

**Cour de cassation**

**Chambre civile 3**

**Audience publique du 12 septembre 2012**

**N° de pourvoi: 11-13.309**

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Terrier (président), président**

Me Copper-Royer, Me Foussard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 17 décembre 2010), que le 26 juin 2006, la société Mansio constructions et M. X... ont signé un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan ; que le 22 décembre 2006 la Caisse de garantie immobilière du bâtiment (CGI bâtiment) a délivré une garantie de livraison ; que le maître de l'ouvrage, après constat d'huissier de justice et mise en demeure, a assigné la société Mansio constructions et CGI bâtiment en responsabilité sur le fondement de l'article L. 231-6, II du code de la construction et de l'habitation ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 231-2 et L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation ;

Attendu que le contrat de construction de maison individuelle doit comporter l'énonciation des pénalités prévues en cas de retard de livraison ;

Que les stipulations du contrat relatives aux pénalités applicables en cas de retard d'exécution peuvent se référer à des clauses types approuvées par décret en Conseil d'Etat ;

Attendu que, pour condamner la CGI bâtiment, in solidum avec la société Mansio constructions, à payer à M. X... des pénalités de retard, l'arrêt retient que celles-ci seront dues pour la période du 8 août 2009 jusqu'à l'établissement d'un procès-verbal de

réception de l'ouvrage sans réserves ou d'un procès-verbal de levée des réserves ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les pénalités de retard prévues par l'article L. 231-2, i) du code de la construction et de l'habitation ont pour terme la livraison de l'ouvrage et non sa réception avec ou sans réserves, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 443-1 du code des assurances, ensemble l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation ;

Attendu que les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au 3° de l'article 1251 du code civil ;

Attendu que pour débouter la CGI bâtiment de sa demande dirigée contre la société Mansio constructions en garantie des pénalités de retard qu'elle serait condamnée à régler et en remboursement des sommes versées au maître de l'ouvrage au titre du supplément de prix nécessaire à l'achèvement de l'immeuble en application de la garantie de livraison, l'arrêt retient que la société CGI bâtiment qui a rempli une obligation qui lui était propre en application des dispositions de l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation ne dispose pas du recours subrogatoire prévu par les articles 1251 et 2305 du code civil, pas plus qu'elle ne peut se prévaloir de l'article 12 de la convention de garantie du 19 janvier 2004 qui ne peut produire effet qu'à l'égard des sommes payées pour le compte de la société Mansio Constructions et non pour le règlement des obligations personnelles du garant de livraison ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 443-1 du code des assurances a été introduit par l'article 26 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, qui a un caractère interprétatif, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisième moyen :

**CASSE ET ANNULE**, mais seulement en ce qu'il condamne la CGI bâtiment, in solidum avec la société Mansio constructions, à payer à M. X... des pénalités de retard, jusqu'à l'établissement d'un procès-verbal de réception de l'ouvrage sans réserves ou d'un procès-verbal de levée des réserves, et déboute la CGI bâtiment de sa demande dirigée contre la société Mansio constructions en garantie des pénalités de retard qu'elle serait condamnée à régler et en remboursement des sommes versées au maître de l'ouvrage au titre du supplément de prix nécessaire à l'achèvement de l'immeuble en application de la garantie de livraison, l'arrêt rendu le 17 décembre 2010, entre les parties, par la cour

d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. X..., à payer la somme de 2 500 euros à la Caisse de garantie immobilière du bâtiment (CGI bâtiment) ; rejette la demande de M. X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze septembre deux mille douze.  
MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Foussard, avocat aux Conseils, pour la Caisse de garantie immobilière du bâtiment (CGI bâtiment).

