

Cour de cassation

chambre civile 3

Audience publique du 25 juin 2020

N° de pourvoi: 19-11.412

ECLI:FR:CCASS:2020:C300359

Non publié au bulletin

Cassation partielle

M. Chauvin (président), président

SCP Buk Lament-Robillot, SCP Colin-Stoclet, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

CIV. 3

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 25 juin 2020

Cassation partielle

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 359 F-D

Pourvoi n° X 19-11.412

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 25 JUIN
2020

1°/ M. W... N... F... P..., domicilié [...],

2°/ la société Dark, société civile immobilière, dont le siège est [...],

ont formé le pourvoi n° X 19-11.412 contre l'arrêt rendu le 29 octobre 2018 par la cour
d'appel de Nouméa (chambre civile), dans le litige les opposant :

1°/ à la société BDR concept, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],

2°/ à M. L... X..., domicilié [...], exerçant sous l'enseigne FG Electricité,

3° à la société QBE insurance-délégation de Nouvelle Calédonie, dont le siège est [...] ,

4° à la société Platine, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

5° à la société Décoration menuiserie agencement (DMA), société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

6° à la société G'Froid, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

7° à la Société rénovation du bâtiment (FRB), société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

8° à la société Mary-Laure Gastaud, société d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est [...] , prise en sa qualité de mandataire liquidateur de la société Dark,

défendeurs à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Nivôse, conseiller, les observations de la SCP Buk Lament-Robillot, avocat de M. N... F... P... et de la société Dark, de la SCP Colin-Stoclet, avocat de la société QBE Insurance-délégation de Nouvelle Calédonie, après débats en l'audience publique du 12 mai 2020 où étaient présents M. Chauvin, président, M. Nivôse, conseiller rapporteur, M. Maunand, conseiller doyen, et Mme Besse, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Désistement partiel

1. Il est donné acte à M. N... et à la société Dark du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société Mary-Laure Gastaud, prise en sa qualité de liquidatrice de la société Dark.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Nouméa, 29 octobre 2018), M. N... F... Bin Tshamala (M. N...) a confié à la société BDR concept (la société BDR), assurée auprès de la société QBE insurance (la société QBE), la rénovation et l'aménagement d'une villa.

3. La société BDR a, après expertise, assigné M. N... en paiement d'un solde du marché. La société Dark, ayant pour gérant M. N..., est intervenue volontairement à l'instance et a formé une demande reconventionnelle en indemnisation des préjudices liés à l'existence de désordres dans l'immeuble.

Examen des moyens

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre premières branches, ci-après annexé

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche

Enoncé du moyen

5. M. N... et la société Dark font grief à l'arrêt de limiter à une certaine somme le montant des condamnations au titre des réfections, alors « qu'application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir, sur le fondement du premier moyen de cassation, du chef du dispositif ayant dit que le contrat liant M. N... à la société BDR ne constituait pas un marché à forfait, emportera, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif de l'arrêt ayant limité l'indemnisation due par la société BDR Concept à M. N... au titre des réfections à la somme de 2 271 000 F CFP en retenant que les autres critiques des appelantes en relation avec la nature du contrat (prise en compte des travaux supplémentaires et non du seul marché à forfait) seront écartés comme étant inopérantes. »

Réponse de la Cour

6. La disposition attaquée par ce grief ne se rattachant pas par un lien de dépendance nécessaire au chef critiqué par le premier moyen, la cassation de l'arrêt sur le premier moyen n'entraîne pas l'annulation de la disposition relative à l'indemnisation due à la société Dark au titre de la reprise des désordres.

7. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

8. M. N... et la société Dark font grief à l'arrêt de dire que le contrat conclu entre M. N... et la société BDR ne constitue pas un marché à forfait et de condamner, en conséquence, M. N... à payer à la société BDR une certaine somme au titre du solde du marché et M. N... et la société Dark à prendre en charge une part des frais d'expertise, alors « que le prix global et définitif, condition de l'existence d'un forfait, peut ne concerner qu'une partie de la construction, de sorte que l'existence d'un aléa susceptible d'affecter le prix de seulement certains des postes du marché n'est pas de nature à exclure que les autres postes, dont le prix a été fixé de manière définitive et globale constituent un marché à forfait ; que dès lors, en retenant, pour écarter la qualification de marché à forfait résultant expressément des termes du devis accepté le 1er décembre 2008, que si le marché pouvait comporter des postes forfaitaires et d'autres non, encore fallait-il que tous les postes entrant dans le champ d'application du marché soient budgétisés et qu'en l'occurrence le marché ne prévoyait pas de prix définitif pour certains des postes, la cour d'appel, qui s'est fondée sur une circonstance inopérante à écarter la qualification de marché à forfait partiel pour ceux des lots dont le prix était fixé de manière définitive et forfaitaire, a violé l'article 1793 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1793 du code civil :

9. Selon ce texte, est un marché à forfait le contrat par lequel un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol.

10. Pour dire que le contrat conclu entre M. N... et la société BDR ne constitue pas un marché à forfait, l'arrêt retient que le devis est insuffisamment précis et détaillé, renvoyant pour certains lots à des prévisions ou à des travaux à définir ultérieurement, que le marché ne prévoit qu'un estimatif pour les travaux d'électricité, qu'il ne fixe aucun budget pour les placards, qu'il accorde au maître de l'ouvrage le choix de certains matériaux et qu'il laisse subsister trop d'aléas susceptibles d'influer sur la nature et le volume du descriptif arrêté pour le second oeuvre et le lot peinture et enduits.

11. En statuant ainsi, alors qu'un marché peut être forfaitaire pour une partie seulement des travaux convenus, la cour d'appel, qui a relevé que le marché en cause comprenait d'autres lots que ceux pour lesquels le caractère forfaitaire n'était pas établi, a violé le texte susvisé.

Et sur le troisième moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

12. M. N... et la société Dark font grief à l'arrêt de limiter la condamnation de la société BDR au titre du préjudice de jouissance, alors « que l'exercice d'une action en justice est un droit qui ne dégénère en abus que dans les cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol ; que dès lors, en énonçant, pour réduire l'indemnisation allouée à la SCI Dark au titre de la réparation de son préjudice de jouissance de 2 000 000 F CFP à la somme de 1 000 000 FCP, que la multiplicité des procédures engagées par les appelants avait retardé la résolution du litige participant à l'aggravation du préjudice qui a perduré dans le temps, sans constater que ces procédures avaient été engagées de manières abusives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1382 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil :

13. Selon ce texte, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

14. Pour limiter l'indemnisation du préjudice de jouissance subi par la société Dark, l'arrêt retient que, si celui-ci est réel, la multiplicité des procédures engagées par M. N... a retardé la résolution du litige, participant à l'aggravation du préjudice.

15. En se déterminant ainsi, sans constater que les procédures engagées par M. N... ou la société Dark présentaient un caractère abusif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Demande de mise hors de cause

16. Le pourvoi ne critiquant pas les chefs de dispositif mettant hors de cause la société QBE insurance et déclarant irrecevable la demande formée contre elle en appel, il y a lieu de la mettre hors de cause.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

Met hors de cause la société QBE insurance ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que le contrat conclu par M. N... F...

P... et la société BDR concept ne constitue pas un marché à forfait, condamne M. N... F... P... à payer à la société BDR concept la somme de 11 640 315 F Pacifique au titre du solde du marché, condamne la société BDR concept à payer à la société Dark la somme de 1 000 000 F Pacifique au titre du préjudice de jouissance et répartit la charge des frais d'expertise entre M. N... F... P... et la société Dark, d'une part, et la société BDR concept, d'autre part, l'arrêt rendu le 29 octobre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Nouméa, autrement composée ;

Condamne la société BDR concept aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société QBE insurance et condamne la société BDR concept à payer à M. N... et à la société Dark la somme globale de 3 000 euros ;

