

**Revue de droit immobilier 2012 p. 109****Un trouble dans le principe de la subrogation *in futurum* de l'assureur dommages-ouvrage ?****Cour de cassation, 3<sup>e</sup> civ., 21 sept. 2011, S<sup>té</sup> Aviva assurances c/ S<sup>té</sup> A+ A architectes e. a., n° 10-20.543****Laurent Karila, Avocat, chargé d'enseignement à Paris I-Panthéon Sorbonne**

*Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que le délai de dix ans courant à compter de la réception des travaux avait été interrompu par l'assignation en référé expertise délivrée par le syndicat le 8 avril 1993 que le nouveau délai de dix ans, qui avait couru à partir de l'ordonnance du 4 mai 1993 désignant l'expert, avait expiré le 4 mai 2003, qu'aucun acte interruptif de prescription n'était intervenu dans ce délai à la diligence du syndicat, que l'effet interruptif de son assignation au fond avait été anéanti par son désistement d'instance du 14 juin 2004 constaté par le jugement du 9 janvier 2007, et ayant justement retenu que les ordonnances de référé des 9 décembre 1993 et du 15 janvier 2002 n'avaient pas fait courir au profit du syndicat, duquel l'assureur dommages-ouvrage tient ses droits, de nouveaux délais de dix ans puisque les assignations de novembre 1993 et de décembre 2001 avaient été délivrées par la seule société Aviva qui n'était alors pas subrogée dans les droits du syndicat, la cour d'appel en a exactement déduit que l'assignation délivrée en novembre 2004 par la société Aviva, venant aux droits du syndicat, était intervenue plus de dix ans après le 4 mai 1993 et que la prescription était acquise au bénéfice des sociétés Eiffage et A + A Architectes ;*

*Attendu, d'autre part, que la société Aviva n'ayant pas fait valoir dans ses conclusions, au soutien de la recevabilité de son action, qu'elle était au moins subrogée dans une partie des droits de son assuré dès le 12 janvier 2000, date du versement d'une provision à valoir sur l'indemnité définitive, de telle sorte qu'elle pouvait bénéficier en cette qualité des assignations délivrées en son nom propre, le moyen est dépourvu de portée ;*

**Observations**

Pour préserver son action subrogatoire à l'encontre des locateurs d'ouvrage, l'assureur dommages-ouvrage n'est jamais trop prudent. C'est la leçon qui doit être tirée de la lecture d'un arrêt du 21 septembre 2011 de la troisième chambre civile, destiné à la publication, et qui donne l'occasion de revenir dans ces colonnes sur deux notions distinctes que sont l'effet interruptif *erga omnes* de prescription et la subrogation *in futurum*.

Mais avant tout, les faits. Voici qu'à la suite de désordres survenus après une réception prononcée le 27 septembre 1991 sans réserve quant aux désordres considérés :

- un syndicat des copropriétaires fait désigner un expert judiciaire au contradictoire de son promoteur-vendeur en VEFA et de l'assureur dommages-ouvrage, par ordonnance de référé du 4 mai 1993 ;
- ledit assureur (Aviva) sollicite et obtient deux ordonnances communes au contradictoire de divers locateurs d'ouvrage, sous-traitants et assureurs, l'une du 9 décembre 1993, prononcée dans le délai d'épreuve, l'autre du 15 janvier 2002, rendue dans le nouveau délai décennal courant à compter de l'ordonnance de référé initiale du 4 mai 1993 et expirant le 4 mai 2003 ;
- dans ce nouveau délai, et précisément le 1<sup>er</sup> juillet 2002, le syndicat assigne au fond les locateurs d'ouvrage, sous-traitants et assureurs, comme son assureur dommages-ouvrage, mais se désiste de cette action le 14 juin 2004, à la suite du paiement le 5 avril 2004 par la compagnie Aviva de l'indemnité d'assurance réglée sur la base du rapport d'expertise judiciaire déposé le 25 avril 2003 ;

- ce n'est qu'en novembre 2004, que la compagnie Aviva introduit sa propre action subrogatoire au fond à l'encontre de locataires d'ouvrage, sous-traitants et assureurs.

