

Balises

N°21
Octobre 2017



SOMMAIRE

Page 1

Edito

Pages 2 & 3

Quelles responsabilités et quelles assurances pour les intervenants dans le cadre d'une opération BIM ?

Page 4

Elite

Revirement de jurisprudence sur les responsabilités et les assurances applicables aux travaux sur existants

Réforme du droit des obligations

Edito

Bienvenue dans ce nouveau numéro de notre lettre d'informations !

Comme d'habitude, vous trouverez dans ce numéro de Balises des informations relatives à l'assurance construction susceptibles de vous intéresser, qu'il s'agisse de faits marquants du marché ou de modifications du droit applicable, notre objectif étant de clarifier des évolutions qui ont un impact très concret sur l'activité des professionnels du secteur.

Sur le terrain des principes juridiques, la Cour de cassation a ainsi effectué un revirement de jurisprudence important à propos de l'installation d'une pompe à chaleur et de la mise en jeu de la garantie décennale, revirement qui s'applique plus généralement à l'installation de n'importe quel élément d'équipement dissociable sur un ouvrage existant.

Vous noterez également que l'article 1382 du code civil, cité dans beaucoup de contrats, n'est

plus l'article 1382 ou encore, en ce qui concerne le marché, qu'une compagnie d'assurance basée à Gibraltar, très active dans l'assurance construction en France, est en grande difficulté...

Nous consacrons les pages centrales de ce numéro à un thème d'actualité, souvent débattu et en pleine évolution, celui de l'influence que peut avoir le BIM sur les responsabilités et assurances des constructeurs. Va-t-on vers une meilleure maîtrise des risques ? Faut-il assurer un BIM manager en responsabilité décennale ? Sur tous ces sujets -et sur bien d'autres- nous sommes évidemment à votre entière disposition pour échanger avec vous. N'hésitez pas à nous contacter !

Bonne lecture à tous.

Jean Roussel

Le Groupe CEA poursuit son développement

Présent en Guadeloupe depuis 25 ans, CEA Antilles s'est implanté à Fort-de-France (Martinique) en mai 2016, en qualité de courtier et d'agent général de Generali. Trois collaboratrices (J.Cambel, S.Elbene, S.Hubbel) gèrent un portefeuille de clients professionnels et particuliers, avec pour objectif de promouvoir les risques liés à la construction.

Le Groupe CEA est l'un des très rares courtiers français à pouvoir accompagner ses clients à l'outre-mer grâce à ses implantations en Nouvelle - Calédonie, Polynésie Française, l'île de La Réunion, la Guadeloupe et la Martinique.

Michel Olivé

La 3^{ème} édition de l'ouvrage « Risques et assurances construction » est parue aux éditions de l'Argus de l'assurance.

Cet ouvrage, co-écrit par Solange Becqué-Ickowicz, Professeur à l'Université de Montpellier, et par Jean Roussel, qui en a écrit la préface, indispensable pour sortir du labyrinthe des risques et des assurances de la construction !



Quelles responsabilités et quelles assurances pour les intervenants dans le cadre d'une opération BIM ?

Cet article est tiré d'une intervention de Jean Roussel dans le cadre d'une table ronde sur le thème : « Le BIM, quels enjeux, quels avantages et quels obstacles pour l'ingénierie et la maîtrise d'ouvrage ? » lors du séminaire annuel de l'OPQIBI qui s'est tenu le 29 juin 2017 à la Commanderie des Dormelles (77 130).

Lorsque l'on compare le système français de responsabilité et d'assurance construction avec celui de nos voisins européens, le lien entre évolutions du secteur de la construction et questions assurantielles apparaît particulièrement fort en France. On pourrait presque parler d'interdépendance, tant notre système d'assurances obligatoires et facultatives est développé. Toute évolution dans l'acte de construire, ses méthodes et ses techniques, se traduit ainsi par une interrogation en termes de responsabilités et d'assurances des constructeurs. Le secteur de l'assurance, quant à lui, tente de favoriser - ou au contraire de freiner - certaines de ces évolutions. Rien de surprenant par conséquent qu'il s'intéresse de près au BIM.

