

CIV.3

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 2 février 2017

Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 154 F-D

Pourvoi n° P 15-28.960

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ M. [C] [L],

2°/ Mme [U] [T] épouse [L],

domiciliés tous deux [Adresse 1],

contre l'arrêt rendu le 22 septembre 2015 par la cour d'appel de Metz (1re chambre), dans le litige les opposant :

1°/ à M. [C] [S],

2°/ à Mme [G] [Z] épouse [S],

domiciliés tous deux [Adresse 2],

3°/ à la société GAN assurances, société anonyme, dont le siège est [Adresse 3], prise en son agence générale [B] [T], [Adresse 4] et en qualité d'assureur responsabilité décennale de la société Bureale,

défendeurs à la cassation ;

M. et Mme [S] ont formé, par un mémoire déposé au greffe , un pourvoi incident contre le même arrêt ;

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

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 3 janvier 2017, où étaient présents : M. Chauvin, président, M. Pronier, conseiller rapporteur, M. Jardel, conseiller doyen, Mme Berdeaux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Pronier, conseiller, les observations de la SCP Didier et Pinet, avocat de M. et Mme [L], de la SCP Lévis, avocat de la société GAN assurances, de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de M. et Mme [S], et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Metz, 22 septembre 2015), qu'en 1994, M. et Mme [L] ont confié à la société Bureale des travaux d'extension de leur maison ; que, par acte du 25 mars 2000, ils ont vendu la maison à M. et Mme [S] ; qu'invoquant des désordres, M. et Mme [S] ont, après expertise, assigné M. et Mme [L] et le GAN, assureur de la société Bureale, en indemnisation de leurs préjudices et que M. et Mme [L] ont appelé en garantie cet assureur ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, ci-après annexé :

Attendu que M. et Mme [L] font grief à l'arrêt de juger que les désordres sont de nature décennale et ouvrent droit à indemnisation au titre de la garantie décennale au profit de M. et Mme [S] et de les condamner solidairement à payer une indemnité de 85 000 euros ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'il découlait des constatations de l'expert que, dans le délai de la prescription décennale, étaient apparus et avaient été constatés des désordres présentant un caractère évolutif ayant pour conséquence, ainsi que le concluait l'expert lui-même, à défaut de réalisation des travaux de réparation qu'il avait préconisés, de rendre à court ou moyen terme l'immeuble impropre à sa destination, c'est-à-dire son occupation par les propriétaires de cette maison d'habitation, et retenu que, pour se convaincre du caractère décennal des désordres dont la réalité n'était pas discutée par les vendeurs, il suffisait, d'une part, d'examiner les photographies alors prises par l'expert, d'autre part, de se référer aux travaux préconisés par lui précisément pour y mettre fin, puisqu'il avait conseillé notamment une solidarisation structurelle des deux parties du pavillon au niveau des fondations, de la dalle support, du plafond et de la couverture, la mise hors gel du système de fondations, en sus de la reprise des aménagements intérieurs et extérieurs, la cour d'appel, qui a pu retenir que, dès l'origine et dès la première expertise, les désordres affectant l'extension de l'habitation et la liaison de cette extension avec l'habitation principale ancienne devaient être analysés comme des désordres de nature décennale, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal, ci-après annexé :

Attendu que M. et Mme [L] font grief à l'arrêt de les condamner solidairement à payer une indemnité de 85 000 euros avec indexation à M. et Mme [S] ;

Mais attendu qu'ayant retenu, sans dénaturation, que l'expert avait apporté, aux pages 15 à 20 de son rapport, une réponse complète et détaillée au dire de M. [L] du 6 septembre 2012 et que, hormis ce dire, qui avait été intégralement repris dans leurs écritures, M. et Mme [L] ne versaient aucun élément de nature à contredire les évaluations réalisées par l'expert, la cour d'appel, devant laquelle M. et Mme [L] n'avaient pas soutenu que l'expert n'aurait pas personnellement rempli sa mission, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal et le moyen unique du pourvoi incident, réunis, ci-après annexé :