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a condamné la CGI BATIMENT, in solidum avec la société MANSIO CONSTRUCTIONS, à payer à M. X... des pénalités de retard pour la période à compter du 8 août 2009 jusqu'à l'établissement d'un procès-verbal de réception de l'ouvrage sans réserves ou d'un procès-verbal de levée des réserves ;

AUX MOTIFS PROPRES QU' « il est constant que la date prévue pour la fin des travaux soit le 28 janvier 2008 n'a pas été respectée ; qu'en outre la déduction d'une franchise s'élevant en l'espèce à la somme de 1 743,30 € n'est pas plus contestée par le maître de l'ouvrage ; que la société Mansio Constructions comme la société Cgi Bâtiment soutiennent que le montant des pénalités de retard doit être calculé sur le prix de la construction soit 178 977,46 € dont doit être soustrait le coût de l'assurance dommages ouvrages soit la somme de 174 332,46 € qui permet d'aboutir à un montant journalier de pénalités de retard de 58,11 € ; que M. X... fait valoir que rien ne justifie une telle interprétation ; qu'il convient de prendre en compte le détail de l'avenant n° 6 en date du 29 mai 2007, qui après avoir pris en considération les avenants successivement intervenus a arrêté le montant global révisé du contrat à la somme de 174 332,46 €, qu'il convient de retenir dès lors qu'ainsi qu'il a déjà été dit aux termes du contrat du 26 juillet 2006 le coût de l'assurance dommages ouvrage est exclu ; qu'en conséquence qu'en application tant de l'article L 231-6 du code de la construction et de l'habitation que de

l'article 2/7 du contrat du 26 juin 2006 il y a lieu de dire confirmant le jugement entrepris que le montant journalier des pénalités de retard est de 58,11 € ; que par ailleurs la société Cgi Bâtiment se prévalant de l'application de l'article L 231-6 I c du code de la construction et de l'habitation sollicite l'infirmité du jugement en ce qui concerne le délai d'expiration des pénalités de retard, qui selon elle doit être fixé à la date de livraison de l'immeuble avec ou sans réserves et non à la date d'établissement d'un procès verbal de réception de l'ouvrage sans réserve ou d'un procès-verbal de levée des réserves (ainsi que l'a décidé le premier juge) tandis que la société Mansio Constructions de même que le garant sollicitent que l'octroi des pénalités de retard soit suspendu à compter du 28 octobre 2009 date à laquelle le conseil de M. X... a informé le mandataire du garant qu'il ne souhaitait pas que soit mise en oeuvre la démolition et la reconstruction de la maison compte tenu de la procédure d'appel en cours ; qu'en application de l'article L 231-6 IV du code de la construction et de l'habitation il y a lieu confirmant le jugement déferé de dire que les pénalités journalières de retard de 58,11 € s'appliqueront du 28 janvier 2008 jusqu'au jour de l'établissement d'un procès verbal de réception des travaux par écrit et le cas échéant à l'expiration du délai de 8 jours prévu à l'article L 231-8 du même code pour dénoncer les vices apparents ou si des réserves ont été formulées lorsque celles-ci auront été levées ; qu'il convient par ailleurs d'écarter la demande tendant à la suspension de l'octroi des pénalités de retard à compter du 28 octobre 2009 dès lors qu'en tout état de cause M X... était fondé à attendre la communication par le garant de la personne désignée par celui-ci pour en l'espèce démolir puis reconstruire la maison, que celle-ci n'a été portée à sa connaissance que par courrier du 16 juillet 2010 et qu'il est légitime à l'analyser avec le concours d'un professionnel habilité ; que la société Mansio Constructions oppose incidemment page de ses dernières écritures dans le paragraphe consacré au caractère exclusif des pénalités de retard que "l'immixtion du maître de l'ouvrage qui a fait intervenir un expert qui a établi postérieurement à la réalisation du gros oeuvre un rapport de visite des travaux le 23 juillet 2007 "doit entraîner un partage de responsabilité qu'elle chiffre à hauteur de 50 % applicable aux pénalités de retard mise à sa charge ; qu'adoptant la motivation pertinente du premier juge il convient d'écarter cette argumentation; qu'il suffit de relever que le rapport déposé le 23 juillet 2007 par la société Arthex mandaté par M. X... n'est qu'un rapport de visite qui fait le point sur les travaux de construction de l'immeuble tout en constatant les défauts d'exécution de la dalle de maçonnerie et des briquetages; qu'il ne peut être analysé comme un acte positif d'ingérence du maître de l'ouvrage alors de surcroît qu'il n'est pas contestable aux termes du rapport d'expertise postérieur que les désordres décrits dans le rapport précité sont exclusivement imputables au constructeur ; qu'en définitive, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Mansio Constructions à payer à M. X... au titre des pénalités de retard dues pour la période du 28 janvier 2008 au 7 août 2009 la somme (dont le calcul n'est pas remis en cause) de 32 483,49 € et la somme de 58,11 € par jour à compter du 8 août 2009 jusqu'au jour de l'établissement d'un procès verbal de réception sans réserve ou d'un procès verbal de levée des réserves ; et en ce qu'il a condamné la société Cgi Bâtiment solidairement avec la société Mansio Constructions à payer à M. X... les pénalités de retard ci-dessus, déduction faite d'une franchise de 1 743,30 € ; et ce conformément à l'application tant des dispositions contractuelles liant la société Mansio Constructions qu'à l'application de l'article L. 231-6 I C du code de la construction et de l'habitation » (arrêt, p. 6-8) ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « le contrat souscrit le 26 juin 2006 stipule en son article 2-7 qu'en cas de retard dans l'achèvement de la construction, une pénalité égale à 1/3000 du prix convenu par jour de retard est due par le constructeur ; qu'en l'espèce, l'achèvement de la construction était fixé au 27 janvier 2008 de telle sorte