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 vingt-cinq juin deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Buk Lament-Robillot, avocat aux Conseils, pour M. N... F... P... et la société Dark.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

M. N... et la Sci Dark font grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir dit que le contrat intervenu entre W... N... et la société BDR Concept le 1er décembre 2008 concernant la rénovation de l'immeuble situé [...] appartenant à la SCI Dark ne constitue pas un marché à forfait et d'avoir, en conséquence, condamné M. N... à payer à la société BDR Concept la somme de 11 640 315 F CFP au titre du solde du marché et d'avoir condamné les

exposants à supporter 70 % des frais d'expertise ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'aux termes de l'article 1793 du code civil, "lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du soi, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire." ; que c'est à bon droit que le premier juge a dit que le contrat signé entre les parties n'était pas un marché à forfait en dépit de la clause stipulant que le prix était global et forfaitaire ; que dans le marché à forfait, la fixité du prix est un élément essentiel du contrat ; que le caractère forfaitaire du marché résulte ainsi de la fixation préalable de son prix, de façon globale, par référence à la notion de « bâtiment » et de « plan arrêté et convenu » ; que le plan arrêté et convenu doit correspondre aux documents techniques qui procèdent à la description des ouvrages à réaliser, documents souvent associés, soit au quantitatif estimatif, soit à la décomposition globale des prix forfaitaires ; qu'au vu des éléments du dossier, cette qualification doit être exclue ; que le devis est insuffisamment précis et détaillé renvoyant pour certains lots à des prévisions ou à des travaux à définir ultérieurement ; qu'il n'est accompagné d'aucun cahier des charges et même si le prix global défini ne concerne qu'une partie de la construction, le marché pouvant comporter des postes forfaitaires et d'autres non, encore faut-il que tous les postes entrant dans le champ d'application du marché soient budgétisés ; qu'en l'espèce, le marché, qui ne prévoit qu'un estimatif pour les travaux d'électricité, aucun budget pour les placards et qui laisse au maître de l'ouvrage le choix de certains matériaux, ouvre la porte à trop d'aléas susceptibles d'influer la nature et le volume du descriptif arrêté pour le second oeuvre et pour le lot peinture et enduits (Cour de cassation Civ. 3e, 20 nov. 1991, n° 89-21.858) ; qu'en réalité, cette offre du 01/12 /2008 qui est à mettre en relation avec le contrat de maîtrise d'oeuvre, avait pour objet de définir l'enveloppe budgétaire de base sans figer celle-ci ; que le contrat passé entre la Sarl BDR Concept et M. W... N... ne constitue pas un marché à forfait ; que de fait, il résulte de l'expertise T... que l'enveloppe initialement arrêtée à 23 474 082 Fcfp est passée à 30 664 803 Fcfp en raison de travaux non prévus dans le descriptif, travaux supplémentaires qui ont été évalués par l'expert en plus et moins-value à la somme de 7 7870 707 Fcfp, maîtrise d'oeuvre incluse ; qu'ainsi, le tableau dressé par M. T... qui a listé lots par lots, les travaux qui ont été réalisés, ceux qui ne l'ont pas été, leur coût initial et leur coût final, montre que le surcoût financier est lié principalement aux travaux hors marché (climatisation) aux travaux dont le budget n'avait été défini qu'à minima (électricité), à des travaux autres que ceux commandés (lots menuiseries et lot travaux extérieurs) et enfin à des travaux demandés en sus ; que l'expert G... T..., qui a eu beaucoup de mal à apurer les comptes en l'absence de pièces idoines a relevé le peu de formalisme dans les documents contractuels qu'il a conclus et que la Sarl BDR Concept a fait preuve d'un manque de rigueur dans la gestion technique et financière et que M. W... N... s'est immiscé dans le chantier en modifiant certaines demandes (remplacement des garde-corps et des menuiseries notamment, ces travaux ayant été réalisés sur devis) en passant directement certaines commandes avec les entreprises intervenantes ; par ailleurs, bien que M W... N... se soit réservé certains travaux (climatisation), il apparaît qu'ils ont malgré tout été supervisés par la Sarl BDR Concept comme maître d'oeuvre ; que le jugement critiqué qui a jugé que le marché convenu entre les parties n'était pas un marché à forfait sera confirmé sur la nature du contrat ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'en application des dispositions de l'article 1793 du code civil, le marché à forfait implique que le contrat ne contienne aucune clause qui en modifie le caractère et les effets ; de plus, il n'est pas constitué lorsque ses conditions essentielles sont mal définies, notamment lorsqu'il n'existe pas de plans et que le devis est imprécis ; qu'en l'espèce, si la formule "montant total et forfaitaire" est employée dans le devis du 1er décembre 2008, ceci ne saurait suffire à lui conférer la nature de marché à forfait alors qu'il est indiqué par ailleurs que des travaux supplémentaires seront peut-être à prévoir après démolition, que le budget du lot électricité reste à définir, ainsi que celui du lot climatisation et que certains lots sont non chiffrés (placard chambre enfants, bac à douche dans la chambre parentale) ; que dans ces conditions, le coût des travaux supplémentaires dont l'exécution est établie sera retenu bien qu'aucun devis n'ait été accepté par le maître d'ouvrage ; qu'il résulte du rapport de M. T... que, tenant compte des travaux réalisés en plus et en moins, le montant du marché définitif s'établit à la somme de 34 490 315 F (26 619 608 F + 7 870 707 F), non compris les honoraires de maîtrise d'oeuvre sur les travaux supplémentaires qui n'ont fait l'objet d'aucun marché signé, somme sur laquelle W... N... a payé celle de 22 850 000 F, soit un solde de 11 640 315 F qui sera retenu, W... N... ne rapportant pas la preuve de paiements supplémentaires ;