Attendu que M. et Mme [L] et M. et Mme [S] font grief à l'arrêt de déclarer irrecevables leurs actions formées contre le GAN ;

Mais attendu qu'ayant relevé, sans inverser la charge de la preuve, que, s'il était établi que M. [Y], personne physique, eût poursuivi son activité par l'intermédiaire d'une SARL, il n'en découlait pas pour autant que la police responsabilité décennale souscrite par le premier soit applicable à la seconde ou ait été reprise par elle, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas invoqué le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne M. et Mme [L] aux dépens des pourvois ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes de M. et Mme [L] et les condamne à payer à M. et Mme [S] la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du deux février deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Didier et Pinet, avocat aux Conseils, pour M. et Mme [L].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit et jugé que les désordres constatés par l'expert judiciaire [N] sont de nature décennale et ouvrent droit à indemnisation au titre de la garantie décennale au profit de M. et Mme [S] et à la charge de M. et Mme [L] et condamné solidairement M. et Mme [L] à payer à M. et Mme [S] une indemnité de 85.000 euros avec indexation sur les variations de l'indice BT 01 à compter du 1er juillet 2012 jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt, outre les intérêts au taux légal à compter de cet arrêt ;

AUX MOTIFS QUE, sur la nature des désordres affectant la construction de Monsieur et Madame [S], dans son premier rapport d'expertise l'expert, commis par l'ordonnance de référé sus mentionnée, a effectué le constat des dégradations visibles à l'extérieur et à l'intérieur de la construction appartenant aux époux [S] ; qu'au cours de son expertise il a pu noter que la deuxième réunion d'expertise du 14 novembre 2005 faisait apparaître une évolution des désordres par rapport aux constatations réalisées les 14 et 20 avril 2005, notamment par l'examen des témoins mis en place à cette première date, savoir notamment l'accentuation de la déformation intérieure du sol en carrelage au droit de la liaison