La question qui se pose à cet égard est nouvelle, même si le BIM est largement développé ailleurs, notamment au Royaume uni ou dans certains pays scandinaves. Les problématiques en matière d'assurance qui existent dans ces pays n'ont, en effet, aucun rapport avec celles qui existent en France, notamment compte tenu de la notion d'impropriété à la destination qui est le critère clé, dans notre code civil, pour définir le champ d'application de la responsabilité décennale.

Avant d'entrer dans le vif du sujet et en l'absence de jurisprudence, voici quelques références bibliographiques :

- Rapport de la mission « Droit du numérique & bâtiment », groupe de travail constitué par X. Pican, janvier 2016
- « Comment adapter les contrats de construction au BIM », F. Gillion, Le Moniteur, juin 2014
- « Travailler en mode BIM: quels risques juridiques ? », Cabinet Seban, Le Moniteur, octobre 2016
- « BIM, quels impacts juridiques ? » par L. Bernat, Revue qualité construction, mai 2017

Le premier rapport présente un caractère relativement officiel puisqu'il a été rédigé à la demande du Plan de transition énergétique et du Conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique. Il comporte quelques articles consacrés à l'assurance.

Pour ma part, je vous propose de formuler ici et de « questionner » 6 affirmations :

- S'agissant de l'impact du BIM sur la responsabilité des constructeurs ;
 - Le BIM conduit à une meilleure maîtrise des risques ;
 - Il suscite des interrogations en matière de traçabilité ;
 - Il peut être lié au risque d'un sinistre décennal.
- Au sujet de l'impact du BIM sur l'assurance des constructeurs ;
 - Il s'agit davantage d'un outil que d'une activité nouvelle ;
 - La mission de BIM management relève potentiellement de l'assurance obligatoire ;
 - De nouveaux risques apparaissent et des solutions existent en matière de cyberassurance en ce qui concerne la sécurité et la confidentialité des données.

BIM et maquette numérique

Le BIM est un processus collaboratif dans lequel chaque acteur de la construction crée, renseigne et utilise une maquette numérique, représentation tridimensionnelle des caractéristiques fonctionnelles et/ou physiques de l'ouvrage.

Cette maquette numérique a vocation à couvrir tout le cycle de vie de l'ouvrage, depuis sa programmation, sa conception et sa réalisation jusqu'à sa phase d'exploitation et de maintenance (définition du Plan de Transition Numérique).

Impact du BIM sur la responsabilité des constructeurs

1 - Le BIM conduit à une meilleure maîtrise des risques

L'amélioration de la qualité et une meilleure maîtrise des risques constituent l'un des objectifs principaux du BIM. Les acteurs de la construction citent en effet la réduction des erreurs et des oublis parmi les principaux avantages attendus du BIM. Les professionnels du secteur de l'assurance, de leur côté, savent que nombre de sinistres sont dus à des problèmes d'interface, à des défauts dans la cohérence ou la coordination d'un travail qui suppose très systématiquement une collaboration entre différents acteurs.

Signalons à cet égard un arrêt fort intéressant rendu récemment par la Cour de cassation. Un maître d'ouvrage avait fait construire un hall dans un parc des expositions et pour cela fait appel à un architecte et un bureau d'études. Deux ans après la réception, une insuffisance de résistance du dallage est constatée, les charges dynamiques résultant de la circulation d'engins à l'intérieur du hall pour permettre son exploitation n'ayant pas été correctement anticipées et prises en compte.