1./ ALORS QUE le prix global et définitif, condition de l'existence d'un forfait, peut ne concerner qu'une partie de la construction, de sorte que l'existence d'un aléa susceptible d'affecter le prix de seulement certains des postes du marché n'est pas de nature à exclure que les autres postes, dont le prix a été fixé de manière définitive et globale constituent un marché à forfait ; que dès lors, en retenant, pour écarter la qualification de marché à forfait résultant expressément des termes du devis accepté le 1er décembre 2008, que si le marché pouvait comporter des postes forfaitaires et d'autres non, encore fallait-il que tous les postes entrant dans le champ d'application du marché soient budgétisés et qu'en l'occurrence le marché ne prévoyait pas de prix définitif pour certains des postes, la cour d'appel, qui s'est fondée sur une circonstance inopérante à écarter la qualification de marché à forfait partiel pour ceux des lots dont le prix était fixé de manière définitive et forfaitaire, a violé l'article 1793 du code civil ;

2./ ALORS QUE l'existence d'un cahier des charges n'est pas une condition d'existence du marché à forfait qui doit seulement comporter une description précise des travaux à exécuter et fixer l'étendue et les limites de l'engagement contractuel des parties ; que dès lors, en se bornant à énoncer, pour écarter la qualification de marché à forfait expressément mentionnée dans le devis accepté du 1er décembre 2008, qu'il n'était accompagné d'aucun cahier des charges, sans rechercher si, pour les lots dont le prix avait été forfaitairement et définitivement fixé, le devis du 1er décembre 2008 ne précisait pas suffisamment les travaux devant être réalisés, ainsi que les conditions d'intervention de la société BDR Concept et les modalités de règlement, pour permettre aux parties de connaître l'étendue et les limites de l'engagement de la société BDR Concept, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1793 du code civil.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

