

CIV.3

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 4 février 2016

Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 159 FS-P+B

Pourvoi n° P 14-29.347

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 la société Qualiconsult, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],
contre l'arrêt rendu le 23 octobre 2014 par la cour d'appel de Montpellier (1re chambre, section AO1), dans le litige
l'opposant :

1°/ à M. [C] [Z], domicilié [Adresse 1],

2°/ à la Mutuelle des architectes français, société d'assurance mutuelle à cotisations variables, dont le siège est [Adresse 3],

3°/ à la société Le Patio, dont le siège est [Adresse 4],

4°/ à la société Pavage méditerranéen, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 6],

5°/ à la société [E], société civile professionnelle de mandataires judiciaire, dont le siège est [Adresse 5], prise en la personne de M. [E], en qualité de liquidateur judiciaire de la société Pavage méditerranéen,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 5 janvier 2016, où étaient présents : M. Chauvin, président, M. Pronier, conseiller rapporteur, M. Mas, conseiller doyen, MM. Jardel, Nivôse, Maunand, Bureau, conseillers, Mmes Vérité, Abgrall, Georget, Renard, conseillers référendaires, Mme Berdeaux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Pronier, conseiller, les observations de la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat de la société Qualiconsult, de la SCP Boulloche, avocat de M. [Z] et de la Mutuelle des architectes français, l'avis de M. Petit, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 23 octobre 2014), rendu sur renvoi après cassation (3e Civ, 19 mars 2013, pourvoi n° 11-25.266), que la société civile immobilière Le Patio (SCI), ayant pour maître d'ouvrage délégué la société Primus, a, sous la maîtrise d'oeuvre de M. [Z], architecte assuré auprès de la Mutuelle des architectes français (MAF), fait réaliser un ensemble de villas avec piscines, vendues en l'état futur d'achèvement ; que la société Cimba, aux droits de laquelle vient la société Pavage méditerranéen, assurée auprès de la société Groupama, a été chargée du lot gros oeuvre, charpente, voiries et réseaux divers (VRD) et piscines et la société Qualiconsult d'une mission de contrôle technique portant sur la solidité des ouvrages et des éléments d'équipement ; que, des désordres ayant été constatés sur cinq piscines, la SCI et la société Primus ont, après expertise, assigné en indemnisation la société Qualiconsult, la société Cimba, la société Groupama, M. [Z] et la MAF ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Qualiconsult fait grief à l'arrêt de dire abusive la clause limitative de responsabilité prévue au contrat la liant à la SCI, d'en prononcer la nullité et de dire qu'elle devra verser à la SCI les condamnations in solidum prononcées à son encontre par le jugement du 4 juin 2009 dans ses dispositions devenues définitives, sans pouvoir plafonner le montant des indemnisations au double des honoraires perçus, alors, selon le moyen :

1°/ que seules peuvent être qualifiées d'abusives les clauses insérées dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que n'a pas la qualité de consommateur ou de non-professionnel la personne ayant conclu un contrat en rapport direct avec son activité professionnelle et pour les besoins de celle-ci ; qu'en retenant que la SCI Le Patio, « promoteur immobilier, [était] un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction », de sorte qu'elle devait « être considérée comme un non professionnel vis-à-vis du contrôleur technique », quand il résultait de ses propres constatations que la convention de contrôle technique comportant la clause litigieuse avait été conclue par la SCI Le Patio dans l'exercice de son activité professionnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 132-1 et L. 135-1 du code de la consommation ;

2°/ que la clause ayant pour objet de plafonner le montant de l'indemnisation due en cas de mise en jeu de la responsabilité d'une des parties est licite dès lors qu'elle n'aboutit pas à réduire l'indemnisation à un montant dérisoire au regard des obligations corrélatives de l'autre partie ; que pour juger que la clause de la convention de contrôle