Le 10 mai 2010, la cour d'appel de Versailles dit l'assureur dommages-ouvrage irrecevable en son action subrogatoire et le 21 septembre 2011, la Cour de cassation confirme cette irrecevabilité au double motif :

- que l'effet interruptif de prescription de l'action en justice saisie au fond le 1<sup>er</sup> juillet 2002 du syndicat des copropriétaires était non avenue au jour de l'assignation au fond de la compagnie Aviva en novembre 2004, du fait du désistement du syndicat en date du 14 juin 2004, en application implicite mais nécessaire de l'article 2247 ancien du code civil ou de l'article 2243 nouveau qui énoncent que l'assignation est nulle si le demandeur se désiste de sa demande d'une part ;

- que les ordonnances communes des 9 décembre 1993 et 15 janvier 2002 obtenues à la demande de la compagnie Aviva n'avaient pas eu d'effet interruptif de prescription « au profit du syndicat, duquel l'assureur dommages-ouvrage tient ses droits », puisque les assignations en référé « de novembre 1993 et de décembre 2001 avaient été délivrées par la seule société Aviva qui n'était alors pas subrogée dans les droits du syndicat » d'autre part, alors que ladite compagnie demanderesse au pourvoi soutenait que « toute décision judiciaire apportant une modification quelconque à une mission d'expertise ordonnée par une précédente décision a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard de celles appelées uniquement à la procédure initiale, et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre en litige, et ce même si elle n'émane pas du demandeur de la procédure ayant abouti à l'ordonnance initiale ; ».

Dès lors qu'en introduisant son action subrogatoire au fond en novembre 2004, l'assureur dommages-ouvrage ne pouvait plus profiter de l'effet interruptif de prescription de l'action au fond introduite par le syndicat le 1<sup>er</sup> juillet 2002, du fait du désistement d'instance opéré par ce dernier le 14 juin 2004, il fallait audit assureur Aviva tenter de profiter d'une autre interruption de prescription qui lui permettrait de prétendre avoir, en novembre 2004, exercé son action avant l'expiration d'un nouveau délai décennal qui aurait couru à compter de ladite interruption.

En l'espèce, seule l'ordonnance commune du 15 janvier 2002 dont la compagnie Aviva était à l'origine, était de nature à lui profiter puisque le délai décennal courant à compter de cette date n'expirait pas avant son action au fond en novembre 2004 (mais postérieurement, le 15 janvier 2012), ce qui n'était pas le cas du délai décennal courant soit à compter de l'ordonnance originelle du 4 mai 1993, soit de la première ordonnance commune du 9 décembre 1993, qui expirait respectivement le 4 mai 2003 et le 9 décembre 2003.

Ce malencontreux désistement d'instance conduisait donc la compagnie Aviva à soutenir que bien que non encore subrogée dans les droits de son assuré, l'ordonnance du 15 janvier 2002 aurait interrompu la forclusion décennale à l'égard des locataires d'ouvrage, sous-traitants et assureurs parties à ladite ordonnance du 15 janvier 2002 d'une part, mais également à l'égard de ceux visés à l'assignation ayant abouti à l'ordonnance commune du 9 décembre 1993 d'autre part, comme à l'égard enfin du vendeur et du syndicat lui-même, parties à l'ordonnance du 4 mai 1993 ; et ce par le biais de l'effet *erga omnes* de prescription par lequel une ordonnance commune interrompt la prescription à l'égard de parties aux ordonnances antérieures, au dernier (ou premier en importance) rang desquels se situait le syndicat titulaire de l'action en responsabilité civile décennale qui pouvait alors par ricochet lui-même profiter de l'interruption opérée par l'ordonnance du 15 janvier 2002 et en faire profiter son subrogé *in futurum*.