M. N... et la Sci Dark font grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir limité à la somme de 2 271 000 F CFP le montant des condamnations de la société BDR Concept au titre des réfections ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE A) sur les désordres constatés par M. T... ; que l'expert a relevé un certain nombre de désordres mineurs dont il chiffre la remise en état à la somme de 1 110 932 Fcfp par référence aux prix du marché : - travaux de levée de réserves de réception : 176 000 Fcfp - travaux de levée des réserves Cotsuel (consuel) : 30 000 F - travaux de mise en conformité des garde-corps: 904 932 F ; que les parties ne contestent pas sérieusement ni l'existence ni la nature des désordres tels que techniquement relevés ; que les appelantes soutiennent que l'expert T... n'aurait pas déduit du coût des travaux les moins-values, ce qui est manifestement inexact, au vu de l'état des comptes entre les parties tel que calculé par l'expert qui a déduit au titre des moins-values sur les lots 5,8,9 et 11, la somme globale de 2 049 791 Fcfp ; que les autres critiques des appelants en relation avec la nature du contrat (prise en compte des travaux supplémentaires et non du seul marché à forfait) seront écartées comme étant inopérantes, au vu de la qualification du contrat donnée par la cour ; B) sur les désordres constatés par M. C... ; que l'expertise fait suite aux infiltrations d'eau non constatées de visu par l'expert T... mais dont s'est plaint à juste titre le maître de l'ouvrage ; que l'expert E... C... a distingué entre les désordres relevant du marché et ceux non concernés par les travaux de rénovation ; qu'il dénombre quatre types de désordres qu'il retient en fonction de leur situation et un qu'il écarte : 1) infiltrations en cuisine et en salle à manger ; elles sont causées par le mauvais état des dispositifs de collecte et d'évacuation des eaux pluviales existant ; qu'il conclut que la responsabilité en incombe à la SARL BDR Concept qui aurait dû conseiller la réfection du chéneau ancien défectueux ; que le coût de remise en état s'élève à la somme de 250 000 Fcfp. ; que ce désordre est apparu sur une partie ancienne de l'immeuble qui n'a pas fait l'objet d'une rénovation ; que la Sarl BDR Concept conteste sa responsabilité soutenant que le maître de l'ouvrage avait été informé de la nécessité de refaire la toiture de sorte qu'elle a donc rempli son obligation de conseil et qu'en tout état de cause si la cour retenait sa responsabilité, elle ne saurait être condamnée à payer l'entière reprise, le maître de l'ouvrage ne pouvant prétendre qu'à la perte d'une chance ; que le désordre ne consiste pas seulement en un défaut d'étanchéité du chéneau mais en un mauvais état des dispositifs de collecte et d'évacuation des eaux pluviales dont la pente n'est pas réglementaire ; que le maître d'oeuvre ne démontre pas qu'il a attiré spécifiquement l'attention de M. N... sur ce point ; que certes, le maître de l'ouvrage n'ignorait pas le mauvais état de la toiture mais il n'est pas démontré que cette connaissance l'induisait à penser qu'il lui faudrait également changer le chéneau afin d'éviter toute éventuelle infiltration ; qu'ayant failli à son obligation de conseil, la Sarl BDR a été condamnée à bon droit à réparer l'entier désordre ; 2) des infiltrations en salon causées par le mode de pénétration des canalisations en toiture alimentant le climatiseur qui a été mal installé ; qu'il s'agit d'un défaut dans le respect des règles de l'art relevant de la responsabilité de la Sarl BDR Concept et de son sous-traitant la société G'Froid, chargée du lot climatisation ; que le coût de remise en état est chiffré à la somme de 70 000 Fcfp, que la SARL BDR Concept ne conteste pas sa responsabilité ; 3) infiltrations en chambre parent en R-1 et en chambre enfant : elles proviennent de la pose non réglementaire des menuiseries extérieures qui ne respectent pas le seuil d'appui ; que la responsabilité en incombe à la Sarl BDR Concept et à son sous-traitant la Sarl SRB ; que l'expert chiffre le coût de reprise à la somme de 820 000 Fcfp ; que la Sarl BDR Concept ne conteste pas sa responsabilité. 4) garde-corps escalier ; qu'il faut renforcer la platine d'assise du potelet ; qu'il met cette malfaçon à la charge de la société BDR qui aurait dû vérifier l'ouvrage ; 5) infiltrations en plafond du hall d'accès cuisine/ salle à manger ; que M. C... les écarte expressément ; qu'il note que ces malfaçons sont imputables au mauvais état de la toiture exclue du périmètre d'intervention de la Sarl BDR Concept. M. W... N... avait été avisé par l'entreprise Garnier que des travaux ponctuels ne suffiraient