technique conclue entre la SCI Le Patio et la société Qualiconsult stipulant que la responsabilité du contrôleur technique ne pouvait être engagée au-delà du double des honoraires perçus par ce dernier, la cour d'appel a considéré qu'une telle clause « contredi[sait] la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes » ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs impropres à caractériser un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties au contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 132-1 et L. 135-1 du code de la consommation ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que la SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction, la cour d'appel a pu retenir que celle-ci devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu, à bon droit, que la clause ayant pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult établie, le maximum de dommages-intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus, s'analysait en une clause de plafonnement d'indemnisation et, contredisant la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes, constituait une clause abusive, qui devait être déclarée nulle et de nul effet, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les premier et troisième moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Qualiconsult aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour la société Qualiconsult.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement du tribunal de grande instance de MONTPELLIER du 4 juin 2009 en toutes ses dispositions dans les limites de la réformation intervenue par l'arrêt du 28 juin [2011] dans ses dispositions devenues définitives, D'AVOIR dit que la condamnation de M. [Z] et de son assureur la MAF in solidum avec la SARL Cimba et la société Qualiconsult à garantir la SCI Le Patio du montant de toutes les condamnations prononcées à son encontre au profit des acquéreurs était limitée à hauteur de 21% pour les condamnations résultant de la réfection des piscines et la privation de jouissance et des pertes de volumes d'eau et à hauteur de 28% pour la réfection des plages des piscines et les indemnités résultant d'une privation de jouissance de ces plages et des jardins, D'AVOIR dit en conséquence que la société QUALICONSULT devait verser à la SCI Le Patio les condamnations in solidum prononcées à son encontre « par le jugement déferé dans ses dispositions devenues définitives », sans pouvoir plafonner le montant des indemnités au double des honoraires perçus, et D'AVOIR condamné la société QUALICONSULT au paiement de tous les dépens de la procédure de renvoi, avec application de l'article 699 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « la cassation de l'arrêt de la cour est limitée aux clauses limitatives de solidarité et de responsabilité

dans le contrat de l'architecte et dans celui du contrôleur technique, étant fait observer que les responsabilités de la société Qualiconsult et de M. [Z] sont définitivement jugées en l'état de la cassation limitée ; que la société Cimba étant en liquidation judiciaire et n'étant pas assurée pour les désordres avant réception, ce qui est le cas pour tous les désordres aux piscines, plages des piscines et jardins pour lesquels la SCI et les cinq acquéreurs ont été définitivement indemnisés par l'arrêt devenu définitif de ces chefs, la validité et l'opposabilité des clauses limitatives de garantie de l'architecte et du contrôleur technique, dont la responsabilité de chacun d'eux est retenue in solidum avec la société Cimba envers la SCI, sont un enjeu important » ;

ET AUX MOTIFS QUE « sur la clause d'exclusion de solidarité du contrat d'architecte ; que dans le contrat conclu le 15 mars 2004 entre la SCI et M. [Z], figure à l'article 8 une clause d'exclusion de responsabilité de l'architecte pour les dommages imputables aux autres intervenants ; que cette clause est valable pour ce litige dans lequel la responsabilité de M. [Z] est retenue sur un fondement contractuel de droit commun et non pas sur le fondement de la responsabilité de plein droit de l'article 1792 du code civil ; que la clause d'exclusion de solidarité, comme le soutient vainement la SCI, ne peut être qualifiée d'abusives et donc déclarée non écrite ; en effet par application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, si la SCI, promoteur immobilier, est un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction et doit être considérée comme un non professionnel vis-à-vis de l'architecte, il ne peut être considéré que la clause d'exclusion de solidarité crée un déséquilibre significatif entre le professionnel et le non professionnel, puisque l'architecte, M. [Z], reste responsable envers la SCI de toutes ses fautes commises dans l'exercice de sa mission, mais uniquement de ses fautes sans solidarité avec les autres intervenants à la construction ; que la clause d'exclusion de solidarité, qui ne vide pas la responsabilité de l'architecte de son contenu puisqu'il doit assumer les conséquences de ses fautes et sa part de responsabilité dans les dommages sans pouvoir être condamné pour la totalité des dommages, n'est pas abusive ; que la SCI soutient également être subrogée dans les droits des acquéreurs pour les avoir entièrement indemnisés des sommes le 24 avril 2009 et qu'en conséquence la clause de non solidarité ne peut plus lui être opposée ; mais que la SCI a toujours agi en sa qualité de promoteur d'un programme immobilier de 14 villas avec piscines vendues en l'état futur d'achèvement et non en sa qualité de subrogée dans les droits de ses acquéreurs ; que de plus, la SCI subrogée, ne peut avoir plus de droit que les acquéreurs en auraient eu eux-mêmes ; or les cinq acquéreurs venant aux droits de la SCI Le Patio, disposent contre les locataires d'ouvrage d'une action contractuelle de droit commun fondée sur un manquement à leurs obligations envers le maître d'ouvrage ; les acquéreurs agissant à l'encontre de M. [Z] et de son assureur sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, en agissant aux côtés ou au lieu du promoteur absent, sur la base du contrat de maîtrise d'oeuvre signé entre la SCI et M. [Z], se seraient vu opposer, de la même manière que M. [Z] le fait avec la SCI, la clause exclusive de solidarité ; que la SCI oppose l'autonomie de l'action directe de la victime à l'encontre de la MAF pour dénier l'opposabilité de cette clause à la MAF ; que la MAF, assureur de M. [Z], peut opposer à la victime cette clause exclusive de solidarité insérée au contrat de l'architecte, car cette disposition contractuelle ne limite pas la recevabilité de l'action de la SCI, victime, envers l'architecte et son assureur, mais elle est relative au montant de l'indemnisation à laquelle est tenu l'assureur de responsabilité et donc aux obligations contractuelles de l'assureur vis-à-vis de son assuré librement négociées entre eux ; que cette clause d'exclusion de solidarité est donc opposable à la SCI exerçant l'action directe par la MAF, qui n'est tenue de garantir son assuré que dans les limites du contrat d'architecte conclu avec la SCI ; que dans ces conditions, cette clause excluant les conséquences de la responsabilité solidaire ou in solidum de l'architecte à raison des dommages imputables à d'autres intervenants doit recevoir application et le jugement déféré du 4 juin 2009 sera confirmé en ce qu'il a retenu le principe de cette limitation de garantie de M. [Z] et de la MAF à l'égard de la SCI, tout en retenant les parts de responsabilité de M. [Z], qui ont été fixées à des pourcentages différents par l'arrêt de la cour du 28 juin 2011, par des dispositions devenues définitives ; que sur la clause limitative de responsabilité prévue au contrat du contrôleur technique ; que dans le contrat du 2 juillet 2004 signé entre la SCI et la société Qualiconsult figure à l'article du titre 1 des conditions générales une clause limitant sa responsabilité à deux fois le montant des honoraires perçus au titre de sa mission pour laquelle sa responsabilité est retenue, soit en l'espèce 26 010 € HT ; que la SCI soutient que cette clause limitative de responsabilité est abusive et doit donc être déclarée non écrite ; que la SCI, promoteur immobilier, est un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction et doit en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, être considérée comme un non professionnel vis-à-vis du contrôleur technique ; que conformément à l'article L. 132-1 du code de la consommation et de la recommandation du 29 mars 1990 de la commission des clauses abusives, est abusive une clause qui a pour objet de limiter l'indemnité due par le professionnel en cas d'inexécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations ; que la clause litigieuse a pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult établie, le maximum de dommages et intérêts que le maître d'ouvrage pourra recevoir en fonction des honoraires

