation précise tout de même que même s'il est soumis à une obligation de résultat envers le maître de l'ouvrage, le constructeur ne peut néanmoins « s'exonérer de sa responsabilité qu'en établissant l'existence d'une cause étrangère, sauf à prouver que les désordres ne relèvent pas de sa mission »⁹⁶.

En second lieu, contrairement à la responsabilité décennale, l'existence d'un dommage même mineur ou sans gravité conduit au déclenchement de la responsabilité contractuelle du constructeur par le maître de l'ouvrage. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation qui a

censuré un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans qui avait débouté l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage, en estimant que les désordres allégués par le requérant relevaient du domaine esthétique et ne sauraient donner lieu à réparation. Une position qui n'a pas emportée la conviction des hauts magistrats, ces derniers ayant jugé « qu'avant réception de l'ouvrage, tout désordre doit donner lieu à réparation »⁹⁷.

En troisième lieu, la responsabilité du constructeur ne sera engagée que s'il est rapporté l'existence d'un lien causal entre le dommage et l'exécution contractuelle. En conséquence, le maître de l'ouvrage devra faire constater l'existence d'un dommage en relation de causalité avec la faute reprochée⁹⁸ car une faute contractuelle n'implique automatiquement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute⁹⁹.

a-2. Le régime de responsabilité fondé sur l'obligation de moyen

Le régime de la responsabilité des constructeurs fondé sur l'obligation de moyen ne vise que les prestations intellectuelles et à ce titre concerne les architectes, les maîtres d'œuvre ou les ingénieurs considérées aussi comme des constructeurs au sens de l'article 3 du code ivoirien de la construction de de l'habitat.

Contrairement à l'hypothèse ci avant

⁹³ Société Ivoirienne de Construction et de Gestion Immobilière en abrégé SICOGI

⁹⁴ Cass.3° com., 16 fév. 2010, n° 08-21.662.

⁹⁵ Cass.3° civ., 19 juin 1996, n° 94-19.947.

⁹⁶ Cass.3° civ., 12 mai 2010, n°09-12.722.

⁹⁷ Cass.3° civ., 13 avr.2010, n°09-10.459.

⁹⁸ Cass.3° civ.,16 juin 2016, n°14-25.990.

⁹⁹ A propos d'un défaut de caractérisation de la faute de conception de l'architecte, v. Cass. 3° civ., 4 déc. 2012, n°11-19.370 ; dans le même sens cette fois ci s'agissant d'un défaut d'imputabilité du dépassement de l'enveloppe financière et du retard, Cass. 3° civ., 24 sept. 2013, n°12-25.159 ; Cass. 3° civ., 15 janv. 2013, n°11- 21.161 ; Cass. 3° civ., 17 sept. 2014, n°13-20.930.

évoquée, la preuve de la faute est soumise à un régime différent. Il revient en effet au maître de l'ouvrage de démontrer la faute du constructeur¹⁰⁰. En outre, au-delà même de l'exigence de démonstration d'une faute du constructeur, le maître de l'ouvrage est tenu de prouver également d'une part l'existence d'un dommage peu important son degré de gravité et d'autre part l'imputabilité du dommage à la faute de l'architecte¹⁰¹.

En tout état de cause, l'étendue de la responsabilité dépend donc de la mission confiée au constructeur mais aussi du rôle joué par le maître de l'ouvrage dans la conduite des travaux de telle sorte que si ce dernier a connaissance des risques, la responsabilité du constructeur doit être écarté à défaut de preuve d'une faute¹⁰².

En la matière la jurisprudence relève plusieurs cas de responsabilité à l'égard des architectes et des maîtres d'œuvre. Ainsi la responsabilité de l'architecte et maître d'œuvre a été retenu pour n'avoir pas adapté le projet aux contraintes qui résultaient à l'évidence de l'ouvrage envisagé ou encore pour avoir accepté la démolition, même voulue par le maître de l'ouvrage sans permis de démolir¹⁰³ ou enfin de s'être abstenu de préconiser dès l'origine un matériau adapté à l'usage de la construction¹⁰⁴.

Au regard de ces cas d'espèce tranchés par les

juges français, il faut souhaiter que les maîtres de l'ouvrage au regard des dommages fortement constatés dans la pratique immobilière ivoirienne, s'en inspirent pour attirer les constructeurs devant les tribunaux.

b. La responsabilité contractuelle du constructeur pour perte de la chose avant réception des travaux

Cette hypothèse est particulièrement visée par les articles 1788 et 1789 du code civil qui prévoient deux niveaux de responsabilité du constructeur (entrepreneur). Dans le premier niveau, l'article 1788 dispose que « *si la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* ». Autrement dit, l'entrepreneur assume le risque de perte de la matière qu'il apporte, et ce hors considération de l'importance des travaux qu'il entreprend¹⁰⁵. Sur la base de ce texte, la jurisprudence admet que le maître de l'ouvrage puisse agir contre l'entrepreneur sous réserve de démontrer la perte de la chose. Il en découle que sur le fondement de l'article 1788 du code civil, l'entrepreneur ne peut être condamné à assumer les risques de la perte de la chose qu'il n'a pas réalisé¹⁰⁶.