que les pénalités de retard courent depuis le 28 janvier 2008 et courent jusqu'à l'achèvement des travaux sous la responsabilité de la société CGI ;

qu'en l'absence de précision sur la prise en compte dans le prix convenu du coût de l'assurance dommage ouvrage, il convient de calculer les pénalités sur la base de 174 332,46 euros correspondant au prix hors assurance dommage ouvrage ; que le montant de la pénalité journalière s'établit donc à la somme de 58,11 euros ; que le montant des pénalités dues s'établit à la date du jugement soit pour une période de 18 mois et 11 jours, à la somme de 32 483,49 euros (559 x 58,11) ; qu'elles seront dues pour ce montant journalier à compter du 8 août 2008 jusqu'au jour de l'établissement d'un procès-verbal de réception de l'ouvrage sans réserve ou d'un procès-verbal de levée des réserves ; que ces pénalités sont dues par la société MANSION en vertu du contrat mais également par la société CGI, sous réserve d'une franchise de 30 jours équivalent à une somme de 1 743,30 euros, en application de l'article L. 231-6 I c) du code de la construction et de l'habitation précité du fait de la caution solidaire due par celle-ci ; que l'intervention d'un expert à la demande de M. X... pour constater les graves malfaçons avérées ne constitue pas une immixtion du maître de l'ouvrage qui pourrait expliquer le retard dans la réalisation des travaux et autoriser une réduction des pénalités de retard ; que la demande de limitation à 50 % de ces pénalités sera donc rejetée » (jugement, p. 8-9) ;

ALORS QUE les pénalités de retard prévues par l'article L. 231-2, i) du code de la construction et de l'habitation ont pour terme la livraison de l'ouvrage et non sa réception avec ou sans réserves ; qu'au cas d'espèce, en décidant au contraire que les pénalités de retard seraient dues par la CGI BATIMENT (in solidum avec la société MANSIO CONSTRUCTIONS) à M. X... pour la période du 8 août 2009 jusqu'à la réception de l'ouvrage sans réserves, ou la levée des réserves, quand les pénalités ne pouvaient être dues que jusqu'à la livraison de l'ouvrage, comme le soutenait du reste la CGI BATIMENT, les juges du fond ont violé les articles L. 231-2, i) et R. 231-14 du code de la construction et de l'habitation, ensemble l'article L. 231-6, IV du même code.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, encourt la censure ;

EN CE QU'il a débouté la CGI BATIMENT de sa demande dirigée contre la société MANSIO CONSTRUCTIONS et visant à ce qu'elle la garantisse des pénalités de retard qu'elle serait condamnée à régler et qu'elle lui rembourse les sommes versées au maître de l'ouvrage au titre du supplément de prix nécessaire à l'achèvement de l'immeuble en application de la garantie de livraison ;

