

RDI

RDI 1997 p. 545

Les risques tenant à la nature du sol  (1)

Jean-Pierre Karila, Docteur en Droit. Avocat à la Cour de Paris. Professeur à l'Institut d'études économiques et juridiques appliquées à la Construction et à l'Habitation (ICH)

Le sol naturel n'est pas prédestiné à servir d'assise aux constructions immobilières de l'homme.

Le sol n'est, en tout état de cause, pas homogène par nature, tandis que les constructions immobilières ne sont pas elles aussi « homogénéisées ».

Toute construction immobilière implique donc son adéquation avec la nature du sol sur ou sous lequel elle sera réalisée.

Pour ce faire, le constructeur doit nécessairement avoir une connaissance du sol, lequel présente à l'évidence un risque qu'il faut apprécier dès l'élaboration du projet de construction, mais dont la maîtrise n'est pas pour autant certaine à ce stade, l'exécution des travaux ensuite notamment des excavations pouvant révéler une nature de sol et/ou la présence d'éléments le composant, que l'étude préalable du sol n'avait pu ou ne pouvait mettre en évidence.

Cette dernière observation renvoie à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « étude préalable du sol ».

S'agit-il d'une simple « reconnaissance » du sol, effectuée à partir de certains sondages en nombre plus ou moins limité mais où et comment ?

Cette « reconnaissance » doit-elle être limitée à l'emprise exacte de la construction projetée et de son environnement immédiat, ou porter également sur le sol des propriétés voisines ?

La question se pose, car la nature du sol des propriétés voisines n'est pas indubitablement identique à celle du sol sur ou sous lequel sera réalisée la construction neuve, dont les travaux, notamment lors des excavations, du fait de l'hétérogénéité des sols considérés, peuvent provoquer des dommages non seulement à celle-ci, mais encore aux constructions voisines, voire même à ces dernières seulement.

Le sol présente donc un risque en amont au moment de la conception du projet, puis en aval, lors de l'exécution des travaux ; mais les conséquences du défaut de sa maîtrise à l'un ou l'autre ou aux deux des deux stades ci-avant énoncés, peuvent se révéler postérieurement à l'achèvement des travaux et à la réception de l'ouvrage, en sorte que l'on peut également envisager le risque du sol postérieurement à la réception de l'ouvrage.

C'est dire en définitive que, s'il est convenu de faire état d'une façon générale du « risque du sol », il est clair qu'il existe plusieurs risques du sol ou encore, ce qui est une autre façon d'énoncer la même idée, que le risque du sol, ses contours, son contenu, ses débiteurs, seront déterminés en fonction notamment sinon essentiellement de l'époque de sa concrétisation dommageable.

Qui doit assumer la prévention de ces risques ?

Qui doit supporter les conséquences du ou des risques du sol non ou mal maîtrisés ?

1

Sans anticiper ici sur ce qui sera dit plus loin sur les responsabilités des différents intervenants à l'acte de construire, on relèvera que s'agissant des constructeurs, la loi comme la jurisprudence ne font pas référence à la notion de risque du sol, mais à celle du vice du sol, ce qui constitue une appellation erronée, car le sol n'est jamais, sauf cas exceptionnel, vicieux, le vice résidant en fait dans la conception même du projet de construction, pour n'avoir pas adapté celle-ci à la nature du sol, ou encore dans l'exécution des travaux, pour n'avoir pas adapté ceux-ci, après découverte d'éléments que l'étude préalable n'avait pas révélés, à la nature effective du sol.

On remarquera à cette occasion que les rédacteurs successifs de l'article 1792 du code civil ont - peut-être sans s'en rendre compte - perçu le caractère artificiel de la notion de vice du sol, celui-ci étant inclus dans celle de vice de construction.

L'ancien article 1792 édicté en effet « *si l'édifice construit à prix fait périclite en tout ou partie par le vice de construction, même par le vice du sol...* » : le vice du sol n'est donc qu'une « variante » du vice de construction.

Quant à l'article 1792 nouveau du code civil, s'il ne fait plus référence à la notion de vice de construction et s'attache essentiellement aux caractéristiques des dommages, quelles qu'en soient les causes et origines, il précise néanmoins en édictant la responsabilité de plein droit des constructeurs pour un certain type de dommages, que cette responsabilité s'appliquera aux dommages dont s'agit « *même résultant d'un vice du sol* », ce qui est une allusion indirecte à une variante du vice de construction lui-même.

Ces remarques liminaires étant faites, et pour pouvoir apprécier tant la charge du risque du sol que les moyens d'en prévenir les effets, notre exposé comportera trois parties, savoir :

I. - Rôle et obligations des intervenants à l'acte de construire aux fins de prévention des risques naturels du sol

II. - Le risque du sol en cours de travaux

III. - Le risque/vice du sol après la réception de l'ouvrage

Etant précisé que ne seront pas abordées ici les responsabilités encourues, notamment par les autorités publiques dans le cadre notamment de la délivrance des autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol, qui ont été traitées par M. Périnet-Marquet.

Rôle et obligations des intervenants à l'acte de construire aux fins de prévention des risques naturels du sol

Avant toute exécution des travaux, et donc dès le stade de la conception même de la construction envisagée, il importe de connaître la nature du sol qui lui servira d'assise.

La maîtrise du risque du sol implique donc une étude préalable de sa nature, ce qui nous amènera à nous poser deux séries de questions sur ce point, savoir :

1) Quel doit être le contenu de l'étude préalable du sol d'une part et son étendue, c'est-à-dire de sa localisation d'autre part ?

2) Qui doit se préoccuper de faire établir cette étude et qui doit en supporter le coût ?

Nous examinerons ces deux séries de questions dans l'ordre inverse de leur présentation.

Puis et ce sera la troisième « sous-partie » de cette première partie, nous étudierons les responsabilités encourues en cas de dommages liés à l'absence ou à l'insuffisance de l'étude préalable du sol.

Qui doit se préoccuper de faire établir l'étude préalable du sol et en supporter le coût ?

Il faut ici distinguer selon qu'on est en présence d'un marché privé ou d'un marché public.

2

Première hypothèse : Marchés privés - application des règles de droit privé

Il n'existe aucune obligation légale ou réglementaire imposant à l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire, que ce soit le maître de l'ouvrage ou les différents constructeurs liés à celui-ci, de recourir à une étude préalable du sol.

Mais on observera que les contrats types mis au point par certains organismes professionnels, prévoient en général que le maître d'ouvrage devra fournir l'étude préalable du sol, dont il aura bien évidemment à supporter le coût.

Il en est ainsi notamment du contrat type élaboré par le Conseil national de l'Ordre des architectes, qui stipule en son article 1.2.3. que « le maître d'ouvrage, sous sa responsabilité, communique à l'architecte les renseignements techniques... tels que les éléments nécessaires à la connaissance du sous-sol ».

La Chambre syndicale des sociétés d'études et de conseil (SYNTEC), dans son cahier des clauses générales d'intervention, prévoit que la société d'études peut être ou non chargée de missions de reconnaissance et d'étude du sol, et que dans la négative, les éléments nécessaires devront être fournis par le client.

Dans le même esprit, une partie de la doctrine estime qu'il appartient au maître d'ouvrage d'informer les constructeurs des caractéristiques du terrain sur lequel il envisage de faire réaliser une construction.

Deuxième hypothèse : Marchés publics - droit public

Jusqu'au décret du 28 février 1973 et à l'arrêté du 29 juin 1973, portant réforme de la rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé, il n'existait - sauf les recommandations figurant dans une circulaire n° 60 du 17 août 1962 et dont les termes avaient été repris dans le commentaire de l'article 32 du fascicule 1 du cahier des prescriptions communes travaux publics, remplacé par le CCAG Travaux de janvier 1976, lequel est muet sur la question - aucun texte légal ou réglementaire imposant une étude préalable à la charge de l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire.

En particulier l'arrêté précité du 29 juin 1973, précise les rôles respectifs du maître de l'ouvrage en matière d'étude de sol.