entre la première partie du bâtiment et l'extension, les déchirements accentués du papier peint à l'angle nord-est et la présence d'une fissure verticale nouvelle visible sur le mur extérieur ouest de l'extension ; que ses investigations ont été complétées par l'intervention de la société Fondasol, laquelle a établi un rapport qui a été communiqué aux parties ; qu'en août 2007 l'expert a établi une note de synthèse valant pré-rapport après avoir déjà répondu à des dires qui lui ont été adressés courant mars et avril 2005 ; qu'il a à nouveau décrit les désordres constatés par lui à l'extérieur et à l'intérieur de l'extension édifiée par l'entreprise Bureale et qu'il en a attribué la cause à des manquements dans la conception initiale du projet, à la réalisation défectueuse de l'assise de l'agrandissement réalisée avec des matériaux de remblais de nature argileuse et marneuse hétérogènes et de faible compacité, à l'influence de la présence d'un arbre fruitier proche, à la non-conformité aux règles de l'art et aux documents contractuels en ce qui concerne l'exécution de la dalle support de l'agrandissement et l'exécution des remblais sous l'agrandissement ; qu'il a précisé que la date d'apparition des désordres allégués par M. et Mme [S], non contestée par les défendeurs, devait se situer au printemps 2002, avec cette indication qu'une déclaration de sinistre avait été effectuée par les époux [S] auprès de leur compagnie d'assurance la MAIF le 29 novembre 2003, cette déclaration ayant été suivie d'une expertise à la demande de la compagnie d'assurances et d'un rapport date du 5 janvier 2005 ; que à la partie de la mission qui lui était confiée par le juge des référés, savoir d'indiquer si ces désordres étaient de nature à nuire à la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination, l'expert a répondu de la façon suivante « compte tenu de leur nature et de leur importance ces désordres sont pas de nature à nuire à la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination à court terme, mais à défaut de mise en oeuvre des travaux de réparation à court ou moyen terme peuvent conduire à leur accentuation et rendre la partie de l'habitation objet des travaux d'agrandissement impropre à sa destination » ; que c'est sur cette conclusion reprise dans le rapport définitif, après réponse aux dires des parties que le tribunal s'est fondé pour considérer que les désordres affectant l'habitation de M. et Mme [S] n'étaient pas de nature décennale, alors pourtant qu'il découle des constatations expertales que dans le délai de la prescription décennale sont apparus et ont été constatés des désordres présentant un caractère évolutif ayant pour conséquence, comme le dit l'expert lui-même, à défaut de réalisation des travaux de réparation qu'il a préconisé, de rendre à court ou moyen terme l'immeuble impropre à sa destination, c'est-à-dire son occupation par les propriétaires de cette maison d'habitation ; qu'au demeurant, pour se convaincre du caractère décennal des désordres, désordres dont la réalité n'est pas discutée par les vendeurs, il suffit d'une part d'examiner les photographies alors prises par l'expert et d'autre part de se référer aux travaux préconisés par lui précisément pour y mettre fin, puisqu'il a conseillé notamment une solidarisation structurelle des deux parties du pavillon au niveau des fondations, de la dalle support, du plafond et de la couverture, la mise hors gel du système de fondations, en sus de la reprise des aménagements intérieurs et extérieurs ; qu'ainsi la cour considère que dès l'origine et dès la première expertise il pouvait être retenu que les désordres affectant l'extension de l'habitation et la liaison de cette extension avec l'habitation principale ancienne devaient et doivent être analysés comme étant des désordres de nature décennale, alors surtout qu'il faut rappeler que la garantie décennale couvre les conséquences futures des désordres résultant de vices dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie ; que les documents postérieurs à cette première expertise judiciaire et notamment le procès-verbal de constat dressé à la demande des époux [S] le 2 février 2011, constat assorti de photographies tout à fait éloquentes, montrent l'aggravation très importante des dommages puisqu'il a pu ainsi être relevé des affaissements variant de 1,8 cm à 2,5 cm et même jusqu'à 5,5 cm ainsi qu'un élargissement significatif des fissures ; que la dangerosité des désordres intérieurs rendant cette partie nouvelle de l'habitation et sa jonction avec la partie ancienne est par ailleurs démontrée par les attestations délivrées par Mmes [V] [F] et [I] [Z] relatant les incidents qui ont eu lieu à l'occasion de visites au domicile de M. et Mme [S] ; que l'expert judiciaire, auquel le conseiller de la mise en état par ordonnance du 14 novembre 2011 a demandé de dire si les désordres constatés dans son rapport d'octobre 2007 s'étaient aggravés et d'apporter tous éléments utiles afin de déterminer s'ils sont ou non de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination et au cas d'aggravation des désordres de préconiser les remèdes à y apporter, le coût et la durée des travaux, a procédé de la même manière que pour l'établissement de son premier rapport, c'est-à-dire que ces constatations contradictoires ont été suivies d'une note de synthèse adressée aux parties, lesquelles ont été en mesure de présenter leurs dires, ceux-ci ayant reçu une réponse détaillée et complète aux pages 15 à 20 de son rapport en réponse au dire de M. [L] du 4 septembre 2012 et au dire de son avocat du 6 septembre 2012 ; que dans son rapport définitif du 7 décembre 2012 l'expert a expressément constaté l'aggravation des désordres existants et l'apparition de nouveaux désordres aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'habitation, cette aggravation des désordres et cette apparition des désordres nouveaux ayant pour effet, en raison de l'accentuation de l'affaissement de la partie en extension, qui a lui-même provoqué une augmentation des désaffaissements entre les planchers de ces deux parties de la propriété et qui est supérieure au seuil de ressaut de 2 cm constituant le seuil maximum toléré dans les maisons

individuelles ; que ces constatations et conclusions sont également complétées par des photographies prises par l'expert judiciaire, qui mettent en évidence l'étendue des désordres et leur caractère dommageable au regard de l'habitabilité de cette construction ; que l'expert a dès lors conclu que compte tenu de cette évolution des désordres établie sans équivoque et de la possibilité de leur poursuite à défaut de la mise en oeuvre de travaux de réparations préconisés à court terme, ces désordres sont de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage et l'ont déjà rendu impropre à sa destination ; que sur la base de ces éléments objectifs la cour juge devoir infirmer le jugement entrepris en ce que M. et Mme [S] ont été déboutés de leurs demandes et juger que Monsieur et Mme [L] en leur double qualité de constructeurs de l'agrandissement défectueux et de vendeurs sont à l'égard des appelants tenus à garantie sur le fondement des articles 1792 et suivants du code civil, textes dont les dispositions sont évoquées dans l'acte notarié de vente du 25 mars 2000 au paragraphe vices de construction ;