perçus ; que la clause limitative de responsabilité s'analyse en une clause de plafonnement d'indemnisation, puisque la société Qualiconsult responsable envers la SCI de toutes les fautes commises dans l'exercice de sa mission entraînant sa condamnation in solidum avec les autres locataires à des dommages et intérêts estimés à des montants conséquents par l'arrêt confirmatif de ce chef du 28 juin 2001, pourrait opérer une limitation de l'indemnisation en fonction des honoraires reçus ; que la clause de plafonnement de l'indemnisation, contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes ; qu'en conséquence, cette clause de plafonnement de réparation en fonction des honoraires reçus constitue une clause abusive en créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'elle doit donc être déclarée nulle et de nul effet ; qu'en conséquence la société Qualiconsult sera condamnée à indemniser les préjudices de la SCI tels que fixés au jugement du 4 juin 2009 confirmé de ce chef par l'arrêt du 28 juin 2011 dans des dispositions définitives, sans limitation de montant (...) que la SCI qui succombe dans ses prétentions de voir écarter la clause exclusive de solidarité de l'architecte et la société Qualiconsult qui succombe dans ses prétentions de voir appliquer la clause limitative de responsabilité seront condamnées aux dépens de la procédure d'appel devant la cour statuant sur renvoi de la Cour de cassation » ;