Il appartient au maître d'oeuvre, dès l'avant-projet sommaire (APS), de définir « *le programme éventuel des reconnaissances nécessaires à cette phase (en particulier en matière de sondages et d'études de sol) et d'apprécier le résultat de ces reconnaissances* ».

Au stade de l'avant-projet détaillé (APD), le concepteur doit interpréter « *les données recueillies* » et « *apprécier le résultat des reconnaissances complémentaires* » qu'il a pu préconiser dans son dossier d'avant-projet sommaire.

Plus précisément, l'avant-projet détaillé comprend notamment « un mémoire comportant un chapitre consacré à l'indication de l'ensemble « des données » utilisées (données d'ordre climatique, hydrologique, géologique, géotechnique ; données sur l'encombrement des terrains...) et de l'interprétation qui leur a été donnée pour l'étude de l'avant-projet détaillé ».

Il appartient, en revanche, au maître d'ouvrage de supporter les dépenses afférentes à ces différentes études, le maître d'oeuvre ne devant, à cet égard, dans le cadre de l'APS, que prévoir leur estimation sommaire, tandis que « *le maître d'ouvrage conserve la responsabilité des données chiffrées qu'il a fournies* » au maître d'oeuvre lui-même.

Si, comme déjà ci-dessus, le CCAG de 1976 est muet sur la question, en revanche il existe diverses recommandations dans le « Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et maîtres d'oeuvre des marchés publics de travaux », desquelles on peut inférer l'obligation pour le

maître de l'ouvrage de faire procéder, et donc d'en assumer la charge financière, aux études préalables du sol et de fournir aux constructeurs, pour le moins « *les premières reconnaissances du sol et du sous-sol* ».

La loi MOP du 12 juillet 1985, semble également imposer au maître de l'ouvrage cette obligation, son article 2, alinéa 2 énonçant qu'il appartient à celui-ci « *après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme...* ».

En pratique, et si l'on fait abstraction du particulier qui fait réaliser la construction d'une maison individuelle, les maîtres d'ouvrage d'une certaine importance (institutionnels) se préoccupent de la question, soit avant même l'acquisition du terrain - hypothèse néanmoins rare - , soit après acquisition dudit terrain, et commandent directement les études nécessaires à cet effet à des géotechniciens, et supportent naturellement la charge desdites études.

Contenu et étendue de l'étude préalable - sa localisation

Contenu et étendue

On observera liminairement qu'il n'existe pas de DTU portant sur la reconnaissance des sols, ou sur l'étude préalable des sols, en général.

Un projet de DTU avait été établi, mais il n'a jamais connu d'aboutissement en raison, semble-t-il, d'une opposition des géotechniciens mais aussi des entrepreneurs ; au demeurant, il est probablement difficile d'établir des règles générales en la matière.

En revanche, les géotechniciens ont établi un projet de missions-types normalisées, à l'instar de ce qu'ont déjà fait les contrôleurs techniques, mais qui ne seraient pas encore, semble-t-il, proposés à la clientèle, s'agissant de projets.

La pratique révèle, qu'en fait d'étude préalable du sol, le maître d'ouvrage sollicitera d'un ou plusieurs géotechniciens, un devis aux fins de sondages du sol et de leur interprétation.

Pour ce faire, il n'est remis en général au géotechnicien qu'un plan masse du bâtiment à réaliser avec quelquefois seulement les descentes de charges.

Sur cette base, le géotechnicien va :

- consulter la carte géologique du secteur considéré,
- consulter la banque des données de sondage, car il en existe une, tenue par le BRGM et alimentée par les géotechniciens eux-mêmes qui ont l'obligation réglementaire, à partir d'une certaine profondeur de sondages, de communiquer leurs résultats au BRGM.

Sur la base de ces éléments, le géotechnicien consulté établira un programme des sondages à réaliser et un devis correspondant.

Si commande lui est passée, il exécutera ou fera exécuter lesdits sondages et les interprétera.

La plupart du temps, le maître d'ouvrage et/ou le maître d'oeuvre se contenteront de cette reconnaissance et de ses résultats.

Mais les spécialistes de la question soulignent les limites des sondages qui ne seraient efficaces que pour déterminer la cote de fondation de l'ouvrage, sans par ailleurs donner des éléments suffisants pour maîtriser la totalité des risques du sol.

En particulier, les sondages et l'interprétation de leurs résultats ne sont pas suffisants à eux seuls pour apprécier le risque du sol envisagé notamment au regard des techniques d'exécution de l'ouvrage à réaliser, et des conséquences dommageables que cette exécution peut entraîner pour l'ouvrage lui-même, comme pour les propriétés voisines.

Les sondages et leur interprétation doivent donc, en principe, s'intégrer dans une étude d'ensemble, comprenant des études géologiques, c'est-à-dire l'étude de la formation des différentes couches du sol dans une zone considérée, voire dans un site particulier et limité, des études géotechniques, c'est-à-dire l'étude de l'appréciation de la nature du sol, sous l'angle de sa résistance et de sa déformation, impliquant des sondages mais aussi des essais *in situ*, des études géophysiques, c'est-à-dire la recherche des éventuelles anomalies, notamment des vides éventuels de densité, études géophysiques impliquant des mesures sismiques, électriques ou gravimétriques.

On soulignera ici les recommandations du guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et maîtres d'oeuvre des marchés publics de travaux qui énonce (1^{re} partie, Etudes Préalables, chap. B, sect. b2) :

« Dans la plupart des travaux, l'étude du terrain et la reconnaissance du sol sont essentielles. Des sondages doivent être exécutés à une profondeur suffisante et en nombre suffisant pour que l'estimation puisse tenir compte de la nature du sol rencontrée. Mais les sondages coûtent chers et on aura souvent intérêt à définir leur programme à partir d'investigations préalables géologiques, géotechniques et géophysiques. On ne peut cependant éliminer totalement les aléas tenant au sol. »

Il est clair en tout état de cause que les sondages sont à eux seuls insuffisants et qu'ils doivent être précédés ou complétés par des études géologiques, géotechniques, voire dans certains cas géophysiques.

La commande de toutes ces études est rarement faite, ce qui explique un certain nombre de déboires et nourrit un contentieux dans le cadre duquel il sera retenu, notamment, la responsabilité du géotechnicien, lorsqu'il n'aura pas suffisamment précisé les limites des sondages et de leur interprétation, et qu'il n'aura pas préconisé soit des reconnaissances supplémentaires soit et/ou encore une étude d'ensemble plus approfondie.

Localisation

La question qui se pose ensuite est de savoir si l'étude préalable du sol doit être limitée au terrain où va être édifiée la construction neuve, ou si elle doit également porter sur les terrains des propriétés voisines.

Il semble acquis que si l'on est en présence d'un terrain plat, et d'un sol homogène, dans un milieu relativement « aéré », c'est-à-dire sans mitoyenneté, l'étude préalable du sol du terrain sur lequel va être réalisée la construction neuve est suffisante, tandis que si le terrain où doit être réalisée la construction neuve est en pente, ou si la construction à réaliser sera très proche de celles déjà existantes sur les terrains voisins, il est recommandé de procéder à une étude géologique des terrains voisins et à pratiquer des sondages sur les terrains voisins eux-mêmes, ce qui n'est pas toujours évident, s'il y a opposition des propriétaires voisins, sauf bien évidemment la possibilité d'effectuer ces sondages sur le domaine public lui-même, dans le cadre d'autorisations qui sont généralement accordées, après concertation avec les différents concessionnaires utilisateurs du sous-sol.

Les responsabilités engagées à l'occasion de dommages résultant d'une absence d'étude préalable du sol ou de l'insuffisance de celle-ci

Il n'y a pas lieu de distinguer ici, selon qu'on est en présence d'un marché privé ou d'un marché public, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat étant analogues.

En revanche, on distinguera les deux hypothèses ci-avant énoncées :

- absence d'étude de sol,
- insuffisance de l'étude du sol.

