

EPERS

Un jeu de construction à surveiller de près

Normalement responsables sur le fondement de contrats de fourniture, les fabricants ont vu leur responsabilité dériver vers une responsabilité assise sur le régime de la responsabilité des constructeurs. De récents arrêts laissent craindre un renouveau de la notion d'Epers, la Cour de cassation en abandonnant très largement le contrôle.



**VLADIMIR ROSTAN
D'ANCEZUNE
Avocat**

Le texte de l'article 1792-4 du code civil, issu de la loi Spinetta du 4 janvier 1978 (1), ne laissait pas présager un avenir aussi bouillonnant en doctrine et jurisprudence à la notion d'éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire du fabricant (Epers). Partant du constat que les désordres affectant l'ouvrage après réception peuvent être dus non à une faute des constructeurs mais à une défectuosité du produit mis en œuvre, le législateur a entendu créer un régime de responsabilité de ces derniers dans le cadre spécifique du droit de la construction.

La loi de 1978 a ainsi prévu que le fabricant pouvait être soumis à une responsabilité décennale, non en l'assimilant en tant que tel à un locateur d'ouvrage mais en créant, par l'introduction de l'article 1792-4, une notion floue de « fabricant d'éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (Epers) ». Des commentateurs ont indiqué que le législateur n'avait pas entendu faire peser sur l'ensemble des fabricants de matériaux une présomption de responsabilité, mais simplement y soumettre ceux dont les procédés, aptes à être intégrés en l'état à la construction, sont à eux seuls générateurs de risque, afin de tenir compte de l'importante évolution

de la filière industrielle dans le domaine de la construction.

Si des litiges ont pu naître dans les années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix, une accélération des conflits autour de la notion d'Epers s'est nettement fait ressentir à la fin des années quatre-vingt-dix. Les récents arrêts de la Cour de cassation de janvier et avril 2007 ont remis cette notion au cœur de l'actualité jurisprudentielle.

Avant de s'intéresser à l'étude de la jurisprudence récente, il est indispensable de délimiter la notion d'Epers.

La notion d'Epers

La notion d'Epers conduit à s'interroger sur sa définition dans le code civil et sa réception par le Bureau central de tarification (BCT).

■ Une notion strictement limitée

Le terme Epers désigne l'abréviation de l'expression « élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire ». Il s'agit là de l'une des innovations majeures de la loi Spinetta du 4 janvier 1978 qui a ainsi introduit la responsabilité solidaire, sous certaines conditions, du fabricant.

Aux termes de l'article 1792-4 du code civil, le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'un ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792,

1792-2 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.

Ce texte qui manie à merveille le clair-obscur laisse craindre un décalage avec les modes actuels de construction dont la technicité est grande et le conseil du fabricant bien souvent déterminant.

Le 21 janvier 1981, le ministère de l'Environnement a pris une circulaire interprétative à destination des administrations pour l'application aux marchés publics de l'article 1792-4 du code civil. Celle-ci est connue sous le nom de circulaire d'Ornano. C'est par ce texte que la notion d'élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire, Epers, est entrée en droit positif. Elle rappelle que quatre conditions cumulatives doivent être remplies pour que soit retenue la qualification d'Epers.

Ces conditions ont trait :

- au fabricant ;
- à la nature du produit fabriqué ;
- le produit doit correspondre à des exigences déterminées à l'avance ;
- le produit doit pouvoir être mis en œuvre sans modification.

La première condition est relative au fabricant. Le législateur a pris soin de donner une définition tout à la fois précise et large du fabricant. Le texte vise certes le fabricant, mais y assimile celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement

fabriqué à l'étranger et celui qui l'a présenté comme son œuvre en faisant figurer son nom, sa marque de fabrique ou tout autre élément distinctif.

La deuxième condition a trait à la nature du produit fabriqué. Il doit s'agir d'un ouvrage, d'une partie d'un ouvrage ou d'un élément d'équipement. C'est ici la première difficulté que fait naître le texte de 1978. Le contour de la notion d'ouvrage tel qu'on pouvait le rencontrer jusque dans le troisième quart du XX^e siècle n'est plus celui d'aujourd'hui. Dans cette première acception, la notion d'ouvrage s'entendait de l'objet produit par le travail d'un artisan qui en a réalisé la totalité à partir d'un matériau brut. On le voit, la mise en jeu de l'article 1792-4 du code civil ne devait être qu'exceptionnelle.