En revanche, dès lors qu'il s'agit bien de l'ouvrage qui lui incombe et qu'il n'a pas été

¹⁰⁰ Cass.3^e civ., 16 juin 2016, n°14-25.990.

¹⁰¹ A propos d'un défaut de caractérisation de la faute de conception de l'architecte, v. Cass. 3^e civ., 4 déc. 2012, n°11-19.370 ; dans le même sens cette fois ci s'agissant d'un défaut d'imputabilité du dépassement de l'enveloppe financière et du retard, Cass. 3^e civ., 24 sept. 2013, n°12-25.159 ; Cass. 3^e civ., 15 janv. 2013, n°11- 21.161 ; Cass. 3^e civ., 17 sept. 2014, n°13-20.930.

¹⁰² Cass.3^e civ., 2 juin 2016, n°15-16.981.

¹⁰³ Cass.3^e civ., 21 sept. 2011, n°10-30.510.

¹⁰⁴ Cass.3^e civ., 6 déc. 2011, n°10-11.616 ; Cass. 3^e civ., 24 sept. 2014, n°12-26.956.

¹⁰⁵ Cass.3^e civ., 15 juin 1988, n°87-13.329 : Bull. civ. 1988, III, n°112.

¹⁰⁶ Cass.3^e civ., 12 oct.1971, n°71-10.943: Bull. civ. 1971, III, n°482.

réceptionné, l'entrepreneur assume donc la charge du risque, qu'elle que soit l'origine du sinistre ayant conduit à la perte de l'ouvrage¹⁰⁷.

Dans le second niveau, l'article 1789 du code civil précise que « *dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est pas tenu que de sa faute* ». Faisant application de ce texte, la jurisprudence retient que la faute de l'entrepreneur à qui la chose est confiée est présumée et qu'il s'agit d'une présomption simple de sorte que l'entrepreneur n'engage pas sa faute s'il prouve qu'il n'a pas commis de faute¹⁰⁸. Ainsi constitue une faute le fait d'abandonner le chantier sans protection conduisant à la ruine de l'ouvrage édifié avec les matériaux fournis par le maître de l'ouvrage¹⁰⁹. Pour finir, la responsabilité de l'entrepreneur ne sera retenue que s'il existe un lien de causalité entre le dommage et l'activité de ce dernier.

Il convient cependant de préciser que le texte de l'article 1789 du code civil pose une certaine difficulté quant à son champ d'application et sa combinaison avec la responsabilité de l'entrepreneur en matière de construction. En effet, le texte ne précise pas sur ce qu'il faut considérer comme « la matière fournie » par l'ouvrier qui à l'évidence détermine le domaine d'application de l'article 1789 du code civil cité. Ce texte s'applique-t-il aux constructions neuves ou aux constructions existantes ? De manière plus précise, la

matière fournie vise-t-elle les parties d'ouvrage existantes remises à l'entrepreneur pour réaliser des travaux dans un ouvrage existant ?

La Cour de cassation faisant application de ce texte de loi cité a, à propos des dommages nés de l'incendie et, considérant que le maître de l'ouvrage étant absent, l'entrepreneur avait la « garde » de l'ouvrage de sorte que sa responsabilité était engagée par présomption simple de responsabilité, charge à l'entrepreneur de démontrer qu'il n'a commis aucune faute¹¹⁰. On peut dire au regard de cette jurisprudence que la difficulté d'application de l'article 1789 du code civil ne concerne en réalité que l'hypothèse des constructions neuves car il s'agira de déterminer le contenu de la matière à fournir par l'ouvrier, l'idée de garde étant a priori exclue s'agissant d'un ouvrage à construire.

En revanche, la difficulté est beaucoup moins présente s'agissant des parties d'ouvrages existantes. Dans cette logique, la garde née de la mise en possession doit être appréciée autrement de sorte que si le dommage naît dans une partie de l'immeuble qui n'a pas été confiée à l'entrepreneur, sa responsabilité présumée doit être écartée.

Devant cette difficulté d'interprétation, nous partageons la position doctrinale selon laquelle le domaine d'application des articles 1788 et 1789 doivent être appréhendés antérieurement à la réception des travaux, ce qui aurait pour intérêt de leur appliquer le régime de la responsabilité

¹⁰⁷ Cass.3^e civ., 2 févr.2017, n°15-20.939; Cass.3^e civ., 27 janv.1976, n°74-13.105; Bull. civ. 1976, III, n° 34.

¹⁰⁸ Cass 3^e civ., 13 déc.2012, n°11-23.786.

¹⁰⁹ Cass.3^e civ., 24 oct.1990, n°89-14.954.

¹¹⁰ Cass.3^e civ., 19 mai 2009, n°08-13.467.

contractuelle et éloignerait ainsi de leur champ d'application, le spectre du régime légal de responsabilité des constructeurs de l'article 1792 du code civil¹¹¹.

2. L'application des règles de la responsabilité civile délictuelle au constructeur

Elle concerne les voisins¹¹² c'est-à-dire les tiers¹¹³ au contrat de louage d'ouvrage¹¹⁴ soit que les dommages ne puissent être rattachés à l'exécution du contrat, soit qu'ils frappent des personnes qui ne sont parties au contrat. L'application de ce régime par les tiers à l'égard des constructeurs repose essentiellement sur le principe prétorien en vertu duquel « *Nul ne peut causer à autrui un trouble anormal de voisinage* » mais aussi de manière beaucoup moins réduite sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle au travers des articles 1382 et 1383, 1384 et 1386 du code civil.

Il faut toutefois souligner jusqu'à l'arrêt

Infrafor¹¹⁵ de 1998, l'action en responsabilité contre le constructeur relevait du droit commun de la responsabilité civile délictuelle supposant la démonstration d'une faute du constructeur ayant causé au voisin un préjudice. En effet, il était pour le moins délicat d'imaginer une action en responsabilité des tiers voisins contre le constructeur sur le fondement de la théorie anormale des troubles de voisinage dès lors qu'on percevait mal en quoi le constructeur pouvait avoir la qualité de voisin.

L'arrêt cité, en admettant le principe de l'action du voisin contre le constructeur sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage, consacrait ainsi un fondement juridique jusque-là insoupçonné. Il précisait toutefois que l'application de ce principe suppose l'existence d'un lien de causalité entre le trouble et l'action de l'intervenant à l'acte de construire.

On voit à travers cette précision, un « clin

¹¹¹ L. KARILA et C. CHARBONNEAU, op. cit, n°174, p.146.

¹¹² Cette notion d'essence jurisprudentielle qui découle de la théorie anormale de voisinage ne repose pas strictement sur la notion de propriété de l'immeuble affecté par les désordres. Selon la jurisprudence la théorie du trouble anormal de voisinage s'applique à tous les occupants d'un immeuble en copropriété quel que soit le titre de leur occupation (Cass.3^e civ., 17 mars 2005, n°04-11.279).

¹¹³ La notion de tiers est très large et englobe sans prétendre à l'exhaustivité, les tiers véritables (penitus extranei, qui subirait un dommage à raison de l'ouvrage, de manière totalement fortuite, tel par exemple la victime d'une chute d'un élément de l'immeuble l'effondrement d'une partie de l'immeuble) ; les tiers intéressés par l'ouvrage que sont les voisins susceptibles d'être victimes du fait des travaux de l'immeuble ; les tiers concernés que sont les fabricants de matériaux ; les tiers impliqués que sont les titulaires du droit de jouir ou d'utiliser l'ouvrage sans lien contractuel avec le constructeur

¹¹⁴ Art. 3 CCH, contrat conclu par le loueur de l'ouvrage avec les différents constructeurs (architecte, maître d'œuvre, entrepreneurs ect...)

¹¹⁵ Cass.3^e civ., 30 juin 1998, n°16-13.039 : Bull. civ. 1998, III, n°144. Faisant partie d'un groupement d'entreprises sous-traitantes la société Infrafor est intervenue sur le chantier de construction d'un lycée. A la suite d'une action en indemnisation sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage, la Cour de Cassation de cassation en sa troisième chambre civile a approuvé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a « relevé que la société Infrafor avait injecté du béton dans le sol avec une intensité excessive, que ce matériau avait pénétré dans les locaux occupés par les consorts X, situés au-delà des limites du terrain de la construction, et que la preuve était rapportée d'un lien de cause à effet entre ces travaux et les dommages constatés chez les voisins » sans qu'il ne soit nullement besoin de caractériser la faute, elle a donc déduit que la société Infrafor était responsable des troubles excédants les inconvénients normaux du voisinage subi par les consorts X ».

d'œil » fait au droit commun de la responsabilité civile délictuelle qui exige également un lien de causalité par application de l'article 1382 du code civil à la différence toutefois que la théorie des troubles anormaux de voisinage est une responsabilité sans faute telle que rapportée par l'arrêt Intrafor sus citée.

Depuis cet arrêt, le maître de l'ouvrage a désormais la possibilité d'intenter une action subrogatoire sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Ce qui suppose qu'il justifie s'être subrogé dans les droits du tiers voisin victime qu'il a préalablement indemnisé.

Cette extension de la règle selon laquelle « nul n'a le droit de causer à autrui un trouble anormal de voisinage » au maître de l'ouvrage a été récemment réaffirmé par la Cour de cassation¹¹⁶ en jugeant que « un maître de l'ouvrage condamné pour avoir réalisé des travaux ayant causé à autrui un trouble anormal de voisinage et contre lequel n'est établi ni immixtion fautive ni acceptation délibérée des risques est, subrogée, après paiement de l'indemnité, dans les droits de la victime est bien fondé, avec son assureur, à recourir contre les constructeurs qui par leur action ont été seuls à l'origine des troubles invoqués et leurs assureurs, sans avoir à prouver leur faute, pour obtenir leur garantie intégrale ».

Il convient toutefois de préciser que l'action du maître de l'ouvrage ne sera toutefois recevable que s'il est établi une quelconque faute de sa part dans la survenance du trouble.

¹¹⁶ Cass.3^e civ., 2 juin 2015, n°14-11.49.