Absence d'étude de sol

Bien qu'il soit admis une façon générale par la doctrine et les praticiens qu'il appartient, en

principe, au maître de l'ouvrage de fournir aux constructeurs l'étude préalable du sol, on constate qu'en cas de dommages liés à la nature de celui-ci, dont aucune étude préalable n'avait été effectuée, la jurisprudence ne retient pas d'une manière générale la responsabilité du maître de l'ouvrage - sauf ce qui sera dit ci-après - mais celle des constructeurs, et en particulier celle de l'architecte/maître d'oeuvre.

Cela ne doit pas étonner et est totalement justifié car l'étude préalable de sol doit en principe figurer dans le dossier d'appel d'offres préparé par l'architecte.

Il faut ici se garder de confondre la question de la prise en charge financière de l'étude préalable du sol et celle de sa fourniture même : le fait que le maître d'ouvrage ait à payer le coût de l'étude préalable de sol, lequel fait partie intégrante de la construction *stricto sensu*, ne dispense évidemment pas l'architecte/maître d'oeuvre, dans le cadre de la conception du projet, d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage qui ne lui aurait pas fourni ladite étude sur sa nécessité, et en cas de refus d'exprimer des réserves expresses, voire de refuser de contracter avec le maître d'ouvrage.

Lorsque l'architecte/maître d'oeuvre remplit son obligation de mise en garde, il n'est pas pour autant déchargé de toute responsabilité : on signalera à cet égard une décision qui partage les responsabilités en parts égales entre l'architecte et le maître d'oeuvre qui s'étaient refusé, par économie à faire pratiquer des sondages (Cass. 3^e civ., 7 mars 1972, *SCP Auteuil Erlanger c/ SCI Passy Auteuil*, inédit).

La jurisprudence est en conséquence d'une extrême sévérité à l'égard de l'architecte/maître d'oeuvre : elle déclare qu'il appartient à celui-ci d'étudier ou de faire étudier la nature du sol, dont il doit s'assurer de la nature avant l'exécution des travaux et ce, quel que soit le montant de ses honoraires, des termes mêmes de sa mission sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a été investi ou non d'une mission complète, et enfin sans considération des stipulations du contrat liant le maître d'ouvrage à l'entrepreneur et qui transféreraient à ce dernier la responsabilité du risque du sol.

Mais l'architecte n'est pas le seul à supporter ce risque, la jurisprudence retenant également la responsabilité de l'entrepreneur ; certes les dommages proviennent, en la circonstance d'une conception ou d'un vice des plans de l'architecte, mais il appartient à l'entrepreneur et alors même qu'il ne serait pas de sa compétence de déceler l'erreur de conception dont il s'agit, de s'interroger sur l'absence de toute étude de sol et de mettre en garde, à cet égard, le maître de l'ouvrage et le maître d'oeuvre.

La responsabilité de l'entrepreneur est d'autant plus retenue que dans certains marchés, il est même stipulé qu'il reconnaît avoir procédé à des études et investigations du sol, alors que tel n'est pas le cas, du moins en amont et au moment de sa soumission !

Le contrôleur technique peut également être reconnu responsable, en cas d'absence d'étude préalable du sol, s'il lui a été confié l'une des missions types de base, c'est-à-dire la mission L portant sur la solidité des éléments constitutifs de l'ouvrage ainsi que - lorsqu'il s'agira d'un bâtiment - sur celle des éléments d'équipement indissociables au sens de l'article 1792-2 du code civil, ou encore la mission S portant sur la sécurité des personnes.

En cas d'absence de toute étude du sol, et eu égard à sa fonction de prévention des aléas susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages, la responsabilité du contrôleur technique peut même être retenue pour des dommages aux propriétés voisines au titre de son obligation de conseil et/ou de mise en garde, alors qu'il n'aura pas été investi d'une mission spécifique à cet égard.

Caractère insuffisant de l'étude préalable du sol

La jurisprudence retient tout d'abord la responsabilité du géotechnicien, soit dans le cas fort rare d'une mauvaise interprétation de ses propres résultats, soit ou en raison de ce qu'il n'aura pas suffisamment alerté le maître d'ouvrage sur les limites éventuelles de son étude et ou encore sur la nécessité d'études complémentaires pour vérifier et conforter certaines de

ses hypothèses.

La sévérité de la jurisprudence à son égard n'est pas, à mon avis, toujours justifiée car, il ne faut pas oublier que le géotechnicien procède par extrapolations et ne peut procéder que par extrapolations sauf, ce qui serait refusé par le maître de l'ouvrage, en raison du coût de l'étude, à pratiquer un nombre très élevé de sondages.

La jurisprudence me semble d'autant plus sévère que le géotechnicien n'est ensuite pas, la plupart du temps, interrogé ni consulté par le maître d'oeuvre au moment de la réalisation de l'APD.

On soulignera ici que la situation est radicalement différente dans les pays anglo-saxons en ce sens que le géotechnicien participe à la réalisation de l'APD et donne toutes explications nécessaires ou utiles lors de l'élaboration de celui-ci.

On observera, à cet égard, que dans leur projet de classification des missions géotechniques types (dernière version connue de nous du 10 juillet 1997), auquel il a été fait référence ci-dessus, les géotechniciens ont justement prévu une mission G2, intitulée « Etude de projet géotechnique », prévoyant la fourniture par le géotechnicien de notes techniques, donnant les méthodes d'exécution retenues pour les ouvrages géotechniques (terrassement, soutènement, fondations, dispositions spécifiques vis-à-vis des nappes et avoisinants) avec quelques notes de calculs de dimensionnement, etc., ainsi qu'une mission G3 intitulée « Etude géotechnique d'exécution » et encore une mission G4 intitulée « Suivi géotechnique d'exécution ».

On ne peut qu'approuver l'esprit de ce projet : il aura sans doute l'avantage d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur le caractère nécessairement limité des enseignements tirés des seuls sondages.

La jurisprudence retient ensuite la responsabilité de l'architecte/maître d'oeuvre, lequel a la responsabilité de tirer les enseignements de l'étude du géotechnicien dans le cadre de l'APD.

La jurisprudence retient également la responsabilité de l'entrepreneur soit en raison des dispositions contractuelles qui lui auraient transféré ce risque, soit pour toutes autres raisons.

Enfin, le contrôleur n'est pas, lui aussi, à l'abri de toute responsabilité et lui appartient, en fonction, certes, des termes mêmes de sa mission, mais aussi à l'occasion, en dehors même des strictes limites de celles-ci, comme déjà dit ci-dessus.

Il appartient en effet au contrôleur technique d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur le caractère éventuellement insuffisant de l'étude préalable du sol, en ce qui concerne la réalisation du projet de construction lui-même, mais aussi en ce qui concerne sa localisation, les deux questions étant d'ailleurs souvent liées.

Le risque du sol en cours de travaux

Même si l'étude préalable du sol a bien été conduite, il peut arriver que l'exécution des travaux révèle une nature de sol différente de celle qui avait été prévue, ou encore la présence d'éléments insoupçonnés comme notamment la découverte lors des travaux de terrassement de couches rocheuses à un endroit ou à une profondeur non prévus ou la présence de nappes ou circulations erratiques d'eau, qu'il est quelquefois difficile de maîtriser.

Ces événements conduisent, sinon nécessairement - le cas est rare - à une modification radicale du projet, du moins l'entrepreneur à modifier ses techniques opératoires d'exécution, ou encore à réaliser des travaux ou ouvrages non prévus à l'origine, le tout pouvant impliquer l'emploi de matériels non prévus, ou une mobilisation plus importante du personnel nécessaire à l'exécution des travaux.

Pour être plus précis, le risque du sol peut entraîner l'exécution :

- soit d'ouvrages d'une nature différente de ceux prévus à l'origine, mais en quantités plus

7

importantes,

- soit d'ouvrages de même nature mais en quantité plus importantes que celles prévues à l'origine,

- soit à la fois d'ouvrages de nature différente et en quantités plus importantes,

- soit d'ouvrages identiques tant en nature qu'en quantité, mais d'une réalisation plus difficile et/ou plus onéreuse.