pas à garantir une étanchéité suffisante ; que la couverture ne rentrant pas dans le cadre du marché et le maître de l'ouvrage ayant été informé de la nécessité de procéder à des travaux plus conséquents ce qu'il n'a pas souhaité faire, la responsabilité des entrepreneurs ne peut être recherchée de ce chef ; qu'en définitive, l'expert E... C... chiffre le coût total des remises en état à la somme de 1 16 000 Fcfp ; que M. W... N... et la SCI Dark remettent en cause cette évaluation reprochant à M. C... d'avoir estimé les postes sans références à des devis et sans reprendre les désordres évalués (sous-évalués selon les appelants) par l'expert M. T... ; qu'ils produisent à l'appui de leur propre chiffrage le rapport d'un expert amiable qu'ils ont versé dans le cadre de l'expertise C... à titre de dire ; que les points de contestations portent essentiellement sur l'évaluation des désordres constatés et sur la non prise en compte de nouveaux désordres qui sont : - le coût des enceintes endommagées, - des infiltrations au niveau du seuil de la porte d'entrée, du remplacement du parquet de l'entrée et de la salle à manger, de nouvelles infiltrations apparues à l'angle d'une fenêtre en salle à manger, du défaut de montage des bâtis et des huisseries ; que l'expert a clairement répondu sur le premier point qu'il s'était référé au prix du marché en procédant à une réévaluation de 10 % excepté pour les huisseries dont le coût s'appuyait sur un devis ; sur le deuxième point que sa mission ne portait ni sur les désordres ayant fait l'objet d'une précédente investigation par M. T... ni sur les désordres non dénoncés ; qu'à cet égard, les nouveaux désordres dont se plaint le maître de l'ouvrage qui n'ont pas été mentionnés au procès-verbal de réception, qui n'ont pas fait l'objet d'une demande complémentaire d'expertise et que l'expert au fil de ses 3 accredits n'a pas relevés seront écartés comme non sérieusement avérés ; qu'enfin sur les dysfonctionnements des enceintes et sur le désordre affectant le parquet en bambou, l'expert d'une part n'a pas constaté un endommagement pour les premières qui n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucune plainte pendant l'expertise jusqu'au dire et d'autre part, a clairement répondu qu'il n'y avait aucune nécessité de changer le parquet ; que le rapport de M. C... dont les critiques ne sont pas sérieuses sera entériné en toutes ses conclusions ; qu'en définitive, le jugement sera confirmé en ce qu'il a condamné la Sarl BDR Concept à payer à la Sci Dark la somme de 1 111 000 Fcfp au titre du coût des reprises des désordres estimé par M. T... et celle de 1 160 000 Fcfp au titre du coût des reprises des désordres estimé par M. C... ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'expert T... a constaté, ce qui n'a pas été contesté, que des réserves avaient été portées lors de la réception et que le coût de leur reprise s'établissait à la somme de 1 111 000 F ; que l'expert désigné par le juge de la mise en état, M. C..., a constaté l'existence des désordres suivants : 1 - des infiltrations en cuisine et salle à manger ; elles ont pour cause une mauvaise mise en oeuvre du chéneau de 12 m qui n'est pas librement dilatable et est ainsi soumis à des dilatations/retraits affectant son étanchéité ; de plus, il manque de pente ; la remise en état est estimée à la somme de 250 000 F ; 2 - des infiltrations dans le salon qui proviennent d'un défaut d'étanchéité de la pénétration des canalisations des fluides alimentant le climatiseur en couverture ; le coût des réparations est chiffré à 70 000 F ; 3 - des infiltrations dans la chambre d'enfant qui ont pour origine la menuiserie encastrée du salon situé au-dessus dont le seuil ne permet pas l'évacuation des eaux de pluie vers l'extérieur ; ce désordre a pour cause la conception et la réalisation du seuil non conforme aux règles de l'art ; la réfection est estimée à 510 000 F ; 4 - des infiltrations affectant la menuiserie de la baie vitrée de la chambre parentale en provenance du seuil de la baie vitrée de la salle à manger située à l'aplomb de cet ouvrage ayant la même cause que le désordre précédent ; le coût des réparations est chiffré à 310 000 F ; 5 - le garde-corps d'accès au R-1 présente une flexibilité importante en raison de la faible dimension de la platine et de l'insuffisance d'ancrage des fixations ; la réfection est chiffrée à 20 000 F ; qu'ainsi, le coût total des reprises de ces désordres