Dans une acception plus récente, la notion d'ouvrage est bien plus large. On en trouve par exemple une représentation dans les différents lots d'un chantier complexe. Si le gros œuvre est certes un ouvrage, les techniques nouvelles font intervenir des spécialistes qui réalisent ainsi une partie de l'ouvrage considéré et dont la responsabilité relève de l'article 1792-4 du code civil.

Il faut citer également le cas de « l'élément d'équipement » dont le caractère potentiellement extensif de la notion ne permet de le circonscrire que de façon peu aisée et donne un champ d'application du régime de responsabilité de l'article 1792-4 du code civil que l'on peut craindre difficilement maîtrisable.

D'importantes difficultés surgissent lors de l'examen des autres conditions de l'article 1792-4 du code civil pour qualifier l'élément considéré d'Epers. La jurisprudence a ainsi eu à connaître le cas de pompes à chaleur pour lesquels la Cour de cassation a retenu la qualification d'Epers en confirmant l'arrêt d'appel (2). En raison de la technicité toujours plus grande des éléments d'équipement aujourd'hui, cette catégorie potentielle d'Epers, que l'on aurait pu imaginer quasi inexistante en 1978, prend des proportions bien plus grandes à l'heure actuelle.

Une fois la nature du produit identifiée, le troisième critère d'application est celui de sa destination. Il doit satisfaire, en état de service, à des exigences

précises et déterminées à l'avance. C'est ici le critère de spécificité, véritable pierre angulaire du régime de l'article 1792-4 du code civil.

Cette exigence de prédétermination du produit fait écho dans le cas spécifique du droit de la construction à une notion de droit civil classique qui est celle de l'obligation de renseignement et de conseil du vendeur. L'obligation du fabricant est plus stricte que celle du vendeur puisqu'il est censé être mieux informé sur les avantages et les contraintes de son produit. Encore faut-il que le « client », lui-même technicien mais spécialiste d'une

L'obligation du fabricant est plus stricte que celle du vendeur puisqu'il est censé être mieux informé sur les avantages et les contraintes de son produit

autre branche (entrepreneur de gros œuvre), ou plus généraliste (architecte), lui indique clairement ses besoins et ses propres contraintes. En effet, de jurisprudence constante, le débiteur d'une obligation de conseil doit avoir été mis en mesure de s'acquitter de son obligation pour être sanctionné à défaut. Le fabricant ici d'un produit prétendu Epers doit avoir dépassé le simple acte de fabrication du produit considéré et être entré dans une phase de conception du produit. C'est là un élément déterminant de la qualification d'Epers. En effet, le passage de la prestation simplement matérielle à la prestation intellectuelle permet de glisser du contrat de vente au contrat d'entreprise et de respecter l'exigence de spécificité.

L'exigence de prédétermination conduit à s'interroger sur les produits dits « catalogue ». Ces produits ne peuvent être qualifiés d'Epers en ce que la détermination de leurs caractéristiques qualitatives et dimensionnelles n'est pas spécifique à la construction considérée.

Ces critères cumulatifs mettent en lumière la distinction indispensable à opérer entre le contrat de vente auquel se rattache la vente sur catalogue ou les éléments fabriqués sur mesure, et le contrat d'entreprise auquel se rattache indéniablement, dans le cas spécifique de l'assurance construction, le régime de responsabilité de l'article 1792-4 du code civil.

La quatrième condition porte sur la mise en œuvre du produit. Celle-ci incombe soit directement au locateur d'ouvrage soit au constructeur dans la mesure où elle doit être effectuée sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant.

Le critère de la mise en œuvre sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant est l'évidence même. En effet, on ne peut concevoir que le fabricant ne puisse être tenu solidairement que si le produit qu'il a fourni a été mis en œuvre sans modification préalable, quelles qu'en soient les raisons. La Cour de cassation (3) a ainsi refusé la qualification d'Epers à un produit qui avait fait l'objet d'une modification par le locateur d'ouvrage.

Pareillement, aucune responsabilité du fabricant ne saurait être retenue au visa de l'article 1792-4 du code civil si la mise en œuvre n'a pas été effectuée conformément aux prescriptions techniques du mode d'emploi établi par celui-ci. Ce n'est qu'en cas d'erreur dans ce document, alors, qu'il pourrait être déclaré responsable.