Se pose alors la question de la prise en charge de ces coûts supplémentaires (A).

Par ailleurs, l'exécution même de certains travaux comme notamment les travaux de terrassement ou ceux de fondations, peuvent alors même qu'ils seraient réalisés conformément au projet d'origine, ou qu'ils le seraient dans des conditions différentes ensuite de la rencontre d'éléments imprévus, générer des dommages à la construction elle-même - mais nous négligerons ici l'hypothèse - mais également ou seulement aux ouvrages voisins, situation que nous examinerons ci-après (B).

Qui supportera la charge de ces risques tant dans la première hypothèse (coûts de constructions supplémentaires) que dans la seconde (dommages aux propriétés voisines) ?

Dans ces deux hypothèses, il conviendra de distinguer selon que les règles de droit privé et de droit public seront applicables.

La question de la prise en charge des coûts supplémentaires de construction

Marchés privés - Droit privé

La question des surcoûts sera réglée en fonction de la nature du marché de l'entrepreneur.

Marché à forfait Dans le cas d'un marché à forfait « pur et simple » ou encore « absolu », les surcoûts seront supportés par l'entrepreneur qui ne pourra prétendre « sortir du forfait » au prétexte que la nature du sol s'est avérée différente de celle initialement prévue, entraînant soit des travaux supplémentaires soit des procédés opératoires différents de ceux envisagés lors de sa soumission, et ce d'autant plus que certains marchés stipulent expressément que les indications géologiques qui lui sont données ne le sont qu'à titre indicatif et qu'il lui appartient de procéder aux vérifications nécessaires ou aux compléments d'études nécessaires.

Il en est de même à quelques nuances près en matière de forfait imparfait.

Marché au mètre En revanche, lorsque l'on sera en présence d'un marché au mètre - hormis le cas de l'exécution plus difficile de travaux ou d'ouvrages dont ni la nature ni la quantité n'ont été modifiées - l'entrepreneur pourra valablement facturer les surcoûts au maître de l'ouvrage à condition toutefois que la définition de la nature des travaux ou ouvrages à réaliser ait été suffisamment précise ; à défaut de quoi une difficulté peut surgir dès lors qu'il n'existera pas alors de prix unitaires pour des travaux insuffisamment précisés.

Marchés publics - Droit public

Le prix du marché public est - sauf stipulation contraire - intangible quelle que soit sa nature.

Le CCAG Travaux de 1976 illustre ce principe en énonçant en son article 10.11 alinéa 2 :

« A l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toute les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux, que ces sujétions résultent :

- de phénomènes naturels,

- de l'utilisation du domaine public... »

Les aléas géologiques sont rarement mentionnés comme n'étant pas couverts par les prix contractuels, mais il est clair que le maître d'ouvrage public ou son maître d'oeuvre peut être amené, en fonction de la découverte de contraintes ou de difficultés d'ordre géologique, soit à apporter au projet des modifications, soit à prescrire l'exécution d'ouvrages non prévus.

L'entrepreneur sera alors naturellement réglé de ces surcoûts dans les conditions prévues par les articles 14, 15 et 17 du CCAG, dont l'application suppose l'existence d'ordres de service écrits ou à tout le moins - le Conseil d'Etat l'admettant - d'instructions données au cours d'une réunion de chantier ayant fait l'objet d'un compte-rendu écrit, étant en outre rappelé que dans certaines conditions, la jurisprudence administrative admet la validité - ou ne sanctionne pas l'illégalité - d'un ordre de service verbal.

L'entrepreneur a également droit au paiement de travaux supplémentaires ou imprévus qu'il aurait été contraint d'exécuter par suite d'aléas géologiques, alors même que cette exécution l'aurait été, en l'absence de tout ordre - écrit ou verbal - du maître d'oeuvre, mais à condition toutefois que les travaux dont il s'agit aient été nécessaires « ou indispensables » à la réalisation de l'ouvrage suivant la jurisprudence administrative.

Les principes ci-dessus peuvent être quelque peu contrariés en cas de marché forfaitaire selon les stipulations de celui-ci.

Enfin, l'entrepreneur peut, en tout état de cause, même dans le cas d'un marché forfaitaire, espérer légitimement être indemnisé par application de la théorie jurisprudentielle des sujétions imprévues.

On rappellera à cet égard que la sujétion doit être d'ordre matériel - ce qui est le cas en matière de difficultés géologiques - , imprévisible lors de la conclusion du marché, et présenter un caractère anormal, c'est-à-dire dépassant les aléas normaux d'exécution de tout marché ; en cas de marché forfaitaire, il faut en outre que la sujétion ait entraîné un bouleversement de l'économie du contrat, notion qui est appréciée, semble-t-il, plus largement par les juridictions de l'ordre administratif que par celles de l'ordre judiciaire.

Responsabilités encourues en cas de dommages aux constructions voisines
Marchés privés - Droit privé

Lorsque les travaux de réalisation de l'ouvrage causent des dommages à des propriétés voisines, les voisins concernés ont à l'évidence une créance indemnitaire à faire valoir à l'encontre tant du maître de l'ouvrage, qu'à l'encontre des constructeurs eux-mêmes.

En l'absence de rapports contractuels entre le voisin et les ci-avants nommés, celui-ci devrait mettre en oeuvre leur responsabilité délictuelle dans les termes des articles 1382 et 1383 du code civil, impliquant, on le sait, la démonstration de fautes ou d'imprudences et d'un lien de causalité entre lesdites fautes ou imprudences et la survenance des dommages.

Mais le voisin sera plutôt incité à fonder juridiquement son action sur des règles ou des régimes de responsabilité qui le dispenseraient de cette double démonstration.

A cet effet, il dispose :

- à l'égard du maître de l'ouvrage d'une action fondée juridiquement sur la théorie prétorienne des troubles anormaux du voisinage, dont l'application est autonome de toute notion de faute d'une part et de garde d'autre part,

- à l'égard des constructeurs et en particulier de l'entrepreneur, d'une action, justement juridiquement fondée sur la responsabilité du gardien de la chose qui a causé le dommage (art. 1384 al. 1^{er} c. civ.), étant précisé que la jurisprudence admet que le voisin puisse rechercher la responsabilité *in solidum* du maître de l'ouvrage et des constructeurs sur ces deux fondements juridiques autonomes et différents.

Cependant, le plus souvent, le voisin se contentera de mettre en oeuvre la responsabilité du maître de l'ouvrage sur le fondement des troubles anormaux du voisinage, lequel exercera alors une action en garantie incidente à l'encontre des constructeurs, ou postérieurement à sa condamnation sur ce fondement, une action récursoire ou en garantie contre ceux-ci : se posera alors la question du fondement de ce recours, lequel n'est pas clairement tranché par la jurisprudence ; les problèmes ne se limitent cependant pas à cette question : la jurisprudence met en effet en relief d'autres difficultés, comme celles liées à la notion de garde d'une part, et celles rencontrées en cas de sous-traitance, que l'entrepreneur principal ait ou non transféré juridiquement la garde à son sous-traitant.

Responsabilité du maître de l'ouvrage et des constructeurs sur le fondement de la faute ou de l'imprudence (art. 1382 et 1383 du c. civ.) Le voisin pourra mettre en oeuvre la responsabilité extracontractuelle du maître de l'ouvrage et/ou celle des différents locataires d'ouvrage - en particulier l'entrepreneur - de ce dernier.

La question ne mérite pas de développement particulier, sauf qu'on précisera que l'entrepreneur n'est pas délictuellement responsable à l'égard du voisin du fait de son sous-traitant (Cass. 3^e civ., 8 mars 1989, *Bull. civ.* III, n° 58).