ET AUX MOTIFS, A LES SUPPOSER ADOPTES DES PREMIERS JUGES, QUE « Sur le recours de la société civile immobilière Le Patio : Ces recours ne peuvent être exercés que par application de l'article 1147 du code civil, puisque les ouvrages n'ont pas donné lieu à réception ; que le CCTP d'origine prévoyait une piscine en béton et un dallage béton pour les plages. Au cours du chantier, la société Cimba, chargée du lot « piscines » à partir du 11 avril 2005, a proposé la pose de piscines en coque polyester et un dallage sur le sol, avec l'acceptation de l'encadrement technique des travaux ; que dès le début de ses opérations d'expertises, M. l'expert [O], a préconisé le remplacement des cinq piscines pour un montant ensuite évalué à 206 280 € et la réfection complète de leurs plages pour un montant ultérieurement fixé à 47.520 € ; que l'expert a attribué l'origine des désordres à des terrains constitués de remblais non stabilisés, le lotissement étant implanté sur d'anciennes ravines dont les plus importantes sont situées au droit des piscines des lots 1,2, 5,8 et 9 avec des profondeurs pouvant atteindre 4 mètres, la nature de ces terrains sensibles aux ruissellements, étant connue des concepteurs de l'ouvrage car exposée dans un rapport établi le 16 juin 2004 par le BET CEBTP et signalée dans le cahier des clauses administratives particulières établi par l'architecte [G], maître d'oeuvre de conception, qui a attiré l'attention des intervenants sur les sujétions liées à l'état des sols, l'entreprise chargée du gros-oeuvre étant tenue en application de l'article 31.1.1 du CCTP de procéder à ses frais, à des sondages ponctuels dans le sous-sol pour s'assurer de l'homogénéité du sol ; que M. [Z] et la société Qualiconsult ont disposé avec la société Cimba des mêmes informations données par le rapport du 16 juin 2004 et par le cahier des charges du fabricant des piscines coques, l'intégration « dans un site à problème » de ces piscines exigeant des terrassements, des drainages et des soutènements qui relevaient de l'entreprise générale mais aussi de la maîtrise d'oeuvre des travaux qui devait se préoccuper de l'intégration de ces piscines dans le site choisi ; qu'en l'absence de tels travaux, les terrains étaient impropres à recevoir, en l'état, des coques polyester selon les normes définies par le cahier des charges du fabricant ; que la note technique adressée le 10 mai 2006 à l'expert judiciaire par M. [P] [V], expert-construction de la compagnie d'assurance Groupama, est d'ailleurs édifiante en ce qu'il indique "que tous les participants étaient conscients de construire sur une décharge et qu'ils ont décidé apparemment d'en tenir compte pour les villas, - de l'ignorer pour /es piscines et les murs et plus encore de substituer au monolithisme du béton armé prévu au CCTP des coques déformables en polyester » qui auraient dû être encastrées à l'inférieur d'un sol compact et non encadrées par des remblais mouvants ; que l'instabilité du sol, qui était donc connue, avait vocation naturelle à se répercuter aux plages des piscines constituées de simples dallages posés sur le sol et non scellés sur une dalle de béton ; qu'à l'absence de prise en considération de la nature du terrain, s'est aussi ajouté un défaut patent de conception dans la récupération et l'évacuation des eaux de ruissellement en provenance des couvertures des villas et des surfaces imperméabilisées ; qu'à cet égard, le CEBTP dans un rapport du 11 mai 2007 a préconisé avant la pose de nouvelles piscines, de procéder à une purge des remblais, à un nettoyage soigneux du fond des fouilles, à un compactage du fond de forme, à la mise en place d'un système de récupération et d'évacuation des eaux de ruissellement, à la pose de géotextiles et d'une couche drainante de 30 cm d'épaisseur, ce qui tend à démontrer que ces opérations n'ont pas été faites avant la pose des piscines sinistrées ; que les proportions suivantes ont été retenues par l'expert quant à l'imputabilité des dommages: pour les piscines : 70 % à la charge des entreprises dont la société Cimba et 30% pour l'architecte et le bureau de contrôle : pour les plages: 60% à la charge de la société Cimba et 40% à la charge de l'architecte et du bureau de contrôle ; que la répartition des imputabilités entre les entreprises chargées de l'exécution et celles en charge de la direction de ces travaux, telle que proposée par l'expert doit être