Certains auteurs ont exprimé cette condition en exigeant du produit une capacité propre à être mis en œuvre sans modification et conformément aux règles édictées. La nuance n'est pas négligeable. Il ne s'agirait plus alors de rechercher la faute du locateur d'ouvrage modifiant le produit ou ne respectant pas les prescriptions du guide d'installation, mais bien celle du fabricant ayant fourni un produit non conforme aux exigences formulées. L'article 1792-4 du code civil présente clairement la modification et/ou le non-respect des prescriptions de mise en œuvre comme une cause d'exonération de la responsabilité solidaire du fabricant. C'est donc bien la seule faute du locateur d'ouvrage qui est visée par le texte.

➔ ■ Une notion appliquée par le BCT

La jurisprudence tant du BCT que de la Cour de cassation a permis d'appréhender la notion, même si celle de la Cour doit conduire à rester vigilant quant à une possible extension de son champ d'application.

Le BCT a pour compétence de fixer le montant de la prime moyennant laquelle un assureur serait tenu de garantir un risque de responsabilité civile obligatoirement couvert, et aurait opposé un refus d'assurance au candidat à l'assurance. La compagnie refusant de se conformer à un avis du BCT peut faire l'objet d'un retrait d'agrément. On comprend que ces avis constituent par conséquent une véritable jurisprudence.

C'est ainsi qu'en matière d'Epers, la jurisprudence du BCT est essentielle.

Les avis du BCT reconnaissant ou non à un produit la qualité d'Epers sont nombreux. C'est à la suite d'analyses techniques et juridiques d'une grande rigueur que le BCT rappelle avec constance les quatre conditions cumulatives de l'article 1792-4 du code civil de la circulaire d'Ornano. D'une manière générale, les critères retenus sont essentiellement liés à la qualité d'ouvrage, de partie d'ouvrage ou d'élément d'équipement. Cela est parfaitement normal si l'on s'en tient au texte. Ainsi, une colle ne saurait être considérée comme une partie d'ouvrage et la responsabilité de son fabricant recherchée sur le fondement de l'article 1792-4 du code civil (4). Il fait enfin relever que, dans de nombreux cas, les Epers sont des innovations techniques dont l'emploi accroît très certainement les risques de la construction. Il convient également de relever un arrêt (5) du Conseil d'Etat annulant une décision du BCT qui n'avait pas retenu comme Epers des panneaux isolants, au motif que leur mise en œuvre nécessitait la pose de joints et l'adaptation dimensionnelle des modules. Or ces adaptations ont été considérées comme de « *simples ajustements* » par le Conseil d'Etat qui a, donc, retenu la qualification d'Epers.

Au nombre des produits retenus par le BCT dans la catégorie des Epers, on peut citer les panneaux pour maisons à ossature bois (6), les menuiseries en aluminium et vitrage isolant (7), des pan-

neaux isolants pour toiture de véranda et extension de bâtiment (8). Nonobstant l'importance des décisions du BCT, celles-ci n'ont pas valeur juridictionnelle. Il revenait donc aux tribunaux de se prononcer.

Une application limitée de la notion d'Epers en question

Si les applications jurisprudentielles de la notion d'Epers sont encore limitées, le récent arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2007 pose la question de son encadrement dans le futur.

■ Des applications jurisprudentielles encore limitées

Il convient de relever que la jurisprudence de la Cour de cassation au visa de l'article 1792-4 du code civil est assez limitée. Le contrôle effectué par la Cour, bien que léger, sur les constatations des juges du fond, a permis une uniformisation de l'application du régime des Epers et une maîtrise de son champ d'application. L'arrêt du 26 janvier 2007 (9) laisse craindre quant à lui un éclatement de la notion.

Un contrôle restreint de la Cour de cassation

Les fabricants qui ont accueilli sans enthousiasme les dispositions de l'article 1792-4 du code civil ont fait valoir, non sans raison, que le maître de l'ouvrage victime se trouve déjà largement protégé par l'assurance de dommages et par les assurances de responsabilité obligatoires des locataires d'ouvrage. Ils ont par ailleurs fait valoir que le fabricant n'est pas un participant à l'acte de construire comme les autres en ce qu'il n'est pas en relation directe avec le chantier. La Cour de cassation n'est certainement pas restée sourde aux arguments, et ceci explique peut-être sa maîtrise des litiges relatifs aux Epers. C'est ainsi qu'elle retient une conception stricte de la notion, là où les juges du fond ont une interprétation relativement extensive.