L'exercice du recours en garantie du maître de l'ouvrage à l'encontre des locataires d'ouvrage ne pose également pas de problèmes particuliers : on rappellera seulement que, selon la jurisprudence, ce recours s'exercera sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, par admission implicite de la subrogation du maître de l'ouvrage dans les droits du tiers qu'est le voisin, sauf bien évidemment stipulations dans le contrat passé avec le locateur d'ouvrage concerné - en particulier du contrat passé avec l'entrepreneur - d'une clause de garantie, laquelle est néanmoins subordonnée à l'existence d'une faute (cf. norme AFNOR P 03001, sept. 1991) ; on retrouvera ci-après la question (*d*).

Responsabilité du maître de l'ouvrage sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage Le droit de jouir de la chose de la manière la plus absolue est nécessairement limité par l'obligation qui est faite au propriétaire de ne pas causer à la propriété d'autrui un dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage.

On rappellera que le trouble anormal du voisinage n'est constitué que si d'une part, il présente un caractère continu, ce qui n'est pas le cas des dommages aux constructions voisines, et d'autre part entraîne un trouble ou gêne excessif ce qui n'est pas le cas du dommage aux constructions voisines, lequel est réparable quelque soit son importance ou sa gravité.

La jurisprudence est cependant bien établie depuis un arrêt de principe de la 3^e chambre civile de la Cour suprême du 4 février 1971.

On rappellera ici que le voisin ne peut invoquer cette théorie jurisprudentielle qu'à l'encontre du propriétaire voisin et en aucun cas à l'encontre des constructeurs qui ne sont pas ses voisins, sauf un arrêt dissident et isolé, rendu d'ailleurs non à l'occasion de dommages aux constructions voisines, mais du bruit excessif du chantier (Cass. 2^e civ., 10 janv. 1968, *D.* 1968. *somm.* 54 ; *Gaz. Pal.* 1968.I.163 ; *AJPI* 1968.597, note A. Caston ; *RTD civ.* 1968.725, obs. G. Durry).

La responsabilité du maître de l'ouvrage et/ou de l'entrepreneur sur le fondement de la garde (art. 1384 al. 1^{er} du c. civ.) La jurisprudence est particulièrement confuse sur la question, et ne semble pas être définitivement fixée.

Il a existé - et il existe peut-être encore toujours (la forme dubitative se justifiant par la rareté des arrêts véritablement topiques sur la question) - une opposition entre la deuxième et la troisième chambre civile de la Cour suprême.

Pour la deuxième chambre, le gardien est en principe l'entrepreneur (Cass. 2^e civ., 15 avr. 1964, *JCP* 1965.II.13992 ; 21 déc. 1965, *Bull. civ.* II, n° 106, 20 nov. 1975, *D.* 1976.IR.35 ;

10

Cass. 2^e civ., 6 juill. 1994, *Bull. civ.* II, n° 182), tandis que pour la troisième chambre, le gardien est en principe le maître de l'ouvrage ou plus précisément, l'entrepreneur n'est pas *de facto* ou de plein droit le gardien, celle-ci ayant cassé un arrêt d'une cour d'appel, qui pour condamner l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du c. civ. à réparer les dommages causés à l'immeuble voisin, s'était borné à énoncer « *jusqu'à la réception, il (l'entrepreneur) demeure responsable de l'ouvrage dont il a assuré la construction, sans s'expliquer sur les circonstances d'où il résulterait qu'il avait sur la chose qui a causé le dommage un pouvoir effectif, autonome et réellement indépendant de direction et contrôle* » (Cass. 3^e civ., 20 oct. 1971, *D.* 1972.444, note Ch. Lapoyade-Deschamps ; *RTD civ.* 1972.785, obs. G. Durry).

Cette opposition peut paraître moins évidente à la lecture d'un arrêt remarqué de la 3^e chambre civile du 8 mars 1978 (*D.* 1978.J.641, note Ch. Larroumet, Ph. Malinvaud et B. Boubli, cette *Revue* 1979.75), qui admet la responsabilité de l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil, mais il ne s'agissait pas, en la circonstance, de dommages causés aux constructions voisines mais de nuisances de chantier résultant du bruit excessif d'engins et d'explosifs, dont l'entrepreneur a été jugé responsable du préjudice induit, en sa qualité de gardien desdits engins et explosifs.

D'autres arrêts de la 3^e chambre civile, l'un antérieur à celui précité du 8 mars 1978 (Cass. 3^e civ., 10 déc. 1970, *Bull. civ.* III, n° 690), les autres postérieurs (1985 et 1991) que nous examinerons ci-après dans le cadre de la question du recours du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur, semblent admettre que l'entrepreneur est gardien du chantier et/ou des travaux.

Mais un arrêt relativement récent de la 3^e chambre civile (Cass. 3^e civ., 20 juin 1990, *JCP* 1990.IV.317) écarte à nouveau dans des conditions peu claires (l'arrêt n'a pas été publié au bulletin et le sommaire ne permet pas de déterminer si l'entrepreneur n'était pas aussi poursuivi sur le fondement de la théorie des troubles du voisinage !), l'application de l'article 1384 alinéa 1^{er} au préjudice de l'entrepreneur.

La jurisprudence n'a en tout cas pas tranché la question, posée par la doctrine, de savoir s'il faut ou non dissocier la garde, le maître d'ouvrage étant gardien du sol ou de la structure de l'ouvrage, tandis que l'entrepreneur ne serait que gardien du chantier et/ou des travaux.

Si l'on admet que l'entrepreneur est gardien pour le moins des travaux, la question qui se pose est celle de savoir s'il peut ou non transférer la garde desdits travaux à son sous-traitant.

On a déjà vu ci-dessus que la jurisprudence décide que l'entrepreneur n'est pas responsable délictuellement du fait de son sous-traitant (arrêt préc. 8 mars 1989), mais la question se pose dans des termes, semble-t-il différents, puisque par hypothèse ce ne sont pas les dispositions de l'article 1382 qui sont mises en oeuvre mais celles de l'article 1384 alinéa 1^{er}, lequel institue une présomption de responsabilité.

La question est compliquée par le fait que les dommages aux constructions voisines, peuvent provenir à la fois des travaux exécutés par l'entrepreneur principal et de ceux réalisés par le sous-traitant, et doit être résolue différemment selon que l'on envisage l'action du voisin à l'égard de l'entrepreneur, en sa qualité de gardien, ou l'action en garantie de ce dernier à l'encontre de son sous-traitant, auquel il aurait transféré la garde du chantier ou des travaux ; sur ce dernier point, si l'on peut admettre un transfert total de la garde des travaux - encore que cela ne soit pas certain - , en revanche il ne peut y avoir un transfert total de la garde du chantier : on serait alors en présence d'une garde commune, hypothèse où le recours du gardien à l'encontre du cogardien, sur le fondement de l'article 1384 du code civil serait irrecevable, comme l'a jugé la cour de Versailles dans une espèce étrangère à notre matière (CA Versailles, 3 juill. 1979, *D.* 1980. *IR. somm.* Ch. Larroumet, p. 412) ; cette solution serait au demeurant logique et peut être rapprochée de celle, constante en jurisprudence, selon

laquelle un locateur d'ouvrage ne peut recourir par voie de subrogation - laquelle n'est pas admise - à l'encontre d'un autre colocateur d'ouvrage sur le fondement de l'article 1792 du code civil.

La question du recours du maître de l'ouvrage recherché ou condamné sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage On rappellera ici que la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage est une responsabilité objective et autonome des notions de faute ou de garde et ne se rattachant ni aux principes de la responsabilité contractuelle ni aux principes de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle.

Le maître d'ouvrage condamné sur le fondement de cette théorie est en conséquence irrecevable même au titre de la subrogation des droits et actions du voisin à invoquer à l'encontre de l'entrepreneur les dispositions de l'article 1384, alinéa 1 du c. civ. (cf. arrêts de principe en la matière, Cass. 2^e civ., 19 nov. 1970, *D.* 1971. *somm.* 63, *JCP* 1971.II.16748 ; Cass. 2^e civ., 31 janv. 1973, *Bull. civ.* II, n° 38 ; Cass. 2^e civ., 23 mai 1984, (*Gaz. Pal.* 1984.II.299, obs. F. Chabas).