confirmée, qu'il s'agisse des piscines ou des plages ; que l'expert n'a pas retenu d'imputabilité à la charge du maître d'ouvrage, le choix de piscines coques ne relevant pas d'une demande impérative de sa part qui aurait été dictée par un souci d'économie puisque la pose de ce type de piscine coque a nécessité la réalisation de murs de soutènement lesquels n'ont d'ailleurs pas été construits conformément aux règles de l'art ; qu'une proportion de responsabilité égale à 15 % tant pour la pose des piscines que pour celle des plages doit être retenue à la charge de la société Qualiconsult qui ne peut prétendre avoir tout ignoré du changement du matériau de composition des piscines et n'avoir obtenu qu'à partir du 9 décembre 2005, le cahier des charges du fabricant de piscines alors : - qu'elle a participé à toutes les réunions de chantier et notamment à celle du 19 avril 2005 au cours de laquelle le principe de piscines avec coque polyester a été retenu sans que pour autant leur intégration au site soit analysée alors que les terrains étaient impropres à recevoir des coques polyester ; - qu'elle a obtenu le 20 mai 2005 de l'architecte [Z], la communication du cahier des charges du fabricant des piscines, réclamé le 19 mai 2005, sans ensuite formuler d'avis alors que les prescriptions du fabricant étaient incompatibles avec les conclusions de l'étude géotechnique du 16 juin 2004 dont elle avait connaissance ; - que, par télécopie du 29 septembre 2005, elle a proposé au maître de l'ouvrage, un mode opératoire pour les travaux de réfection des piscines, dont la mise en oeuvre lui a paru conforme au cahier des charges du fabricant, ce qui démontre que ce cahier lui a bien été communiqué avant le 9 décembre 2005 et qu'elle a bien été impliquée dans le choix effectué de piscines à coque ; - qu'elle a été manifestement défaillante dans le devoir de conseil qu'elle devait quant à la mise en place des dalles des plages de piscines, sur des sols par nature instables ; que chaque intervenant se prévaut d'un régime spécifique dans la mise en oeuvre de sa responsabilité : L'architecte et la compagnie d'assurance d'assurances MAF invoquent la clause d'exclusion de solidarité qui figure à l'article 8 du contrat qui lie M. [C] [Z] à la société Le Patio ; que cette clause a été validée par la jurisprudence dans le cadre, de litiges relevant des dispositions des articles 1134 et 1147 du code civil de telle sorte que l'architecte ne sera pas tenu responsable solidairement ou in solidum de la totalité des fautes commises par d'autres intervenants à la construction ou ne le sera qu'à hauteur de sa part de responsabilité, dans la mesure où le sinistre provient d'une imbrication de fautes ou de négligences ; que cette clause d'exclusion de solidarité globale est opposable par l'assureur de l'architecte qui ne peut être tenu à plus que ce à quoi est tenu son assuré ; que la société Qualiconsult qui a reçu une mission de contrôle définie par un contrat du 2 juillet 2004 ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 111-24 du code de la construction et de l'habitation dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 8 juin 2005 qui prévoit que le contrôleur technique n'est tenu de supporter la réparation des dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité mise à sa charge, dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage ; que la société civile immobilière Le Patio doit donc être relevée et garantie des condamnations prononcées à son encontre par la condamnation in solidum des locataires d'ouvrage concernés la Sarl Cimba, M. [C] [Z] et la société Qualiconsult, cette solidarité étant limitée pour M. [C] [Z] à hauteur de sa part de responsabilité » ;

1°) ALORS QUE la cassation du chef de dispositif d'une décision de justice n'en laisse rien subsister, quelle que soit la nature du moyen ayant servi de base à la cassation ; que par arrêt du 28 juin 2011, la cour d'appel de MONTPELLIER a confirmé un jugement du tribunal de grande instance de MONTPELLIER du 4 juin 2009 en ce qu'il avait condamné la SCI PATIO, en qualité de promoteur, à indemniser les acquéreurs de biens immobiliers de divers désordres, dit que la SCI LE PATIO devait être relevée et garantie des condamnations prononcées à son encontre par la société CIMBA, la société QUALICONSULT et par M. [Z], et condamné in solidum ces parties à l'égard de la SCI LA PATIO, sauf sur les pourcentages de responsabilité qu'elle a modifiés ; que par arrêt du 19 avril 2013, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de MONTPELLIER du 28 juin 2011 « mais seulement en ce qu'il confirme le jugement déféré ayant condamné solidairement la société Cimba, la société Qualiconsult, M. [Z] et la MAF à relever et garantir la SCI Le Patio du montant des condamnations prononcées à son encontre et en ce qu'il dit que la société Qualiconsult ne peut être engagée au-delà de deux fois le montant des honoraires perçus au titre de la mission pour laquelle sa responsabilité serait retenue, soit en l'espèce au-delà de la somme de 26 010 euros HT » ; qu'en jugeant néanmoins que « la cassation de l'arrêt de la cour [du 28 juin 2011] est limitée aux clauses limitatives de solidarité et de responsabilité dans le contrat de l'architecte et dans celui du contrôleur technique », et en refusant de statuer à nouveau, comme elle en avait l'obligation, sur les demandes de la société QUALICONSULT contestant la condamnation in solidum prononcée à son égard par le jugement de première instance, la cour d'appel a violé les articles 624, 625, 631 et 638 du code de procédure civile ;