Il fallait en passer par une aussi habile argumentation puisque, pour assouplie que fut la jurisprudence de la troisième chambre civile, elle n'avait à ce jour pas encore admis que la subrogation *in futurum* puisse s'opérer par l'effet d'une ordonnance de référé intervenue postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve (comme en l'espèce pour l'ordonnance du 15 janvier 2002 rendue postérieurement au 27 septembre 2001), les arrêts rendus à ce jour ayant été rendus alors que l'assureur dommages-ouvrage avait introduit son assignation en ordonnance commune antérieurement à l'expiration dudit délai d'épreuve.

On rappellera en effet que par un arrêt publié du 4 juin 2009 <sup>[1]</sup> (réitéré le 8 septembre 2009 <sup>[2]</sup>), ladite chambre <sup>[3]</sup> a énoncé que « dès lors que l'assignation en référé des constructeurs, par l'assureur dommages-ouvrage, avant le paiement par celui-ci de l'indemnité d'assurance, avait été délivrée avant l'expiration du délai de garantie décennale, et que l'assignation au fond, suivie d'un paiement en cours d'instance, avait été signifiée moins de dix ans après l'ordonnance de référé, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action de l'assureur dommages-ouvrage, subrogé dans les droits du maître d'ouvrage avant que le juge statue au fond, était recevable », et par là consacrait l'effet interruptif de prescription (*in futurum* <sup>[4]</sup>) de l'action en référé expertise de l'assureur dommages-ouvrage à l'encontre des locataires d'ouvrage introduite avant l'expiration du délai d'épreuve sans avoir pour autant indemnisé son assuré, à la condition (comme rappelé ci-dessus) que ledit assureur assigne au fond avant le nouveau délai décennal et indemnise son assuré avant que le juge ne statue.

L'arrêt précité du 8 septembre 2009 apportait une précision importante puisqu'il énonçait « qu'une assignation en référé qui tend à rendre commune une expertise ordonnée par une précédente décision constitue une citation en justice interrompant la prescription au profit de celui qui l'a diligentée, et qu'est recevable l'action engagée par l'assureur avant l'expiration du délai de forclusion décennale, bien qu'il n'ait pas eu au moment de la délivrance de son assignation la qualité de subrogé dans les droits de son assuré, dès lors qu'il a payé l'indemnité due à ce dernier avant que le juge du fond n'ait statué, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

En sorte qu'on pouvait tirer comme enseignement de ces deux arrêts que l'assureur dommages-ouvrage qui était assigné en référé expertise par son assuré avant l'expiration du délai d'épreuve pouvait interrompre la forclusion à l'égard des locataires d'ouvrage en les assignant en ordonnance commune, dès lors que cette assignation intervenait avant l'expiration du délai d'épreuve d'une part, qu'il assigne au fond lesdits locataires d'ouvrage sur la base du rapport d'expertise dans le nouveau délai décennal courant à compter de l'ordonnance commune d'autre part, et qu'il paie l'indemnité d'assurance à son assuré avant, enfin, que ne statue le juge saisi au fond.

Si la Cour de cassation a conclu à l'irrecevabilité de l'action au fond de la compagnie Aviva, elle ne le fit pas en retenant que ladite action introduite en novembre 2004 l'avait été postérieurement à l'expiration du délai décennal courant à compter du 9 décembre 1993, date de l'ordonnance commune dont elle avait pris l'initiative <sup>[5]</sup> d'une part, et que l'ordonnance commune du 15 janvier 2002 ne pouvait pas avoir d'effet interruptif dès lors qu'elle était intervenue postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve d'autre part ; et d'aucuns le regrette puisqu'elle ne serait alors aucunement départie du raisonnement qui présidait à ses précédentes décisions.