AUX MOTIFS QUE « la société Cgi Bâtiment sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Mansio Constructions à la garantir des pénalités de retard et à lui rembourser sans limitation le supplément de prix nécessaire à l'achèvement des ouvrages qui resterait à sa charge au delà des sommes payées par le maître de l'ouvrage, qu'elle sollicite par ailleurs sa réformation et demande que le constructeur soit condamné à la garantir de toutes les sommes qui pourraient être mises à

sa charge en ce compris les dommages intérêts et les sommes allouées au titre de l'article 700 du code de procédure civile, qu'au soutien de ces prétentions elle invoque tant le principe de l'autonomie de la volonté que l'article 12 de la convention de garantie du 19 janvier 2004 ou encore la subrogation dans les droits du maître de l'ouvrage ; que la société Mansio Constructions s'oppose à ces demandes; qu'en premier lieu que la garantie ne saurait jouer concernant l'astreinte de 1 000 euros par jour de retard, dès lors que cette condamnation relève de la faute personnelle commise par le garant, qui tarde à exécuter ses obligations ; qu'un garant de livraison, qui remplit une obligation qui lui est personnelle est tenu dans ses rapports avec le constructeur de la charge définitive de la dette qu'il a acquittée à la suite de la défaillance de celui-ci ; qu'en l'espèce la société Cgi Bâtiment qui a rempli une obligation qui lui était propre en application des dispositions de l'article L du code de la construction et de l'habitation ne dispose pas du recours subrogatoire prévu par les articles 1251 et 2305 du code civil, pas plus qu'elle ne peut se prévaloir de l'article 12 de la convention de garantie du 19 janvier 2004 qui ne peut produire effet qu'à l'égard des sommes payées pour le compte de la société Mansio Constructions et non pour le règlement des obligations personnelles du garant de livraison, sans que cette disposition constitue la violation du droit à un procès équitable tel que stipulé à l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en conséquence infirmant le jugement entrepris il convient de dire que la société Cgi Bâtiment ne dispose d'aucun recours à l'encontre de la société Mansio Constructions » (arrêt, p. 10) ;

ALORS QUE sont applicables aux situations juridiques et aux instances en cours, même à hauteur de cassation, les lois nouvelles qui présentent un caractère interprétatif ; que l'article 26 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, entrée en vigueur le 1er mai 2011 par application de l'article 61, I de la même loi, qui introduit dans le code des assurances un nouvel article L. 443-1 aux termes duquel « les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au 3° de l'article 1251 du code civil », présente un caractère interprétatif en ce qu'il se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverses, cette controverse s'incarnant ici dans le point de savoir si la garantie de livraison, telle que prévue par l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation, ouvre ou non un recours subrogatoire au garant de livraison contre le donneur d'ordre, faute de précisions données antérieurement par le législateur quant à l'articulation à opérer entre le texte spécial du code de la construction et de l'habitation et l'article 1251, 3° du code civil relatif à la subrogation légale ; qu'il en résulte que le garant de livraison doit être réputé comme ayant toujours disposé d'un recours contre le donneur d'ordre, sur le fondement de la subrogation légale, même pour les garanties consenties antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ; qu'en conséquence l'arrêt attaqué devra être censuré pour violation de l'article L. 443-1 nouveau du code des assurances, tel que résultant de l'article 26 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, ensemble les articles L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation et 1251, 3° du code civil, ensemble l'article 2 du même code.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

L'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, encourt la censure ;

EN CE QU'il a débouté la CGI BATIMENT de sa demande dirigée contre la société MANSIO CONSTRUCTIONS et visant à ce qu'elle la garantisse des pénalités de retard qu'elle serait condamnée à régler et qu'elle lui rembourse les sommes versées au maître de l'ouvrage au titre du supplément de prix nécessaire à l'achèvement de l'immeuble en application de la garantie de livraison ;