ALORS QU'en déduisant le caractère décennal des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans à compter de la réception de ce qu'en l'absence de travaux de reprises, ces désordres rendraient l'immeuble impropre à sa destination et de la nature des travaux préconisés par l'expert pour y mettre fin, sans constater que l'impropriété de l'immeuble à sa destination ou l'atteinte à sa solidité était survenue avant l'expiration du délai décennal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1792 et 2270 du code civil, dans sa rédaction applicable.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné solidairement M. et Mme [L] à payer à M. et Mme [S] une indemnité de 85.000 euros avec indexation sur les variations de l'indice BT 01 à compter du 1er juillet 2012 jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt, outre les intérêts au taux légal à compter de cet arrêt ;

AUX MOTIFS QUE l'expert judiciaire, auquel le conseiller de la mise en état par ordonnance du 14 novembre 2011 a demandé de dire si les désordres constatés dans son rapport d'octobre 2007 s'étaient aggravés et d'apporter tous les éléments utiles afin de déterminer s'ils sont ou non de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination et au cas d'aggravation des désordres de préconiser les remèdes à y apporter, le coût et la durée des travaux, a procédé de la même manière que pour l'établissement de son premier rapport, c'est-à-dire que ces constatations contradictoires ont été suivies d'une note de synthèse, adressée aux parties, lesquelles ont été en mesure de présenter leurs dires, ceux-ci ayant reçu une réponse détaillée et complète aux pages 15 à 20 de son rapport en réponse au dire de M. [L] du 4 septembre 2012 et au dire de son avocat du 6 septembre 2012 (arrêt attaqué, p. 9, § 4) ;

ET AUX MOTIFS QUE dans son rapport du 1er octobre 2007 l'expert judiciaire [N] avait, à partir des devis de travaux qui lui avaient été présentés par les parties, chiffré à 72.341 euros TTC, valeur juin 2007, le montant des travaux de remise en état à engager, avait prévu une durée de travaux de l'ordre de cinq mois, à parfaire selon la durée réelle de non-occupation des lieux pour cause de travaux, et avait évalué à 3.000 euros le préjudice engendré par la nécessité d'évacuer l'habitation pendant la réalisation de ces travaux ; que dans son même rapport du 7 décembre 2012 l'expert a préconisé les mêmes travaux de remise en état de l'immeuble que précédemment et en a actualisé le coût à la somme de 85.000 euros TTC valeur juillet 2012 à partir des devis établis entre le 17 avril 2012 et le 23 juillet 2012 par les différentes entreprises qu'il a consultées et a porté à six mois la durée nécessaire à leur réalisation ; que hormis leur dire du 6 septembre 2012 qui a été intégralement repris dans leurs écritures M. et Mme [L], et auquel il a déjà été dit que l'expert avait amplement répondu, ne versent pas aux débats d'éléments de nature à contredire ses évaluations ; que dans ces conditions la cour juge devoir faire droit à la demande des appelants et condamner solidairement M. et Mme [L] à leur payer en premier lieu cette somme de 85.000 euros TTC, valeur juillet 2012, avec indexation sur l'indice BT 01 du coût de la construction, non pas à compter du 1er juillet 2007, mais à compter du 1er juillet 2012 jusqu'à la date du prononcé du présent arrêt, outre les intérêts au taux légal à compter de cet arrêt ;