s'établit à la somme de 1 160 000 F, somme qui seule sera retenue ; qu'en effet, les conclusions du 11 août 2014 de l'expert privé consulté par W... N... ne peuvent être admises faute d'avoir été soumises à l'examen de l'expert judiciaire qui n'a déposé son rapport que le 26 août 2014, alors que ses conclusions apparaissent suffisamment sérieuses pour être retenues ; que bien qu'aucun fondement juridique n'ait été donné à la demande de W... N..., il apparaît que la responsabilité contractuelle de droit commun de la société BDR est engagée en sa qualité de maître d'oeuvre de l'opération de rénovation de l'immeuble, la responsabilité décennale ne pouvant être en cause à défaut de construction d'un ouvrage ; que le désordre 1 affecte une partie ancienne de la toiture qui n'a pas fait l'objet de la rénovation ; que pour autant en sa qualité de maître d'oeuvre, chargée du suivi des travaux, la société BDR se devait de conseiller son client sur la nécessité de reprendre cet ouvrage ; que force est de constater qu'elle ne justifie pas avoir respecté cette obligation de conseil ; que si l'immixtion du maître d'ouvrage apparaît établie dans la réalisation des travaux, il ne résulte pour autant d'aucun élément du dossier qu'elle ait été fautive alors que les compétences de W... N... en matière de construction ne semblent pas justifiées ; que le désordre 2 a pour cause une mauvaise mise en oeuvre des canalisations d'alimentation du climatiseur et les désordres 3, 4 et 5 proviennent de malfaçons dans la réalisation des ouvrages que la société BDR aurait dû contrôler en sa qualité de maître d'oeuvre ;

1°) ALORS QUE la responsabilité contractuelle d'un constructeur peut être engagée pour les vices apparus postérieurement à la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas susceptibles de relever de la garantie décennale ou de la garantie de bon fonctionnement ; qu'en considérant, pour écarter l'indemnisation des nouveaux désordres que ceux-ci n'avaient pas été mentionnés au procès-verbal de réception, sans rechercher s'ils étaient apparents lors de la réception ni si, à défaut, ils pouvaient relever de la garantie décennale ou biennale des constructeurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 ancien du code civil ;

2°) ALORS QUE la preuve de l'existence de désordres causés par l'intervention d'un entrepreneur est libre ; que dès lors, en énonçant, pour considérer que la preuve des désordres nouveaux dont se plaignait le maître de l'ouvrage n'était pas apportée, que ces désordres n'avaient pas été mentionnés au procès-verbal de réception, qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'une demande complémentaire d'expertise et que l'expert ne les avait pas relevés, la cour d'appel qui a privé les exposants de la liberté de démontrer l'existence de désordres par tout moyen, a violé, ensembles, les articles 1147 et 1341 anciens du code civil ;