Si la Cour avait accordé un effet interruptif *erga omnes* et *in futurum* à l'ordonnance commune du 15 janvier 2002, elle aurait dû se pencher - ce que l'arrêt n'a pas été amené à faire - sur le fait de savoir si une assignation en ordonnance commune introduite postérieurement au délai d'épreuve pouvait tout de même être interruptive de prescription - puisqu'on rappellera que celui-ci avait expiré le 27 septembre 2001 - , au motif que l'ordonnance de référé initiale avait ouvert un nouveau délai décennal.

Cela n'aurait été que naturel selon nous puisque si une subrogation *in futurum* s'opère au bénéfice de l'assureur, c'est bien qu'il tient ses droits de son assuré, par l'effet de l'interruption de la prescription dont il a été à l'origine du fait de l'ordonnance de référé initiale ouvrant un nouveau délai décennal dans lequel il est libre d'agir certes au fond mais également en ordonnance commune - et ce même postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve - et par l'effet attendu de son paiement de l'indemnité qui interviendra durant l'instance au fond avant que le juge statue.

En réponse directe au moyen du pourvoi, la Cour de cassation aurait également pu écarter tout effet interruptif *erga omnes* de l'ordonnance du 15 janvier 2002 en application de sa position de principe plusieurs fois réitérée (contrairement à la deuxième chambre civile <sup>[6]</sup>) selon laquelle l'assignation n'a d'effet interruptif de prescription qu'à l'égard de la personne assignée que l'on veut empêcher de prescrire <sup>[7]</sup>; principe de refus de l'effet interruptif *erga omnes* qu'elle a énoncé (après une

hésitation en 2009 (8) par trois arrêts remarquables de 2009 à 2011 (9), sur lequel elle était manifestement insusceptible de revenir.

Tout en aboutissant à la même solution d'irrecevabilité, la troisième chambre civile aurait pu, encore, profiter de cette décision pour considérer - comme le premier moyen du pourvoi l'y invitait - que l'effet interruptif *erga omnes* n'était possible que pour autant que la seconde assignation émane du demandeur de la procédure ayant abouti à l'ordonnance initiale, pour conclure qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce à admettre un quelconque effet interruptif aux ordonnances des 9 décembre 1993 et 15 janvier 2002 dès lors qu'elles n'avaient pas été rendues à l'initiative du Syndicat, premier demandeur à l'ordonnance du 4 mai 1993.

Elle ne prit pas plus cette liberté alors pourtant (selon nous) que la suppression, à l'article 2241 nouveau du code civil, de toute référence à la limitation de l'effet interruptif de prescription à la personne qu'on veut empêcher de prescrire, aurait pu, si ce n'est l'inviter à adhérer pleinement à la position de la deuxième chambre civile, à tout le moins à limiter l'effet interruptif *erga omnes* à la condition que la ou les citations en justice aux fins d'ordonnances communes émane(nt) de la même personne que celle à l'origine de la première ordonnance, puisque s'il est vrai que l'article 2241 nouveau du code civil ne limite pas le bénéfice de l'effet interruptif de prescription à la seule personne du demandeur, une telle limitation nous paraît aller de soi au regard en particulier de ce que l'interruption est non avenue en cas de désistement du demandeur ou du rejet de sa demande. On observera d'ailleurs que les première et deuxième chambres admettent l'effet *erga omnes* alors même que l'ordonnance commune est rendue à l'initiative d'un demandeur différent du demandeur initial qui avait obtenu la désignation de l'expert judiciaire (10).

L'arrêt du 21 septembre a été plus sobre puisqu'il a tout simplement écarté la prétention d'un effet interruptif de prescription des ordonnances du 9 décembre 2003 et 15 janvier 2002, les mettant d'ailleurs curieusement sur le même plan sans les distinguer, ce qui nous fait craindre que la troisième chambre civile ne s'éloigne de son admission d'une subrogation *in futurum* (dont elle ne dit certes jamais le nom), puisqu'elle aurait en effet pu, au regard à tout le moins de l'ordonnance du 9 décembre 1993, considérer qu'il avait fait courir un délai décennal dans lequel l'assureur devait introduire son action au fond, comme la même chambre l'avait fait à l'occasion de son arrêt du 8 septembre 2009 (cité au n° 2).