1°) ALORS QUE le technicien, investi de ses pouvoirs par le juge en raison de sa qualification, doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée ; que les époux [L] soutenaient que l'expert avait repris le chiffrage des travaux des requérants, les époux [S], présenté par leur expert-conseil, M. [W], ce que l'expert confirmait lui-même, de sorte qu'il n'avait absolument pas accompli sa mission et réalisé d'analyse critique des devis présentés par les parties alors qu'il lui appartenait de chiffrer lui-même les travaux (conclusions, p. 19) ; qu'en ne recherchant pas si les estimations de l'expert du coût des travaux à réaliser pouvaient valoir opérations d'expertise, dans la mesure où celui-ci

n'avait pas personnellement rempli sa mission, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 233 et 278 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE les époux [L] faisaient valoir, dans leur dire d'expert du 6 septembre 2012, intégralement repris dans leurs conclusions d'appel, que les devis de travaux de 2012 n'étaient nullement détaillés et que dans ceux-ci, apparaissaient des travaux qui n'avaient rien à voir avec les désordres (reprise et traitement des supports des rambardes d'escalier, reprise des marches avec éclat) et des travaux supplémentaires sans justificatif (installation de prises supplémentaires, coûts de maîtrise d'oeuvre et BET) ; ils précisaient que le remplacement par des matériels de qualité très supérieure à l'existant, et en particulier le carrelage et la cheminée retirée, qui n'était pas remise en place, mais remplacée par un ensemble neuf de luxe qui ne se justifiait nullement (conclusions, p. 19) ; qu'en jugeant qu'« hormis leur dire du 6 septembre 2012 qui a été intégralement repris dans leur écritures M. et Mme [L] et auquel il a été déjà dit que l'expert avait amplement répondu, ne versent pas aux débats d'élément de nature à contredire ces évaluations », tandis que l'expert n'y avait pas répondu, la cour d'appel a dénaturé le rapport d'expertise, en violation de l'article 1134 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé irrecevable pour défaut de qualité passive l'appel en garantie formé par M. et Mme [L] à l'encontre de la même compagnie d'assurances ;

AUX MOTIFS QUE force est de constater que M. et Mme [S], et identiquement M. et Mme [L] dans le cadre de leur appel en garantie, ont entendu poursuivre la SARL Bureale et la compagnie Gan Assurances en qualité d'assureur de cette société Buréale, alors que cette compagnie d'assurance dénie être l'assureur de la SARL Bureale et n'admet avoir assuré que M. [F] [Y] exerçant à titre personnel ; qu'il est nécessaire de rappeler au plan de la preuve qu'il appartient à la partie ou aux parties qui se prévalent d'une obligation d'assurance de fournir la démonstration, alors qu'ils prétendent exercer une action directe à l'encontre de l'assureur du constructeur ou être en droit de l'appeler en garantie, de ce que cette compagnie d'assurances avait effectivement contracté avec le constructeur et ce en la qualité sous laquelle ils ont recherché sa responsabilité ; que le devis et les plans ont été réalisés par Bureale, [Adresse 5] [Adresse 5], sans aucune indication permettant de vérifier si l'appellation Bureale constituait l'enseigne commerciale de l'entreprise exploitée par une personne physique ou une dénomination sociale ; qu'il figure sur ce devis un numéro SIRET qui ne correspond pas au numéro SIRET de la SARL Bureale, société à responsabilité limitée créée 1994, qui a eu effectivement M. [Y] pour dirigeant et qui a fait l'objet d'une décision de liquidation judiciaire en date du 11 mars 1996 ; que la première facture émise par cette entreprise porte les mêmes indications d'adresse et de numéro SIRET, tandis que la facture du 11 octobre 1994 comporte quant à elle outre la signature apposée pour le compte du dirigeant un cachet faisant mention de la société Bureale 24 du Vignoble à [Localité 1] avec l'indication du numéro SIRET qui lui correspond effectivement ; qu'il en est de même des factures postérieurs et de la facture définitive du 22 février 1995 ; que s'il peut être déduit de ces données que M. [Y], personne physique, a ensuite poursuivi son activité dans le cadre d'une société à responsabilité limitée, il n'en découle pas pour autant que la police responsabilité décennale souscrite par le premier soit applicable à la seconde ou ait été reprise par elle ; que dans ces conditions, les demandes de M. et Mme [S] et l'appel en garantie de M. et Mme [L], tous formés contre la compagnie d'assurance Gan Assurances, doivent être jugées irrecevables pour défaut de qualification passive ; que par suite, à défaut de preuve d'un contrat d'une police d'assurance liant la compagnie d'assurances à la SARL Bureale il n'y a pas lieu de se pencher sur le point de savoir si cette compagnie d'assurance a pris la direction du procès, notamment par la production d'un rapport privé de la société Etudes et Quantum comportant un devis de travaux effectivement réalisés à sa demande ; que surabondamment et au contraire il faut constater que le premier des deux rapports d'expertise judiciaire ci-dessus examinés révèle que le cabinet [B] (agent Gan) régulièrement convoqué a été absent à la première réunion d'expertise du 14 avril 2005 et qu'il en a été de même le 14 novembre 2005 et que dans les deux cas il a été uniquement représenté par son avocat ; que le cabinet [B] dûment convoqué à la réunion d'expertise du 9 février 2012, dans le cadre de la seconde expertise, a accusé réception de sa convocation mais n'a pas comparu ; qu'une telle attitude ne peut être regardée comme constituant de la part de la compagnie d'assurances la manifestation de sa volonté de prendre la direction du procès ;