L'architecte et le bureau d'études prétendaient en premier lieu ne pas avoir été informés par le maître d'ouvrage de l'exploitation qu'il entendait faire du bâtiment. La Cour de cassation leur répond, ce qui ne constitue pas une surprise, qu'il leur appartenait de se préoccuper du mode d'exploitation futur de l'ouvrage situé dans un parc des expositions. N'ayant pas formulé les préconisations et remarques nécessaires, ils avaient donc négligé leur obligation de conseil. En second lieu, et c'est l'aspect le plus intéressant de l'arrêt, chacun des deux concepteurs soutenait que le dommage était dû exclusivement à la faute de l'autre, ce qui donne l'occasion à la Cour de cassation d'affirmer que l'architecte a commis une faute en n'informant pas le bureau d'études de l'utilisation concrète du bâtiment et que, réciproquement, le bureau d'étude était fautif pour ne pas avoir attiré l'attention de l'architecte sur le problème des charges roulantes. Comme dans la fable de La Fontaine, la Cour de cassation a mis les plaideurs d'accord en croquant l'un et l'autre ! Et pour ce faire, elle consacre un « devoir de collaboration » entre les concepteurs « dans l'intérêt même de l'opération à réaliser pour le maître de l'ouvrage » (3^{ème} chambre civile, n°15-16981).

Cet arrêt illustre l'importance de la notion de collaboration en termes de responsabilité civile. Le BIM, démarche collaborative qui consiste à échanger des informations sur toute la durée du cycle de vie de l'ouvrage, y compris en tenant compte de sa future utilisation, s'inscrit donc clairement à cet égard dans une perspective de meilleure maîtrise des risques.

2 - Le BIM suscite des interrogations en matière de traçabilité

Le BIM, démarche conduisant à la mise en commun de différentes contributions au sein d'une maquette unique, ne se traduira-t-il pas par une dilution des responsabilités, une impossibilité de déterminer qui est l'auteur d'une éventuelle erreur ? Une inquiétude existe en la matière. Selon le rapport X. Pican précité, « la principale inquiétude du groupe de travail a été celle de la répartition de la responsabilité entre les contributeurs de la maquette ».

Pourtant, à bien y réfléchir, il semble possible de relativiser cette crainte. Pourquoi ne serait-il pas possible d'organiser numériquement une traçabilité des différentes contributions ? Le domaine de l'informatique, qui a donné naissance au « big data », n'est-il pas en mesure de gérer la multiplicité des contributions à la maquette numérique ? D'autant plus qu'il serait erroné d'imaginer aujourd'hui que tous les acteurs sont en mesure d'échanger sur une même plateforme et dans le cadre d'une maquette unique. Ce degré de maturité du BIM (niveau 3) n'est pas encore opérationnel, ni même, si l'on en croit une publication du Plan de transition numérique de juillet 2016, « dans une perspective d'actualité à court terme ». En l'état, au mieux, chaque acteur travaille sur sa propre maquette en fonction des outils métiers actuellement disponibles, l'échange s'effectuant grâce à une interopérabilité des différents logiciels (BIM niveau 2).

A notre avis, en termes de traçabilité, le BIM représente donc plus une opportunité qu'une menace.

Une autre question, liée à la précédente, est de savoir si, dans le cadre de la gestion des sinistres, les experts et assureurs pourront avoir accès au BIM et aux données stockées dans la maquette numérique.

3 - Une relation possible entre BIM et risque décennal

La responsabilité décennale des constructeurs est caractérisée par une certaine gravité de dommages avec la notion d'atteinte à la solidité ou d'impropriété à la destination de l'ouvrage (articles 1792 et 1792-2 du code civil).

La Cour de cassation donne une interprétation que l'on pourrait qualifier de « finaliste » de ce principe : au regard de la finalité de l'ouvrage, si le sinistre est suffisamment grave pour rendre l'ouvrage impropre à sa destination dans son ensemble, alors la garantie décennale est mobilisable, quelle que soit l'erreur commise (erreur de conception, d'exécution ou, pourquoi pas, dysfonctionnement informatique).

Autrement dit, peu importe l'origine du sinistre. Si une erreur de calcul due à un bug dans un logiciel conduit à un dommage de nature décennale, rien n'interdit d'imaginer que la garantie décennale puisse entrer en jeu.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 juin 2017 (voir page 4) illustre bien le rôle en quelque sorte hégémonique que la Cour de cassation entend faire jouer au seul critère de la gravité du dommage. En l'état du droit, il me semble donc impossible de déconnecter le risque décennal de l'utilisation de l'informatique. Si une erreur est commise dans la démarche BIM et se traduit par un sinistre qui rend l'ouvrage impropre à sa destination, la responsabilité décennale pourra à mon avis être engagée. Nous allons retrouver cette question en termes d'assurance.

Impact du BIM sur l'assurance des constructeurs

1 - Un outil plus qu'une activité nouvelle

Tout assuré a des obligations de déclaration à l'égard de son assureur et la notion de secteur d'activité déclaré est très importante, notamment dans le domaine de l'ingénierie. Ainsi un BET qui déclare une activité « fluides » alors qu'il exerce des missions qui sortent de ce cadre s'expose à une possible non-garantie. D'où la question naturelle de savoir si l'utilisation du BIM doit faire l'objet d'une déclaration spécifique.

A notre sens, la réponse est clairement négative : il n'est pas nécessaire de déclarer à son assureur l'utilisation du BIM dans le cadre d'une activité assurée, car il ne s'agit pas d'une nouvelle activité, mais d'une

méthode pour exercer l'activité initialement garantie. Autrement dit le BIM peut être vu comme un outil.

Certes, le site du Plan de transition numérique précise que le BIM, plus qu'un outil, doit être vu comme « l'ensemble des processus collaboratifs qui alimentent la maquette numérique tout au long du cycle de vie des ouvrages », mais le BIM n'en reste pas moins, nous semble-t-il, un outil dans le sens où il constitue un moyen pour exercer une activité et non une activité à part entière.

2 - L'assurance de la mission de BIM management

Comme nous l'avons dit précédemment, il ne semble pas possible d'exclure totalement le risque qu'un sinistre de nature décennale soit, au moins pour partie, lié à l'utilisation du BIM, imputable à une erreur commise à cette occasion. Néanmoins, cela ne veut pas dire que la mission de BIM manager relève de la responsabilité décennale et est de plein droit soumise à assurance obligatoire. Tout dépend, à cet égard, de l'étendue de la mission confiée au BIM manager, c'est à dire de la rédaction des contrats qui définissent son rôle exact et les limites de son intervention.

Il arrive – et c'est le cas dans la majorité des exemples de clauses que nous avons pu consulter – que les dispositions contractuelles écartent toute décision technique à la charge du BIM manager. Tous les aspects techniques relèvent de la seule compétence des intervenants, entreprises et maîtres d'œuvre, le rôle du BIM manager restant clairement limité à ses compétences informatiques pour la conception et la gestion de la maquette sous la responsabilité des constructeurs. Le BIM manager ne semble pas alors pouvoir être recherché en responsabilité décennale.

Néanmoins, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, par exemple, certains contrats prévoient-ils que le BIM manager est chargé des missions suivantes :

- analyser les interférences identifiées par le logiciel ;
- détecter toute autre interférence de présynthèse et en informer les intervenants ;
- proposer avec l'assistance de l'architecte et du maître d'œuvre des solutions pour les interférences identifiées.

Le risque du BIM manager s'assimile dans ce cas à celui d'un professionnel chargé des plans de synthèse et il est alors prudent, même si le risque est marginal, de mettre en place une garantie décennale soumise à obligation d'assurance.

3 - La cyberassurance

Nous ne ferons ici que signaler les nouveaux risques d'atteinte à la sécurité ou à la confidentialité des données qui apparaissent évidemment avec l'utilisation du BIM.

Des solutions existent en matière de cyberassurance. Les contrats délivrés par le marché couvrent les dommages subis ou causés à la suite d'une atteinte au système informatique, qu'il s'agisse de données appartenant à l'assuré ou à des tiers. Il est donc souhaitable de mettre en place des garanties adaptées, notamment au titre des responsabilités susceptibles d'être engagées.