Certes, ce raisonnement l'aurait également conduit à confirmer l'irrecevabilité de l'action de la compagnie Aviva mais il aurait été cohérent avec celui qui présidait aux arrêts précités.

Le malheur aurait été cependant selon nous plus grand que la Haute juridiction confirme l'irrecevabilité au motif du défaut d'effet interruptif *erga omnes* de prescription puisqu'une telle décision aurait pu aboutir à la conclusion paradoxale que l'assureur dommages-ouvrage se trouverait dans une situation plus confortable lorsque son assuré se borne à l'assigner seul (ou encore aux côtés du vendeur de l'ouvrage) plutôt que de l'assigner aux côtés de certains locataires d'ouvrage et assureurs puisque dans la première situation, l'assignation en ordonnance commune de l'assureur sera interruptive de prescription à l'encontre des locataires d'ouvrage et dans la seconde, elle ne le sera pas ; sauf à voir l'assureur dommages-ouvrage averti assigner aux fins d'ordonnance communes toutes les parties, même celles déjà parties aux précédentes ordonnances de référé.

Quoi qu'il en soit, il y a là pour les praticiens en défense de l'assureur dommages-ouvrage une ferme invitation à veiller à introduire au plus vite et avant l'expiration du délai d'épreuve, une action au fond à l'encontre de tous les locataires d'ouvrage et assureurs mis en cause par voie d'ordonnances communes et en présence de l'assuré dudit assureur dommages-ouvrage ; instance qui aura l'avantage de produire son effet interruptif de forclusion jusqu'à l'extinction de l'instance, en application de l'article 2242 nouveau du code civil.

#### Mots clés :

**ASSURANCE** \* Assurance dommages-ouvrage \* Assureur \* Subrogation \* Subrogation in futurum \* Prescription

(1) Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juin 2009, n° 07-18.960 : Bull. civ. III, n° 129 ; D. 2009. 2573, chron. A.-C. Monge et F. Nési ; RDI 2009. 493, obs. L. Karila .

- (2) Civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2009, n° 08-17.012 : Bull. civ. III, n° 180.
- (3) En opposition avec la 2<sup>e</sup> civ. : v. Civ. 2<sup>e</sup>, 16 oct. 2008, n° 07-19.272 : RDI 2009. 127, obs. L. Karila .
- (4) Principe introduit, relativement à l'action au fond, par l'arrêt du 30 janvier 2008 : Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2008, n° 06-19.100.
- (5) Comme le fit la 3<sup>e</sup> chambre à l'occasion de l'arrêt du 8 septembre 2009 : Civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2009, n° 08-17.012 : Bull. civ. n°180.
- (6) V. not. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2011, n° 10-11.832 : D. 2011. 1483  ; *ibid.* 2150, chron. J.-M. Sommer, L. Leroy-Gissinger, H. Adida-Canac et O.-L. Bouvier .
- (7) S'inspirant ainsi de l'article 2244 ancien du code civil qui énonce : « une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ».
- (8) Civ. 3<sup>e</sup>, 24 févr. 2009, n° 08-12.746 : D. 2010. 1740, obs. H. Groutel .
- (9) Civ. 3<sup>e</sup>, 18 nov. 2009, n°s 08-13.642 et 09-13.673. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 2010, n° 09-11.070. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mars 2011, n° 10-30.295.
- (10) Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2004, n° 01-10.748. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 sept. 2009, n° 08-18.068 : D. 2010. 1740, obs. H. Groutel . Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2009, n° 08-19.840 : Bull. civ. II, n° 252 (implicite) ; D. 2009. 2685  ; *ibid.* 2010. 1740, obs. H. Groutel  ; RDI 2009. 656, obs. G. Leguay .