2°) ALORS TRES SUBSIDIAIREMENT QUE l'indemnisation au titre d'un défaut d'information ou de conseil ne peut consister qu'en une perte de chance, laquelle ne peut être égale à l'entier préjudice ; qu'en l'espèce, la société QUALICONSULT faisait valoir que sa mission était limitée à la fourniture d'information et l'émission d'avis techniques sur la conception et

la réalisation de l'ouvrage (ses conclusions d'appel, p. 23), qu'elle ne pouvait donner d'instructions aux constructeurs ; qu'elle se prévalait également des termes du contrat conclu le 2 juillet 2004 avec la SCI LE PATIO, lequel stipulait que « le contrôleur technique n'[était] tenu vis-à-vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage » ; qu'en condamnant néanmoins la société QUALICONSULT, in solidum avec la société CIMBA, ainsi que M. [Z] et la MUTUELLE DES ARCHITECTES FRANÇAIS, à relever et garantir la SCI LE PATIO de l'ensemble des condamnations prononcées contre cette dernière au profit des acquéreurs, quand il résultait de ses propres constatations (jugement de première instance, p. 13, dernier §) que la responsabilité du contrôleur technique n'avait été retenue que pour avoir méconnu son devoir de conseil (cf jugement du tribunal de grande instance de MONTPELLIER du 4 juin 2009, p. 13, dernier §), ce dont il résultait que le préjudice résultant de ce manquement ne pouvait s'analyser qu'en une perte de chance qui ne pouvait correspondre à l'entier dommage, la cour d'appel a méconnu les articles 1147 et 1382 du code civil, ensemble le principe de réparation intégrale du préjudice.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit abusive la clause limitative de responsabilité prévue au contrat liant la SCI LE PATIO à la société QUALICONSULT et d'en avoir prononcé la nullité, D'AVOIR dit en conséquence que la société QUALICONSULT devait verser à la SCI LE PATIO les condamnations in solidum prononcées à son encontre par le jugement du tribunal de grande instance de MONTPELLIER du 4 juin 2009 dans ses dispositions devenues définitives, sans pouvoir plafonner le montant des indemnisations au double des honoraires perçus, et D'AVOIR condamné la société QUALICONSULT au paiement de tous les dépens de la procédure de renvoi, avec application de l'article 699 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « sur la clause limitative de responsabilité prévue au contrat du contrôleur technique ; que dans le contrat du 2 juillet 2004 signé entre la SCI et la société Qualiconsult figure à l'article 5 du titre 1 des conditions générales une clause limitant sa responsabilité à deux fois le montant des honoraires perçus au titre de sa mission pour laquelle sa responsabilité est retenue, soit en l'espèce 26 010 € HT ; que la SCI soutient que cette clause limitative de responsabilité est abusive et doit donc être déclarée non écrite ; que la SCI, promoteur immobilier, est un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction et doit en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, être considérée comme un non professionnel vis-à-vis du contrôleur technique ; que conformément à l'article L. 132-1 du code de la consommation et de la recommandation du 29 mars 1990 de la commission des clauses abusives, est abusive une clause qui a pour objet de limiter l'indemnité due par le professionnel en cas d'inexécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations ; que la clause litigieuse a pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult établie, le maximum de dommages et intérêts que le maître d'ouvrage pourra recevoir en fonction des honoraires perçus ; que la clause limitative de responsabilité s'analyse en une clause de plafonnement d'indemnisation, puisque la société Qualiconsult responsable envers la SCI de toutes les fautes commises dans l'exercice de sa mission entraînant sa condamnation in solidum avec les autres locataires à des dommages et intérêts estimés à des montants conséquents par l'arrêt confirmatif de ce chef du 28 juin 2001, pourrait opérer une limitation de l'indemnisation en fonction des honoraires reçus ; que la clause de plafonnement de l'indemnisation, contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes ; qu'en conséquence, cette clause de plafonnement de réparation en fonction des honoraires reçus constitue une clause abusive en créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'elle doit donc être déclarée nulle et de nul effet ; qu'en conséquence la société Qualiconsult sera condamnée à indemniser les préjudices de la SCI tels que fixés au jugement du 4 juin 2009 confirmé de ce chef par l'arrêt du 28 juin 2011 dans des dispositions définitives, sans limitation de montant (2) que la SCI qui succombe dans ses prétentions de voir écarter la clause exclusive de solidarité de l'architecte et la société Qualiconsult qui succombe dans ses prétentions de voir appliquer la clause limitative de responsabilité seront condamnées aux dépens de la procédure d'appel devant la cour statuant sur renvoi de la Cour de cassation » ;

1°) ALORS QUE seules peuvent être qualifiées d'abusives les clauses insérées dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, ayant pour objet pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que

n'a pas la qualité de consommateur ou de non-professionnel la personne ayant conclu un contrat en rapport direct avec son activité professionnelle et pour les besoins de celle-ci ; qu'en retenant que la SCI LE PATIO, « promoteur immobilier, [était] un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction », de sorte qu'elle devait « être considérée comme un non professionnel vis-à-vis du contrôleur technique », quand il résultait de ses propres constatations que la convention de contrôle technique comportant la clause litigieuse avait été conclue par la SCI LE PATIO dans l'exercice de son activité professionnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 132-1 et L. 135-1 du code de la consommation ;

2°) ALORS PAR SURCROÎT QUE la clause ayant pour objet de plafonner le montant de l'indemnisation due en cas de mise en jeu de la responsabilité d'une des parties est licite dès lors qu'elle n'aboutit pas à réduire l'indemnisation à un montant dérisoire au regard des obligations corrélatives de l'autre partie ; que pour juger que la clause de la convention de contrôle technique conclue entre la SCI LE PATIO et la société QUALICONSULT stipulant que la responsabilité du contrôleur technique ne pouvait être engagée au-delà du double des honoraires perçus par ce dernier, la cour d'appel a considéré qu'une telle clause « contred[is]ait la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes » ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs impropres à caractériser un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties au contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 132-1 et L. 135-1 du code de la consommation.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (EVENTUEL)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions dans les limites de la réformation intervenue par l'arrêt du 28 juin 2008 dans ses dispositions devenues définitives, et précisant les dispositions ainsi confirmées et y ajoutant, D'AVOIR dit que la condamnation de M. [Z] et de son assureur la MAF in solidum avec la SARL Cimba et la société Qualiconsult à garantir la SCI Le Patio du montant de toutes les condamnations prononcées à son encontre au profit des acquéreurs était limitée à hauteur de 21% pour les condamnations résultant de la réfection des piscines et la privation de jouissance et des pertes de volumes d'eau et à hauteur de 28 % pour la réfection des plages des piscines et les indemnités résultant d'une privation de jouissance de ces plages et des jardins ;

AUX MOTIFS QUE « sur la clause d'exclusion de solidarité du contrat d'architecte ; que dans le contrat conclu le 15 mars 2004 entre la SCI et M. [Z], figure à l'article 8 une clause d'exclusion de responsabilité de l'architecte pour les dommages imputables aux autres intervenants ; que cette clause est valable pour ce litige dans lequel la responsabilité de M. [Z] est retenue sur un fondement contractuel de droit commun et non pas sur le fondement de la responsabilité de plein droit de l'article 1792 du code civil ; que la clause d'exclusion de solidarité, comme le soutient vainement la SCI, ne peut être qualifiée d'abusive et donc déclarée non écrite ; en effet par application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, si la SCI, promoteur immobilier, est un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction et doit être considérée comme un non professionnel vis-à-vis de l'architecte, il ne peut être considéré que la clause d'exclusion de solidarité crée un déséquilibre significatif entre le professionnel et le non professionnel, puisque l'architecte, M. [Z], reste responsable envers la SCI de toutes ses fautes commises dans l'exercice de sa mission, mais uniquement de ses fautes sans solidarité avec les autres intervenants à la construction ; que la clause d'exclusion de solidarité, qui ne vide pas la responsabilité de l'architecte de son contenu puisqu'il doit assumer les conséquences de ses fautes et sa part de responsabilité dans les dommages sans pouvoir être condamné pour la totalité des dommages, n'est pas abusive ; que la SCI soutient également être subrogée dans les droits des acquéreurs pour les avoir entièrement indemnisés des sommes le 24 avril 2009 et qu'en conséquence la clause de non solidarité ne peut plus lui être opposée ; mais que la SCI a toujours agi en sa qualité de promoteur d'un programme immobilier de 14 villas avec piscines vendues en l'état futur d'achèvement et non en sa qualité de subrogée dans les droits de ses acquéreurs ; que de plus, la SCI subrogée, ne peut avoir plus de droit que les acquéreurs en auraient eu eux-mêmes ; or les cinq acquéreurs venant aux droits de la SCI Le Patio, disposent contre les locataires d'ouvrage d'une action contractuelle de droit commun fondée sur un manquement à leurs obligations envers le maître d'ouvrage ; les acquéreurs agissant à l'encontre de M. [Z] et de son assureur sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, en agissant aux côtés ou au lieu du promoteur absent, sur la base du contrat de maîtrise d'oeuvre signé entre la SCI et M. [Z], se seraient vu opposer, de la même manière que M. [Z] le fait avec la SCI, la clause exclusive de solidarité ; que la SCI oppose l'autonomie de l'action directe de la victime à l'encontre de la MAF pour dénier l'opposabilité de cette clause à la MAF ; que la MAF, assureur de M. [Z], peut opposer à la victime