AUX MOTIFS QUE « la société Cgi Bâtiment sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Mansio Constructions à la garantir des pénalités de retard et à lui rembourser sans limitation le supplément de prix nécessaire à l'achèvement des ouvrages qui resterait à sa charge au delà des sommes payées par le maître de l'ouvrage, qu'elle sollicite par ailleurs sa réformation et demande que le constructeur soit condamné à la garantir de toutes les sommes qui pourraient être mises à sa charge en ce compris les dommages intérêts et les sommes allouées au titre de l'article 700 du code de procédure civile, qu'au soutien de ces prétentions elle invoque tant le principe de l'autonomie de la volonté que article 12 de la convention de garantie du Janvier 2004 ou encore la subrogation dans les droits du maître de l'ouvrage ; que la société Mansio Constructions s'oppose à ces demandes; qu'en premier lieu que la garantie ne saurait jouer concernant l'astreinte de 1 000 euros par jour de retard, dès lors que cette condamnation relève de la faute personnelle commise par le garant, qui tarde à exécuter ses obligations ; qu'un garant de livraison, qui remplit une obligation qui lui est personnelle est tenu dans ses rapports avec le constructeur de la charge définitive de la dette qu'il a acquittée à la suite de la défaillance de celui-ci ; qu'en l'espèce la société Cgi Bâtiment qui a rempli une obligation qui lui était propre en application des dispositions de l'article L du code de la construction et de l'habitation ne dispose pas du recours subrogatoire prévu par les articles 1251 et 2305 du code civil, pas plus qu'elle ne peut se prévaloir de l'article 12 de la convention de garantie du 19 janvier 2004 qui ne peut produire effet qu'à l'égard des sommes payées pour le compte de la société Mansio Constructions et non pour le règlement des obligations personnelles du garant de livraison, sans que cette disposition constitue la violation du droit à un procès équitable tel que stipulé à l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en conséquence infirmant le jugement entrepris il convient de dire que la société Cgi Bâtiment ne dispose d'aucun recours à l'encontre de la société Mansio Constructions » (arrêt, p. 10) ;

ALORS QUE, premièrement, si les règles prévues par les articles L. 230-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation sont d'ordre public, c'est dans la mesure où elles tendent à la protection du maître de l'ouvrage contre la défaillance du constructeur ; qu'en revanche, l'absence de recours du garant de livraison contre le constructeur garanti, qui n'est pas prévue par un texte mais résulte d'une règle jurisprudentielle, peut être écartée, dans les rapports entre le garant et le garanti, par une stipulation contractuelle, qui relève de la simple mise en oeuvre de la liberté contractuelle, sans contrarier aucune des dispositions d'ordre public prévues par la loi pour la protection du maître de l'ouvrage ; qu'au cas d'espèce, en repoussant le recours formé par la CGI BATIMENT contre la société MANSIO CONSTRUCTIONS, sur le fondement de l'article 12 de la convention de garantie passée entre les deux parties le 19 janvier 2004, qui prévoyait expressément

qu'en cas de mise à exécution de la garantie de livraison, le garant aurait le droit de recouvrer contre le constructeur les sommes qu'il aurait été amené à payer, motif pris de ce que cette stipulation contractuelle ne pouvait s'appliquer que s'agissant des sommes payées par la CGI BATIMENT « pour le compte » de la société MANSIO CONSTRUCTIONS et non pour les sommes payées en exécution des « obligations personnelles du garant de livraison », quand cette stipulation, licite comme ne se heurtant à aucune règle d'ordre public, devait produire ses effets dans les rapports entre le garant et le constructeur garanti, les juges du second degré ont violé, par fausse application, l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation et, par refus d'application, l'article 1134 du code civil ;

Et ALORS QUE, deuxièmement et subsidiairement, à supposer que l'arrêt attaqué doive être interprété comme n'ayant pas exclu par principe qu'une stipulation contractuelle puisse ouvrir un recours au garant de livraison contre le garanti, mais ait retenu cette solution par interprétation de l'article 12 de la convention de garantie du 19 janvier 2004, il devra alors être censuré pour dénaturation et, partant, violation de l'article 1134 du code civil, dès lors que la clause prévoyait que le garant de livraison bénéficierait du droit de recouvrer contre le constructeur toutes les sommes qu'il aurait été amené à payer au titre de la garantie sans distinction.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Poitiers du 17 décembre 2010