Le marché de l'assurance des cyber risques est en pleine expansion même s'il reste aujourd'hui encore très limité. Selon la fédération française de l'assurance (FFA), en 2016, le total des primes collectées a représenté 3,5 milliards de dollars, dont 3 milliards de dollars aux seuls Etats Unis.

En France, au delà des risques propres aux grandes sociétés, les assureurs se tournent actuellement vers les PME et les TPE.

Conclusion

J'ai fréquemment l'occasion d'échanger au sujet du BIM avec des acteurs de l'assurance construction. Le sentiment que je retire de ces échanges est très positif : la grande majorité des assureurs estiment que le processus BIM est porteur d'espoir et sont convaincus qu'il permettra de mieux maîtriser les risques à l'avenir. Le secteur de l'assurance construction semble donc disposé à accompagner et à favoriser la démarche conduisant à une utilisation plus systématique du BIM.

Jean Roussel

Actualités de l'assurance construction

Elite

Elite insurance company a annoncé, le 5 juillet dernier, se mettre en « run-off » (voir le site : elite-insurance.co.uk).

Les lecteurs de cette lettre ayant peut-être des interlocuteurs, cotraitants ou sous-traitants, assurés auprès de cette compagnie, essayons de préciser cette information.

Le terme anglais « run-off » est en effet utilisé dans le domaine de l'assurance pour viser la situation d'un assureur qui cesse ses activités et dont la mission se limite à la gestion des engagements déjà pris.

La compagnie d'assurance Elite, basée à Gibraltar, qui a délivré de nombreux contrats d'assurance construction en France, avec un portefeuille estimé à 10 000 polices, notamment pour couvrir la responsabilité décennale de bureaux d'études, d'architectes, d'entreprises et d'artisans, a décidé de ne plus effectuer aucune souscription, même sous la forme d'un simple renouvellement. Les contrats en cours comportant une tacite reconduction seront donc résiliés à leur échéance.

Quelles peuvent en être les conséquences ?

Deux hypothèses très différentes sont à distinguer selon la situation financière et la solvabilité de l'assureur, la question étant évidemment de savoir si la compagnie dispose des fonds nécessaires pour faire face aux engagements déjà pris, en particulier pour couvrir les sinistres en cours et ceux qui se manifesteront durant la période de garantie, c'est à dire, rappelons-le, pendant plus de dix ans à compter de la réception des travaux.

Dans l'affirmative, les inconvénients d'une mise en run-off peuvent se limiter, pour les assurés, à la recherche d'un nouvel assureur. Mais dans la négative, la seule issue est la liquidation.

Rappelons que le Fonds de garantie n'interviendra pas et que la situation serait donc très grave pour les assurés et les tiers victimes.

Selon la version officielle présentée sur le site de la compagnie, les dirigeants sont confiants dans la possibilité pour la compagnie d'assumer ses obligations.

Il faut le souhaiter, même si cette simple affirmation n'est pas totalement convaincante. Ce sont ces mêmes dirigeants qui soulignaient dans un rapport sur l'activité de la compagnie en 2016 la profitabilité de la société et la solidité de sa structure financière, en raison en particulier de ses bons résultats techniques. Mais, c'est un rapport officiel daté du 4 août 2017, donc rédigé postérieurement à la mise en run-off, qui fait au contraire apparaître un peu plus de 15 millions de livres (17 millions €) de pertes dans les souscriptions du dernier exercice, dont presque 13 (14,6 millions €) pour le seul marché français.

Une petite précision contenue dans ce rapport (p.9) attirera particulièrement l'attention de ceux qui connaissent les spécificités de l'assurance construction et le principe de la capitalisation mis en place depuis fort longtemps (loi du 28 juin 1982), précision selon laquelle « les provisions pour sinistres au titre des souscriptions décennales en France ont dû être révisées pour tenir compte d'une nouvelle approche actuarielle » (sic) !