cette clause exclusive de solidarité insérée au contrat de l'architecte, car cette disposition contractuelle ne limite pas la recevabilité de l'action de la SCI, victime, envers l'architecte et son assureur, mais elle est relative au montant de l'indemnisation à laquelle est tenu l'assureur de responsabilité et donc aux obligations contractuelles de l'assureur vis-à-vis de son assuré librement négociées entre eux ; que cette clause d'exclusion de solidarité est donc opposable à la SCI exerçant l'action directe par la MAF, qui n'est tenue de garantir son assuré que dans les limites du contrat d'architecte conclu avec la SCI ; que dans ces conditions, cette clause excluant les conséquences de la responsabilité solidaire ou in solidum de l'architecte à raison des dommages imputables à d'autres intervenants doit recevoir application et le jugement déféré du 4 juin 2009 sera confirmé en ce qu'il a retenu le principe de cette limitation de garantie de M. [Z] et de la MAF à l'égard de la SCI, tout en retenant les parts de responsabilité de M. [Z], qui ont été fixées à des pourcentages différents par l'arrêt de la cour du 28 juin 2011, par des dispositions devenues définitives ; que sur la clause limitative de responsabilité prévue au contrat du contrôleur technique ; que dans le contrat du 2 juillet 2004 signé entre la SCI et la société Qualiconsult figure à l'article du titre 1 des conditions générales une clause limitant sa responsabilité à deux fois le montant des honoraires perçus au titre de sa mission pour laquelle sa responsabilité est retenue, soit en l'espèce 26 010 € HT ; que la SCI soutient que cette clause limitative de responsabilité est abusive et doit donc être déclarée non écrite ; que la SCI, promoteur immobilier, est un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction et doit en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, être considérée comme un non professionnel vis-à-vis du contrôleur technique ; que conformément à l'article L. 132-1 du code de la consommation et de la recommandation du 29 mars 1990 de la commission des clauses abusives, est abusive une clause qui a pour objet de limiter l'indemnité due par le professionnel en cas d'inexécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations ; que la clause litigieuse a pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult établie, le maximum de dommages et intérêts que le maître d'ouvrage pourra recevoir en fonction des honoraires perçus ; que la clause limitative de responsabilité s'analyse en une clause de plafonnement d'indemnisation, puisque la société Qualiconsult responsable envers la SCI de toutes les fautes commises dans l'exercice de sa mission entraînant sa condamnation in solidum avec les autres locataires à des dommages et intérêts estimés à des montants conséquents par l'arrêt confirmatif de ce chef du 28 juin 2001, pourrait opérer une limitation de l'indemnisation en fonction des honoraires reçus ; que la clause de plafonnement de l'indemnisation, contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes ; qu'en conséquence, cette clause de plafonnement de réparation en fonction des honoraires reçus constitue une clause abusive en créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'elle doit donc être déclarée nulle et de nul effet ; qu'en conséquence la société Qualiconsult sera condamnée à indemniser les préjudices de la SCI tels que fixés au jugement du 4 juin 2009 confirmé de ce chef par l'arrêt du 28 juin 2011 dans des dispositions définitives, sans limitation de montant (...) que la SCI qui succombe dans ses prétentions de voir écarter la clause exclusive de solidarité de l'architecte et la société Qualiconsult qui succombe dans ses prétentions de voir appliquer la clause limitative de responsabilité seront condamnées aux dépens de la procédure d'appel devant la cour statuant sur renvoi de la Cour de cassation » ;

ALORS QUE la clause limitant la responsabilité de l'intervenant à une construction à l'égard du maître de l'ouvrage n'est pas opposable aux autres co-obligés in solidum tiers à ce contrat ; qu'en limitant la condamnation de M. [Z] et de son assureur la MAF, in solidum avec la SARL CIMBA et la société QUALICONSULT, à garantir la SCI LE PATIO des condamnations prononcées contre cette dernière au profit des acquéreurs, à hauteur de 21% pour les condamnations résultant de la réfection des piscines et la privation de jouissance et des pertes de volumes d'eau et à hauteur de 28% pour la réfection des plages des piscines et les indemnités résultant d'une privation de jouissance de ces plages et des jardins, en application de la clause figurant dans le contrat d'architecte excluant la solidarité à l'égard de maître d'ouvrage, quand cette clause n'était pas opposable aux autres co-obligés et ne pouvait limiter l'obligation de garantie de M. [Z] à leur égard, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1382 du code civil.