Cependant, la Cour suprême a rendu depuis des arrêts qui semblent marquer une évolution : l'un du 3 décembre 1985 (Cass. 3^e civ., 3 déc. 1985, *JCP* 1986.IV.65) qui casse un arrêt de la cour de Dijon à laquelle il a été reproché d'avoir débouté le maître de l'ouvrage de sa demande, comme subrogé dans les droits de son voisin, contre l'architecte et l'entrepreneur responsable à l'égard de celui-ci sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil « *au seul motif que le maître de l'ouvrage avait été condamné seul à réparer le dommage pour le non-respect de son obligation de ne pas dépasser les inconvénients normaux de voisinage* » ; l'autre le 6 mars 1991 (Cass. 3^e civ., 6 mars 1991, *JCP* 1991.IV. 163) cassant un arrêt de la cour de Besançon qui avait condamné l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, à garantir le maître de l'ouvrage lui-même condamné sur le fondement de la théorie jurisprudentielle des troubles anormaux du voisinage, sans avoir « *recherché si, dans les rapports entre l'entrepreneur et son client, celui-ci ne conserve pas tout ou partie de la responsabilité, dès lors qu'il est lui-même responsable sur le même fondement à l'égard du propriétaire dans les droits duquel il est subrogé* », cette décision s'expliquant aussi par le fait, semble-t-il, que le maître d'ouvrage avait été condamné non seulement pour troubles anormaux du voisinage, mais également en qualité de gardien en application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil.

Mais on observera que les deux arrêts précités n'ont pas été publiés au *Bulletin*... le second posant en outre la question de l'éventuelle dissociation de la garde (*V. supra c*).

Il est parfois cité, à l'appui de l'affirmation selon laquelle le maître d'ouvrage, condamné sur le fondement des troubles anormaux du voisinage, peut en sa qualité de subrogé dans les droits du voisin indemnisé, fonder son recours en garantie sur l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil, deux arrêts, l'un rendu en 1982 (Cass. 3^e civ., 9 nov. 1982, *Bull. civ.* III, n° 82) l'autre en 1987 (Cass. civ., 18 mars 1987, *Bull. civ.* III, n° 52).

En réalité, il ne résulte d'aucun des deux arrêts précités que le maître de l'ouvrage avait été recherché ou condamné sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage, étant souligné en outre que si les deux arrêts se réfèrent bien à la qualité de gardien de l'entrepreneur, le premier des deux vise en outre la garantie que ce dernier avait consenti aux termes de son marché qui reproduisaient l'énoncé dans la norme AFNOR P 03001 dans son édition de 1948.

Au surplus et comme déjà dit ci-dessus, l'arrêt du 20 juin 1990 (Cass. 3^e civ., *JCP* 1990.IV.317) peu clair il est vrai, écarte néanmoins toute possibilité d'action à l'encontre de l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil.

En revanche, l'arrêt précité du 6 juillet 1994 (*Bull. civ.* II, n° 182) a admis qu'un maître

d'ouvrage, condamné sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage, peut exercer un recours subrogatoire à l'encontre de l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, étant toutefois précisé qu'il ne s'agissait pas strictement de dommages matériels aux constructions voisines, mais de dommages causés par de l'essence qui s'était répandue dans le sous-sol d'un immeuble voisin (semble-t-il...) lors de la livraison dudit carburant par un transporteur, qualifié de gardien de l'essence répandue...

Si le maître de l'ouvrage recherché ou condamné sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage ne peut en sa qualité de subrogé, invoquer toujours à l'encontre de l'entrepreneur la responsabilité pesant sur ce dernier, en application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, et ce pour les motifs ci-dessus évoqués (opposition entre la deuxième et la troisième chambre de la Cour suprême sur la qualité de gardien d'une part, et irrecevabilité d'autre part) il pourra néanmoins, semble-t-il, agir sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle de droit commun, impliquant la démonstration d'une faute de l'entrepreneur ou du constructeur à l'égard duquel il exercera son recours.

Si le contrat stipule par référence à la norme AFNOR P 03001 de septembre 1991 (article 10.2.2) la garantie de l'entrepreneur au profit du maître de l'ouvrage, en cas de dommages aux voisins, ce dernier devra néanmoins toujours démontrer la faute (cette fois-ci sans doute contractuelle ?) de l'entrepreneur, la « garantie » étant elle-même subordonnée à la démonstration de cette faute.

Le maître d'ouvrage devrait en conséquence toujours démontrer la faute de l'entrepreneur que celle-ci soit de nature délictuelle ou contractuelle.

Marchés publics - Droit public

La jurisprudence administrative a posé la règle selon laquelle les dommages de travaux publics engagent la responsabilité sans faute, tant du maître d'ouvrage public que de ses locataires d'ouvrage.

Cette jurisprudence, dont le domaine d'application est beaucoup plus large que les stricts dommages causés aux constructions voisines, est rarement illustrée à propos de la réparation ou de l'indemnisation desdits dommages ; le plus souvent, la jurisprudence administrative raisonnera en termes de faute prouvée et appliquera les principes dont s'inspirent les articles 1382 et 1383 du code civil.

En tout cas, il est clair que la jurisprudence administrative est, s'agissant de dommages subis par les constructions voisines, radicalement différente de la jurisprudence judiciaire, du moins et en particulier dans les rapports du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur.

Cette différence s'explique aussi par l'application dans les marchés publics relevant de l'application du code des marchés publics du CCAG Travaux de 1976 qui, alors s'impose, étant rappelé que dans les autres cas, la pratique révèle que les marchés se réfèrent contractuellement audit CCAG, dont l'article 35 intitulé « Dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution » énonce :

« L'entrepreneur a, à l'égard du maître de l'ouvrage, la responsabilité pécuniaire des dommages aux personnes et aux biens causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution, sauf s'il établit que cette conduite ou ces modalités résultent nécessairement de stipulations du marché ou de prescriptions d'ordre de service, ou sauf si le maître de l'ouvrage, poursuivi par le tiers victime de tels dommages, a été condamné sans avoir appelé l'entrepreneur en garantie devant la juridiction saisie. »

Déjà l'application de ce texte entraîne de fait, en cas d'absence de diligences du maître d'ouvrage public, une irresponsabilité de l'entrepreneur.

Mais en outre, d'autres règles érigées en principe par le Conseil d'Etat conduisent au même résultat !

On rappellera à cet égard que selon le Conseil d'Etat :

- le recours en garantie du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur ou des autres locataires d'ouvrage avec lesquels il a passé un marché, est nécessairement régi par les règles de la responsabilité contractuelle ; en aucun cas par celles de la responsabilité quasi délictuelle, le Conseil d'Etat n'admettant pas la subrogation du maître d'ouvrage public dans les droits du voisin ;

- la réception sans réserves met fin aux rapports contractuels du maître de l'ouvrage et de l'architecte, tandis que la réception sans réserves et l'expiration de la garantie de parfait achèvement mettent fin aux rapports contractuels du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur, le domaine d'application de la responsabilité contractuelle étant cantonné - après réception - aux réserves qui ont pu être formulées lors de son prononcé d'une part et à celui de la sanction de l'obligation de conseil, en particulier celle de l'architecte, d'autre part.

Il en résulte qu'après la réception sans réserves et l'expiration de la garantie de parfait achèvement, le maître d'ouvrage public ne peut pas mettre en oeuvre la responsabilité contractuelle des locataires d'ouvrage, seules les responsabilités et garanties résultant des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 1792-2 du code civil pouvant l'être.

L'application de cette jurisprudence induit des cas fréquents d'irresponsabilité des locataires d'ouvrage, en particulier de l'entrepreneur.

On doit, pour mieux mesurer cet état de fait, distinguer trois hypothèses, selon que les dommages aux propriétés voisines sont apparus en cours de travaux et avant réception, et ont fait alors l'objet d'une action en garantie, ou que cette dernière n'a été diligentée que postérieurement à la réception sans réserves et l'expiration de la garantie de parfait achèvement, ou enfin que les dommages sont survenus postérieurement à la réception de l'ouvrage sans réserves, et après expiration de la garantie de parfait achèvement.

Première hypothèse : les dommages aux ouvrages voisins ont été causés en cours de travaux et avant la conception de l'ouvrage, tandis que l'action en garantie a été exercée avant la réception.

En ce cas, et en ce cas seulement, le maître d'ouvrage public peut espérer être garanti par les locataires d'ouvrage, en particulier par l'entrepreneur, sauf application de l'article 35 du CCAG Travaux de janvier 1976 pour le cas où il n'aurait recouru, même avant réception, que postérieurement à sa condamnation.

Deuxième hypothèse : les dommages aux ouvrages voisins sont apparus en cours de travaux et avant réception, mais le maître de l'ouvrage n'exerce un recours que postérieurement à la réception, qu'il aurait prononcée sans réserves, et l'expiration de la garantie de parfait achèvement.

Dans ce cas, le maître de l'ouvrage, que l'article 35 du CCAG Travaux soit ou non applicable, ne peut recourir contre les locataires d'ouvrage et en particulier contre l'entrepreneur, puisque aussi la responsabilité contractuelle de ceux-ci est insusceptible d'être mise en oeuvre (CE, sect., 4 juill. 1980, *SA Forrer* ; CE, *Syndicat Intercommunal pour l'Aménagement de la région grenobloise*, 29 avr. 1987) d'une part, tandis qu'à l'évidence les dommages aux voisins ne peuvent donner lieu à une action sur le fondement des articles 1792 et 1792-2 du code civil qui ne concernent que les dommages subis par l'ouvrage construit à l'initiative du maître de l'ouvrage d'autre part.

Troisième hypothèse : les dommages aux ouvrages voisins apparaissent postérieurement à la réception sans réserves, ou avec des réserves ne concernant par hypothèse pas lesdits dommages, et postérieurement à la garantie de parfait achèvement.

Dans ce cas, la solution ci-dessus (deuxième hypothèse) s'applique pour les mêmes raisons : le maître d'ouvrage est dans l'impossibilité d'exercer un recours utile.

Cette jurisprudence a fait l'objet des plus vives critiques de la doctrine la plus autorisée (F. Moderne, Ph. Terneyre), mais le Conseil d'Etat persiste dans sa propre doctrine..., mieux encore, il admet l'action en garantie de l'entrepreneur condamné sur recours du tiers, à l'encontre du maître de l'ouvrage ! (CE, 23 févr. 1990, *Duchon et a.* ; CE, 4 juill. 1986, *Commune de Monceau-les-Mines*).

Mais il n'est pas impossible que la jurisprudence évolue, comme l'a relevé M. Franck Moderne qui cite à cet égard dans son ouvrage sur la responsabilité décennale des constructeurs en droit public (*D.* 1993.173) un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon (*Ville de Toulon c/ S^{te} des Routes, terrassement et travaux publics*, *Rec.* p. 347, *AJDA* 1990.193, note D. Chabanol , *D.* 1990. *somm.* 249, obs. Ph. Terneyre ), qui a admis que la réception sans réserves des travaux ne pouvait faire obstacle à l'action en garantie formée par le maître de l'ouvrage à raison de la faute contractuelle commise par l'entrepreneur au cours de l'exécution des travaux, dès lors que les dommages n'étaient ni apparents, ni connus du maître de l'ouvrage à l'époque de la réception.

Le risque/vice du sol après la réception de l'ouvrage

La réalisation du risque du sol, postérieurement à la réception, concrétise alors son « vice », lequel n'est en définitive, comme on l'a déjà indiqué, qu'une variante du vice de construction (vice de conception ou défaut d'exécution, l'un ou l'autre ayant consisté à ne pas prendre suffisamment en compte la nature du sol).

Le terrain - si l'on peut dire - d'élection du vice du sol est donc le domaine des garanties légales et en particulier de la garantie décennale, responsabilités et/ou garanties de plein droit ne cédant que devant la démonstration d'une cause étrangère.

La jurisprudence est abondante sur la question et concerne tous les locataires d'ouvrage, y compris le contrôleur technique, qui sans être un constructeur au sens strict du terme est néanmoins un locataire d'ouvrage et est soumis en tout état de cause à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792 et 1792-2 du code civil ; comme l'architecte et les exécutants, le contrôleur technique est en effet concerné par le vice du sol, alors même que son contrôle s'effectue au « second degré », dès lors qu'il aura été investi pour le moins de la mission L (solidité des éléments constitutifs de l'ouvrage et - lorsqu'il s'agira d'un bâtiment - solidité des éléments d'équipement indissociables au sens de l'article 1792 du c. civ.), le vice du sol résidant de fait dans une mauvaise conception qu'il n'aura pas décelée ou encore dans des conditions d'exécution à propos desquelles il ne serait pas assuré de l'existence et de l'efficacité des mesures d'autocontrôle des entrepreneurs.

Les responsabilités des divers constructeurs en matière de vice du sol, sont suffisamment connues pour n'être pas ici rappelées, étant souligné que ce qui a déjà été dit ci-dessus à propos du risque du sol est parfaitement transportable en matière de vice du sol...

Nous nous bornerons, en conséquence, à relever une certaine ambiguïté de la jurisprudence en la matière d'une part, et à mettre en relief la possibilité d'exonération totale ou partielle des constructeurs en cas d'acceptation par le maître d'ouvrage des risques du sol.

L'ambiguïté de la jurisprudence tient au fait qu'elle admet quelquefois, certes de façon exceptionnelle (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1967, *Bull. civ.* I, n° 87, *D.* 1967. *somm.* 83), que le vice du sol puisse constituer un cas de force majeure d'une part, et raisonne le plus souvent en termes de responsabilité pour faute d'autre part.

En sorte que l'on peut se demander si, du moins pour les juges du fond, on ne serait pas, s'agissant du vice du sol, plutôt en présence d'une responsabilité pour faute prouvée ou d'une responsabilité sur le fondement d'une présomption de faute (cf. Malinvaud et B. Boubli, cette *Revue* 1980.173 et 174).

L'acceptation par le maître d'ouvrage des risques du sol et par conséquent des dommages qu'ils peuvent provoquer à la construction, constitue depuis maintenant plusieurs décennies

15

un cas d'exonération partielle ou totale de la responsabilité de plein droit des constructeurs, comme de leur responsabilité de droit commun.

Peu important que l'on soit en présence d'un maître d'ouvrage notoirement compétent ou que celui-ci se soit ou non immiscé dans la construction, peu important également que cette acceptation des risques ait été ou non animée par un souci d'économie, pour légitime que celui-ci soit.

C'est ainsi que le maître d'ouvrage :

- a été partiellement responsable du vice du sol, dès lors qu'il avait décidé, en toute connaissance de cause et par économie, de faire construire un garage sans fondations et sur une simple semelle, sa responsabilité dans les désordres étant engagée même si l'entrepreneur, dont l'attention avait été attirée sur les difficultés pouvant résulter de la construction sans fondations sur terrain remblayé, aurait dû refuser l'exécution d'un tel travail (Cass. 3^e civ., 26 oct. 1976, *JCP* 1976.IV.375),

- a été déclaré partiellement responsable des désordres causés à un immeuble voisin, dès lors qu'avant le commencement des travaux, son attention avait été attirée sur l'état de vétusté de celui-ci, ainsi que sur la possibilité de survenance des désordres, et avait néanmoins, bien qu'informé, accepté par avance dans son intérêt personnel, les conséquences dommageables de sa décision (Cass. 3^e civ., 26 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978.II. *somm.* 270),

- a été déclaré partiellement responsable pour des désordres d'infiltrations, dès lors qu'il avait refusé de commander un système d'étanchéité, bien qu'un bureau d'études le lui eût proposé (Cass. 3^e civ., 14 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1979.II. *Pan.* 312).

C'est ainsi encore que :

- le maître d'ouvrage compétent, dont l'attention avait été attirée plusieurs mois avant la construction sur les conséquences, quant à l'étanchéité du sous-sol, des fluctuations de la nappe phréatique, en cas de suppression d'une station de pompage, et qui, après étude des coûts de construction, suivant que l'étanchéité serait ou non assurée, avait décidé de modifier l'infrastructure de l'immeuble de façon à ce que seul le premier sous-sol soit hors d'eau, le second restant inondable, doit supporter la totalité de son préjudice (Cass. 3^e civ., 14 mars 1984, *SCI Roger Salengro c/ Grimal*, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli, cette *Revue* 1984.418),

- le propriétaire du terrain engage sa propre responsabilité en faisant creuser au pied du séparatif une excavation particulièrement profonde, descendant à 6 mètres environ au-dessous du sol de la cave de la maison voisine, sans ignorer les risques qu'il faisait courir à cet immeuble, et doit en conséquence supporter une part de responsabilité (Cass. 3^e civ., 17 juill. 1973, *Bull. civ.* III, n° 481),

- le maître d'ouvrage compétent en la circonstance, qui consent à la suppression du cuvelage - prévu à l'origine par l'architecte et abandonné ensuite par celui-ci - en mesurant tous les risques, est responsable de l'erreur de conception au même titre que l'architecte et doit supporter la moitié de la réparation (TGI Lille, 2^e ch., 22 déc. 1963, *SCI Colbert c/ Aubran et Delatang*, inédit).

Mais c'est au cours des années 1994 et 1997 que la Cour suprême a affirmé avec éclat, et de façon non équivoque, que l'acceptation délibérée d'un risque par le maître d'ouvrage constitue une cause exonératoire de la responsabilité des constructeurs.

On citera à cet égard trois arrêts : le premier statuant par référence au droit commun, les deux autres par référence à la garantie décennale.

Le premier arrêt (Cass. 3^e civ., 19 janv. 1994, *Bull. civ.* III, n° 6) admet l'exonération partielle d'un entrepreneur par suite de l'acceptation par le maître de l'ouvrage d'un risque non pas du

16

sol d'assise de la construction à réaliser, mais du sol voisin, ou plus précisément du risque constitué par le risque d'effondrement d'une falaise au pied de laquelle devait être réalisée la construction, ledit risque s'étant effectivement réalisé lors des travaux de terrassement et ayant causé des dommages à un fonds voisin.

La décision est d'autant plus intéressante que ce n'est pas l'entrepreneur, chargé de l'édification de l'immeuble qui avait avisé le maître de l'ouvrage du risque d'effondrement de la falaise, mais un précédent entrepreneur, lequel avait d'ailleurs refusé le chantier en raison de ce risque.

Le second (Cass. 3^e civ., 25 janv. 1995, *Bull. civ. III*, n° 28) est encore plus significatif, puisqu'il laisse à penser qu'en matière de garanties légales du moins, l'acceptation délibérée d'un risque constituerait une cause d'exonération totale de la responsabilité de plein droit pesant sur les constructeurs.

La cour d'appel n'avait en effet retenu, à propos d'une inondation de sous-sols aménagés à usage de garage, que partiellement la responsabilité du constructeur concerné (un cabinet d'architectes), laissant ainsi une part des dommages au maître de l'ouvrage.

La cassation est néanmoins prononcée au motif que le maître de l'ouvrage avait, par un choix délibéré, après avoir été mis en garde, non pas par ledit cabinet d'architectes mais par un autre constructeur, en la circonstance le bureau d'études, en des termes particulièrement précis, décidé de limiter la mise hors d'eau du second sous-sol.

L'arrêt est d'autant plus remarquable qu'ici encore il résultait des circonstances de l'espèce que le maître de l'ouvrage n'avait pas été avisé du risque, qu'il avait en définitive accepté, par le constructeur dont il recherchait la responsabilité mais par un autre locateur d'ouvrage.

Le troisième (Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1997, *GAN c/ SCI Les Résidences de Lormont et a.*, arrêt n° 118 d) est plus significatif dès lors qu'il valide un arrêt d'une cour d'appel par substitution de motifs.

Il était fait grief à la cour d'appel de Bordeaux, qui avait écarté la responsabilité d'un entrepreneur et celle des architectes, de n'avoir pas - en se bornant à retenir que l'entrepreneur n'encourait aucune responsabilité, dès lors que la cause des désordres résidait dans l'absence de construction d'un ouvrage qui ne lui avait pas été commandé par le maître d'ouvrage - caractérisé l'existence d'une cause étrangère et ainsi violé l'article 1792 du code civil, et d'avoir privé sa décision de base légale au regard de ce texte, faute d'avoir relevé que le maître de l'ouvrage aurait été notoirement compétent.

Elle rejette les moyens du pourvoi principal et les moyens du pourvoi incident sur cette question, au considérant ci-après rapporté :

« Mais attendu que, ayant constaté, d'abord, que les travaux de terrassement non prévus au contrat initial mais préconisés par les architectes en cours de chantier pour protéger les pavillons des eaux de ruissellement n'avaient finalement pas été commandés par le maître d'ouvrage, et ensuite que cette attitude avait justifié les plus expresses réserves de ces architectes, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le risque pris délibérément et en connaissance de cause par le maître de l'ouvrage, en a déduit à bon droit qu'elle ne pouvait retenir la responsabilité des architectes, ni celle de l'entrepreneur. »

Dans les circonstances de l'espèce, si les architectes avaient exprimé des réserves expresses, en revanche l'entrepreneur n'en avait pas formulé à l'égard de quiconque et cependant, il est totalement exonéré de sa responsabilité de plein droit.

Le risque du sol doit être maîtrisé ou du moins doit-on tenter de le maîtriser, le risque zéro n'existant pas en la matière, car, comme l'énonce à juste titre le guide précité à l'attention des maîtres d'ouvrage et maîtres d'oeuvre des marchés publics de travaux *« on ne peut*

éliminer totalement les aléas tenant au sol ».

C'est en amont de l'opération de construction que l'on doit prendre en compte le risque du sol, mais pour des raisons que nous avons évoquées tout au long des développements ci-dessus, il apparaît souhaitable de prendre également en compte ce risque tout au long de l'opération de construction.

Il est clair en tout cas que le coût des études tendant à maîtriser le risque du sol fait partie du coût de la construction, en sorte qu'il appartient naturellement au maître de l'ouvrage d'en assumer la charge.

Mais le maître de l'ouvrage doit être éclairé par les constructeurs sur ce risque et ne saurait en supporter les conséquences en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations d'information ou de mise en garde des constructeurs, ou encore en cas d'insuffisance des études qu'il aurait commandées et payées.

La démarche des géotechniciens et des projets de classification des missions géotechniques types (dernière version du 10 juill. 1997) est de nature, par l'information qui serait ainsi donnée au maître de l'ouvrage, sur la portée et les limites des différentes missions possibles, à contribuer à la prévention du risque du sol, étant rappelé ici encore que l'association des géotechniciens à l'étude du projet lui-même, y compris dans sa phase d'exécution, voire même dans le cadre d'un suivi d'exécution, constitue à l'évidence une sécurité accrue de la maîtrise du risque du sol.

Mots clés :

CONSTRUCTION * Sol * Risque * Nature du sol

(1) Sous le titre « Les risques du sol », un colloque organisé par le Centre d'études et de recherches sur la construction et le logement (CERCOL) et l'Association française pour le droit de la construction (AFDC), s'est tenu le 26 septembre 1997. Outre la présente contribution, les actes de ce colloque ont été publiés dans le n° 4/1997 de cette revue de la façon suivante :

Introduction, par P. Malinvaud, p. 519 .

Les risques tenant aux règles administratives, par H. Périnet-Marquet, p. 523 .

Les risques du sol tenant aux règles civiles, par P. Delebecque, p. 533 .

Les risques tenant aux règles civiles, observations d'un praticien, par B. Valeyre .

Les risques tenant à la pollution des sols, par G. J. Martin, p. 559 .

Synthèse, par B. Boubli, p. 569 .