Maryse Clairet

Revirement de jurisprudence sur les responsabilités et les assurances applicables aux travaux sur existants

« [...] les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination [...] »

Cass. 3^{ème} Civ. 15 juin 2017 n°16-19640, RDI 2017 p. 413

Les désordres affectant les éléments d'équipement d'un ouvrage relèvent soit de la responsabilité décennale - s'ils portent atteinte à la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination - soit de la garantie de bon fonctionnement - pour les seuls éléments d'équipement dissociables ayant vocation à fonctionner.

Selon une jurisprudence récurrente, ces principes sont applicables aux travaux sur existants, à partir du moment où lesdits travaux - par leur ampleur ou leur caractère structurel - sont constitutifs en eux mêmes de la construction d'un ouvrage.

En revanche, la simple adjonction d'un élément d'équipement dissociable sur un ouvrage existant relevait jusqu'alors de la responsabilité contractuelle de droit commun ; et donc d'une assurance facultative.

Cet arrêt, confirmé depuis, opère donc un revirement en ce que les travaux d'installation d'un élément d'équipement dissociable (en l'occurrence une pompe à chaleur installée sans modification structurelle de l'immeuble) sur un ouvrage existant suffisent pour engager la responsabilité décennale dès lors que le désordre affectant ces travaux rend l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination.

Au-delà du débat théorique sur le fondement juridique des responsabilités, c'est le domaine de l'assurance obligatoire que doit souscrire tout professionnel qui s'en trouve singulièrement élargi !

Guillaume Borsalino

Réforme du droit des obligations

Cette réforme, annoncée de longue date, a été concrétisée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016* portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Elle a notamment pour objectif de clarifier le droit et d'améliorer son attractivité pour les acteurs économiques. Ainsi, certaines règles consacrées par la jurisprudence sont désormais inscrites dans la loi.

En outre, le texte procède à une renumérotation de plusieurs dizaines d'articles du code civil : le très fameux article 1382 définissant la responsabilité délictuelle devient ainsi l'article 1240, tandis que le non moins célèbre article 1147 relatif à la responsabilité contractuelle devient l'article 1231-1.

Pour ce qui concerne le domaine de la construction, le nouveau texte ne devrait pas entraîner de bouleversement majeur - car de nombreux contrats du secteur sont régis par des règles spéciales qui dérogent aux règles générales du code civil - mais certaines dispositions auront une influence non négligeable sur la négociation et l'exécution des contrats ou la mise en œuvre de la responsabilité.

On peut citer par exemple le nouvel article 1195 du code civil qui introduit l'action en imprévision ; c'est-à-dire un droit à « renégociation du contrat » lorsqu'un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du contrat, rend son exécution excessivement onéreuse pour un cocontractant qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

**L'ordonnance est entrée en vigueur le 10 octobre 2016. A l'heure où nous écrivons ces lignes, le projet de loi de ratification, présenté par l'ancien gouvernement, est en cours d'examen par le Sénat.*

Guillaume Borsalino

BALISES est une publication du Groupe CEA - Centre d'Études d'Assurances

Directeur de la publication : Jean Roussel - Comité de rédaction : Guillaume Borsalino, Peter Chainey, Maryse Clairet, François-Xavier Dussaux, Michel Olivé
11 Rue de Rochechouart, 75009 Paris - Tél. : + 33(0)1 49 95 06 10 - info@cea-assurances.fr - www.groupe-cea.fr



CEAM
Marseille
Tél. : +33 4 91 05 99 66

CEAT
Toulouse
Tél. : +33 5 61 00 34 00

CEA APITEC
Lannion
Tél. : +33 2 96 46 20 20

CEA BELGIUM
Bruxelles
Tél. : +32 2 761 94 00

CEA ANTILLES
Pointe-à-Pitre
Tél. : +33 5 90 90 76 05

CEA RÉUNION
Saint-Denis
Tél. : +33 262 30 10 97

CEA NOUMÉA
Nouméa
Tél. : +687 24 68 68

CEA TAHITI
Papeete
Tél. : +689 40 54 34 00