3°) ALORS, en outre, QU'il incombe au juge de se prononcer lui-même sur les éléments soumis à son examen ; que dès lors, en retenant, pour considérer que les désordres nouveaux invoqués par M. N... n'étaient pas sérieusement avérés, que l'expert n'avait pas relevé leur existence et que les parties n'avaient pas sollicité une demande complémentaire d'expertise à cet effet, sans rechercher si leur réalité ne résultait pas des autres éléments de preuve versés aux débats par M. N..., la cour d'appel, qui a abandonné l'appréciation des désordres à l'expert, a violé l'article 1382 nouveau du code civil ;

4°) ALORS, au demeurant, QU'il incombe au juge appelé à statuer sur la responsabilité

du défendeur de vérifier si les conditions de mise en oeuvre de l'action sont réunies au jour où il statue ; que dès lors en énonçant que les dysfonctionnements des enceintes, dont elle a constaté qu'il s'agissait de désordres nouveaux, ne pouvaient donner lieu à indemnisation dans la mesure où l'expert judiciaire qui avait rendu son rapport le 25 août 2014, n'avait pas constaté d'endommagement et que ces désordres n'avaient fait l'objet d'aucune plainte pendant l'expertise et jusqu'aux dires, la cour d'appel, qui n'a pas apprécié les conditions de la responsabilité de la société BDR au jour où elle a statué, a violé l'article 1149 ancien du code civil ;

5°) ALORS, enfin, QU'en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir, sur le fondement du premier moyen de cassation, du chef du dispositif ayant dit que le contrat liant M. N... à la société BDR ne constituait pas un marché à forfait, emportera, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif de l'arrêt ayant limité l'indemnisation due par la société BDR Concept à M. N... au titre des réfections à la somme de 2 271 000 F CFP en retenant que « les autres critiques des appelantes en relation avec la nature du contrat (prise en compte des travaux supplémentaires et non du seul marché à forfait) seront écartés comme étant inopérante ».

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir limité la condamnation de la société BDR Concept au titre du préjudice de jouissance de la Sci Dark à la somme de 1 million de francs CFP ;

AUX MOTIFS QUE c'est par des motifs pertinents que la cour adopte que le premier juge a relevé que la multiplicité des désordres et la réalité des infiltrations a nécessairement causé un préjudice de jouissance à la SCI Dark ; qu'en revanche, considérant que la multiplicité des procédures engagées par les appelants a retardé la résolution du litige participant à l'aggravation du préjudice qui a perduré dans le temps, il y a lieu de réduire le montant alloué à la somme de 1 000 000 F CFP ;

1°) ALORS QUE l'exercice d'une action en justice est un droit qui ne dégénère en abus que dans les cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol ; que dès lors, en énonçant, pour réduire l'indemnisation allouée à la SCI Dark au titre de la réparation de son préjudice de jouissance de 2 000 000 F CFP à la somme de 1 000 000 FCP, que la multiplicité des procédures engagées par les appelants avait retardé la résolution du litige participant à l'aggravation du préjudice qui a perduré dans le temps, sans constater que ces procédures avaient été engagées de manières abusives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1382 du code civil ;

2°) ALORS, en tout état de cause, QUE c'est la société BDR Concept qui sollicité en référé la désignation d'un expert et qui a fait assigner M. N... en homologation du rapport d'expertise et en paiement du solde de ses factures, tandis que M. N... et la SCI Dark se sont bornés à solliciter un complément d'expertise, à demander qu'il soit confié à un nouvel expert, et à relever appel du jugement du 7 novembre 2016 ; que dès lors, en affirmant, pour réduire l'indemnisation allouée à la SCI Dark au titre de la réparation de

son préjudice de jouissance de 2 000 000 F CFP à la somme de 1 000 000 FCP, que la multiplicité des procédures engagées par les appelants avait retardé la résolution du litige, la cour d'appel a méconnu les termes du litige, en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile.

Décision attaquée : Cour d'appel de Nouméa , du 29 octobre 2018