1°) ALORS QUE, lorsque le bénéfice de l'assurance est invoqué par des tiers au contrat, il incombe à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion en produisant la

police d'assurance ; qu'il appartient à l'assureur, dont l'obligation était recherchée par des tiers au contrat, de produire la police dont il admet l'existence ; qu'en l'espèce, en décidant que les époux [S] et [L] ne prouvaient pas l'existence de la police d'assurance liant la compagnie Gan et la société Bureale, tout en constatant que l'assureur soutenait avoir assuré le dirigeant de la société Bureale, M. [Y], à titre personnel, les juges du fond ont inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du code civil ;

2°) ALORS QUE nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ; qu'en l'espèce, les époux [L] faisaient valoir (conclusions, p. 22), ainsi que les époux [S], que la compagnie Gan était irrecevable à contester sa garantie d'assureur décennal de la société Bureale en soutenant n'avoir été l'assureur que de son dirigeant, M. [Y], agissant à titre personnel, dans la mesure où l'assureur avait lui-même mandé une expertise décennale privée et produit un rapport d'expertise comportant un devis de travaux réalisés à sa demande, de sorte qu'elle avait nécessairement admis sa qualité d'assureur décennal de la société Bureale, qu'elle n'avait jamais contestée au cours des réunions d'expertise où elle était représentée ; qu'en ne recherchant pas si la compagnie d'assurance ne s'était pas ainsi contredite au détriment des époux [L], ce qui la rendait irrecevable à contester sa garantie à titre d'assureur de la société Bureale devant les juges du fond, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 122 du code de procédure civile, ensemble le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils pour M. et Mme [S].

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé irrecevable pour défaut de qualité passive l'action principale diligentée par M. et Mme [S] à l'encontre de la compagnie Gan assurance ;