C'est ainsi qu'elle a refusé la qualification d'Epers à du béton prêt à l'emploi (10), des dalles de court de tennis (11) ou encore à des tuiles (12). Son contrôle est cependant resté très restreint et a eu tendance à s'atténuer avec le temps. Dans un arrêt du 25 juin 1997 (13), la Haute juridiction a retenu la responsa-

bilité du fabricant au visa de l'article 1792-4 du code civil en considérant que « *les éléments entrant dans la composition du système dalle polystyrène et canalisation n'étaient pas des matériaux indifférenciés mais un assemblage élaboré, et que l'entrepreneur avait mis en œuvre sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant le système de chauffage* ». La Cour de cassation réaffirme ici le critère de spécificité, pierre angulaire des Epers. La rigueur de la Cour de cassation s'est par la suite infléchie. Elle a rendu un arrêt en date du 12 juin 2002 (14) par lequel le champ d'application de la notion d'Epers s'est trouvé fortement accrue. Alors que le demandeur au pourvoi faisait valoir « *qu'un matériau produit en série et conçu pour satisfaire aux besoins de divers établissements industriels, sans répondre à des exigences précises et définies à l'avance pour le chantier en cause, ne répond pas à la définition d'Epers* », la Cour de cassation n'a pas cassé l'arrêt d'appel ayant retenu la responsabilité du fabricant au visa de l'article 1792-4 du code civil. Pourtant, les panneaux livrés avaient fait l'objet de découpes de dimensionnement que la Cour ne considère que comme « *de simples ajustements* ». Ce dérapage jurisprudentiel est des plus regrettables. La Cour de cassation a en effet retenu une interprétation extensive de la notion et atténué l'exigence de spécificité pour retenir la qualification d'Epers.

A retenir

Si la notion de spécificité a longtemps fait obstacle pour que soient qualifiés d'Epers des produits ayant subis des « ajustements », la jurisprudence des juges du fond montre que ceux-ci n'y voient plus une modification de nature à écarter l'application de l'article 1792-4 du code civil. La récente généralisant par la Cour de cassation de l'entérinement des constatations des juges du fond pour déclencher l'application de l'article 1792-4 du code civil peut laisser craindre un renouveau exagéré de la notion d'Epers, celle-ci abandonnant le contrôle qu'elle exerçait sur la notion.

Dans un arrêt du 22 septembre 2004 (15), la Cour de cassation censure une décision de la cour d'appel de Rennes et contrôle ainsi à nouveau l'application de l'article 1792-4 du code civil. Cette décision est d'autant plus intéressante que tout comme dans l'arrêt du 12 juin 2002, le produit prétendu Epers avait fait l'objet d'interventions minimales. Pourtant dans cet arrêt, la Cour relève que les panneaux avaient été découpés sur place afin d'y insérer d'autres éléments. Dès lors, le critère de la « mise en œuvre sans modification » n'était plus respecté et la Haute juridiction refuse l'application au cas d'espèce de l'article 1792-4 du code civil. Fort heureusement, la Cour revenait grâce à cette décision à plus d'orthodoxie juridique et abandonnait la distinction malaisée entre modifications et simples ajustements.

Le règne du « pouvoir souverain des juges du fond »

La question du contrôle par la Cour de cassation paraissait réglée depuis la décision du 22 septembre 2004 précitée. Pourtant, par un arrêt du 26 janvier 2007 (16) confirmé par une série d'arrêts du 25 avril 2007 (17), la Cour de cassation s'est bornée à entériner les constatations des juges du fond. Aux termes de cet arrêt, la Cour relève « d'une part que la société Plasteurop avait déterminé les dimensions des différents panneaux commandés par la société Sodistra et les avait fabriqués sur mesure afin de répondre à des exigences sanitaires et thermiques spécifiques, d'autre part que les aménagements effectués sur le chantier étaient conformes aux prévisions et directives de la société Plasteurop, la cour d'appel en a exactement déduit que le fabricant de ces panneaux, conçus et produits pour le bâtiment en cause et mis en œuvre sans modification, était, en application des dispositions de l'article 1792-4 du code civil, solidairement responsable des obligations mises à la charge du locateur d'ouvrage ».

Elle relève ainsi la fabrication sur mesure, mais écarte l'argument tiré du fait que les panneaux avaient subi des aménagements sur le chantier en ce qu'ils étaient en effet conformes aux prévisions et directives du fabricant.

La Cour de cassation se borne à entériner les constatations de la cour d'appel

sans procéder à l'examen des conditions d'applicabilité de l'article 1792-4 du code civil. Sans toutefois lui reconnaître un pouvoir souverain d'appréciation, la Haute juridiction abandonne cependant son pouvoir de contrôle.

■ Une nécessaire limitation du champ d'application des Epers

Le champ d'application du régime de responsabilité issu de l'article 1792-4 du code civil a connu depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 2002 une extension remarquable. Celle-ci doit cependant être maintenue dans le strict cadre du texte de l'article 1792-4 du code civil et de l'esprit du législateur de 1978.

Il semble indispensable que la Cour vérifie systématiquement la réunion des quatre conditions cumulatives afin de ne pas faire peser sur les fabricants une responsabilité supplémentaire

Cette responsabilité qui se veut accessoire à celle des constructeurs en ce que la responsabilité d'un fabricant qualifié de fabricant d'Epers ne se pose que si la responsabilité des constructeurs est retenue, doit être enfermée dans le cadre des quatre conditions cumulatives de l'article 1792-4 du code civil. Il convient de mettre en avant la condition de la spécificité du produit qui fait sortir le fabricant de son habituelle prestation matérielle pour le voir effectuer une prestation intellectuelle, véritable élément déclencheur du régime de responsabilité de l'article 1792-4 du code civil.

A la suite de l'arrêt du 26 janvier 2007 et de l'abandon aux juges du fond de l'appréciation des quatre critères cumulatifs d'application de l'article 1792-4 civil, l'évolution jurisprudentielle laisse craindre qu'après avoir entériné les constatations de ceux-ci la prochaine évolution soit la reconnaissance d'une « appréciation souveraine » à leur profit. Ce

serait alors la fin de la maîtrise du litige et de l'harmonisation indispensable des solutions par la Cour. Même si une partie de la doctrine fait valoir que cette évolution serait celle de la sagesse, les décisions des juges du fond rendues en la matière sèment le doute.

En effet, ceux-ci retenant la qualification d'Epers alors que le produit litigieux avait fait l'objet « d'ajustements » ne plaide pas en faveur d'un abandon au juge du fond du contrôle de l'application du régime de responsabilité de l'article 1792-4 du code civil. Il semble indispensable que la Cour vérifie systématiquement la réunion des quatre conditions cumulatives dans toute leur rigueur afin de ne pas faire peser sur les fabricants une responsabilité supplémentaire, cumulant ainsi une responsabilité « produits » classique et une responsabilité de type « constructeur » à laquelle ils n'ont à être assujetti que très exceptionnellement étant généralement étrangers à l'acte de construire. ■

Vladimir Rostan d'Ancezone
Avocat au barreau de Paris et au
Colegio de Abogados de Buenos-Aires
Chargé d'enseignement à l'université
Panthéon - Assas - Paris II
Cabinet d'avocats Moureu associés

(1) Loi du 4 janvier 1978, n° 78-12, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JORF du 5 janvier 1978.

(2) Cass., civ. 3^e, 20 janvier 1993, pourvoi n° 90-21224.

(3) Cass., civ. 3^e, 6 octobre 1999, pourvoi n° 98-12384.

(4) Avis négatif du BCT en date du 9 mars 1998.

(5) CE, 9^e, 10^e sous-sections, société Oxatherm c/BCT, 6 octobre 2004, n° 258334.

(6) BCT, décision R 88-42, 16 mars 1988.

(7) BCT, décision R 88-41, 16 mars 1988.

(8) BCT, 24 janvier 1995.

(9) Cass., ass. plén., 26 janvier 2007, pourvoi n° 06-12165.

(10) Cass., civ. 3^e, 24 novembre 1987, pourvoi n° 86-15488, bull. civ. III, n° 188.

(11) Cass., civ. 3^e, 26 octobre 1988, bull. civ. III, n° 10.

(12) Cass., civ. 1^{re}, 4 décembre 1984, bull. civ. III, n° 202.

(13) Cass., civ. 3^e, 25 juin 1997, pourvoi n° 95-18234, bull. civ. III, n° 150.

(14) Cass., civ. 3^e, 12 juin 2002, pourvoi n° 00-12023.

(15) Cass., civ. 3^e, 22 septembre 2004, pourvoi n° 03-10325.

(16) Cass., ass. plén., 26 janvier 2007, pourvoi n° 06-12165.

(17) Cass., civ. 3^e, 25 avril 2007, pourvoi n° 05-20586.