AUX MOTIFS QUE force est de constater que M. et Mme [S], et identiquement M. et Mme [L] dans le cadre de leur appel en garantie, ont entendu poursuivre la SARL Bureale et la compagnie Gan Assurances en qualité d'assureur de cette société Bureale, alors que cette compagnie d'assurance dénie être l'assureur de la SARL Bureale et n'admet avoir assuré que M. [F] [Y] exerçant à titre personnel ; qu'il est nécessaire de rappeler au plan de la preuve qu'il appartient à la partie ou aux parties qui se prévalent d'une obligation d'assurance de fournir la démonstration, alors qu'ils prétendent exercer une action directe à l'encontre de l'assureur du constructeur ou être en droit de l'appeler en garantie, de ce que cette compagnie d'assurances avait effectivement contracté avec le constructeur et ce en la qualité sous laquelle ils ont recherché sa responsabilité ; que le devis et les plans ont été réalisés par Bureale, [Adresse 5] [Adresse 5], sans aucune indication permettant de vérifier si l'appellation Bureale constituait l'enseigne commerciale de l'entreprise exploitée par une personne physique ou une dénomination sociale, qu'il figure sur ce devis un numéro SIRET qui ne correspond pas au numéro SIRET de la SARL Bureale, société à responsabilité limitée créée 1994, qui a eu effectivement M. [Y] pour dirigeant et qui a fait l'objet d'une décision de liquidation judiciaire en date du 11 mars 1996, que la première facture émise par cette entreprise porte les mêmes indications d'adresse et de numéro SIRET, tandis que la facture du 11 octobre 1994 comporte quant à elle outre la signature apposée pour le compte du dirigeant un cachet faisant mention de la société Bureale 24 du Vignoble à Metz avec l'indication du numéro Siret qui lui correspond effectivement ; qu'il en est de même des factures postérieurs et de la facture définitive du 22 février 1995 ; que s'il peut être déduit de ces données que M. [Y], personne physique, a ensuite poursuivi son activité dans le cadre d'une société à responsabilité limitée, il n'en découle pas pour autant que la police responsabilité décennale souscrite par le premier soit applicable à la seconde ou ait été reprise par elle ; que dans ces conditions, les demandes de M. et Mme [S] et l'appel en garantie de M. et Mme [L], tous formés contre la compagnie d'assurance Gan Assurances, doivent être jugées irrecevables pour défaut de qualification passive ; que par suite, à défaut de preuve d'un contrat d'une police d'assurance liant la compagnie d'assurances à la SARL Bureale il n'y a pas lieu de se pencher sur le point de savoir si cette compagnie d'assurance a pris la direction du procès, notamment par la production d'un rapport privé de la société Etudes et Quantum comportant un devis de travaux effectivement réalisés à sa demande, que surabondamment et au contraire il faut constater que le premier des deux rapports d'expertise judiciaire ci-dessus examinés révèle que le cabinet [B] (agent Gan) régulièrement convoqué a été absent à la première réunion d'expertise du 14 avril 2005 et qu'il en a été de même le 14 novembre 2005 et que dans les deux cas il a été uniquement représenté par son avocat ; que le cabinet [B] dûment convoqué à la réunion d'expertise du 9 février 2012, dans le cadre de la seconde expertise, a accusé réception de sa convocation mais n'a pas comparu ; qu'une telle attitude ne peut être regardée comme constituant de la part de la compagnie d'assurances la manifestation de sa volonté de prendre la direction du procès ;

1) ALORS QUE lorsque le bénéfice de l'assurance est invoqué par des tiers au contrat, il incombe à l'assureur qui invoque

une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion en produisant la police d'assurance ; qu'il appartient à l'assureur, dont l'obligation était recherchée par des tiers au contrat, de produire la police dont il admet l'existence ; qu'en l'espèce, en décidant que les époux [S] ne prouvaient pas l'existence de la police d'assurance liant la société Gan Assurance et la société Bureale, tout en constatant que l'assureur soutenait avoir assuré le dirigeant de la société Bureale, M. [Y], à titre personnel, les juges du fond ont inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du code civil ;

2) ALORS QUE nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ; qu'en l'espèce, les époux [S] faisaient valoir dans leurs conclusions d'appel (p. 12), que la société Gan Assurance était irrecevable à contester sa garantie d'assureur décennal de la société Bureale en soutenant n'avoir été l'assureur que de son dirigeant, M. [Y], agissant à titre personnel, dans la mesure où l'assureur avait lui-même mandé une expertise décennale privée et produit un rapport d'expertise comportant un devis de travaux réalisés à sa demande, de sorte qu'elle avait nécessairement admis sa qualité d'assureur décennal de la société Bureale, qu'elle n'avait jamais contestée au cours des réunions d'expertise où elle était représentée ; qu'en ne recherchant pas si la compagnie d'assurance ne s'était pas ainsi contredite au détriment des époux [L], ce qui la rendait irrecevable à contester sa garantie à titre d'assureur de la société Bureale devant les juges du fond, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 122 du code de procédure civile, ensemble le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui.