

Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 2 octobre 2012), que M. et Mme X... ont conclu avec la société GMD constructions un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan et obtenu un permis de construire préconisant une hauteur du radier supérieure de trente centimètres à l'axe de la chaussée ; que la société GMD constructions a sous-traité les travaux à la société Magne, assurées l'une et l'autre auprès de la SMABTP ; que la cote mentionnée au permis de construire n'ayant pas été respectée, M. et Mme X... ont assigné la société GMD constructions, la société Magne et la SMABTP en résolution du contrat et en indemnisation ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en résolution du contrat et de fixer le montant des dommages-intérêts à la somme de 2 000 euros alors, selon le moyen :

1°/ que la non-conformité de la chose réalisée à la chose promise par un contrat de construction de maison individuelle entraîne, même à défaut de gravité et de préjudice, l'exécution en nature du contrat, par la mise en conformité de l'ouvrage aux prévisions contractuelles ou, si elle est impossible, la résolution totale ou partielle du contrat, et l'octroi de dommages intérêts en sus des dommages liés à la résolution ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'ouvrage ne respectait pas l'altimétrie prévue par les plans et le permis de construire accordé sous condition de ce respect, dans une zone soumise à des inondations, mais a, en considération du défaut de gravité de la non conformité relevée, rejeté la demande de résolution du contrat de construction et limité la condamnation des constructeurs au paiement de la somme de 2 000 euros, à titre de dommages-intérêts ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas déduit de ses propres constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient au regard de l'article 1184 du code civil, ensemble l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation ;

2°/ que, dans des conclusions restées sans réponse, M. et Mme X... ont fait valoir que la société GMD constructions qui n'avait pas respecté la hauteur de l'ouvrage telle que prévue, ne leur avait pas conseillé, en outre, de surélever l'ouvrage de plus de 30 centimètres, comme stipulé, en dépit de sa connaissance des montées d'eaux et que par son abstention, sur un élément essentiel, le constructeur avait été directement à l'origine du dommage ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, tout en s'attachant au défaut de gravité du défaut de conformité et du respect de l'altimétrie qui n'aurait pas évité les inondations futures, pour rejeter néanmoins la demande de résolution du contrat de construction de maison individuelle, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que le préjudice subi à raison du défaut de conformité d'un ouvrage aux plans convenus et au permis de construire obtenu est constitué par la perte de valeur de l'ouvrage, mais aussi par les préjudices matériel et moral d'une exposition constante du maître de l'ouvrage et de sa famille à des risques d'inondation, qui engendrent des coûts supérieurs, notamment d'assurance, aggravent les conséquences des inondations subies et entraîne un trouble moral certain, actuel et permanent ; qu'en limitant le préjudice réparé à la moins-value de la maison, évaluée à la somme de 2 000 euros, sans examiner les autres préjudices subis, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1149 du code civil, ensemble le principe de réparation intégrale du préjudice ;

Mais attendu qu'ayant relevé que les prescriptions du permis de construire se référaient à une cote altimétrique conseillée dont le non-respect n'avait pas empêché l'obtention de certificat de conformité et retenu que l'inexécution partielle de l'obligation de surélévation de la maison, limitée à 1,5 centimètre pour la partie habitable et à 20 centimètres pour le garage, n'aggravait pas le risque d'inondation en cas de tempête et de forte marée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante et abstraction faite du motif erroné mais surabondant tiré de l'absence d'impropriété de l'immeuble à sa destination, a pu en déduire que le manquement de la société GMD constructions n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat et pouvait se résoudre par l'allocation de dommages-intérêts dont elle a souverainement apprécié le montant ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la SMABTP pris en sa seconde branche :

Attendu que la SMABTP fait grief à l'arrêt de la condamner à garantir la société Magne du chef de l'erreur d'implantation

alors, selon le moyen, que, dans ses conclusions d'appel, la SMABTP faisait valoir que « pour que la garantie « erreur d'implantation » trouve application, la non-conformité doit causer un dommage extérieur à l'ouvrage ; qu'en l'espèce, il s'agit d'une non-conformité contractuelle réservée à la réception qui ne génère pas de désordre puisque les risques d'inondation sont écartés par l'expert judiciaire » ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef des conclusions, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Mais attendu qu'ayant retenu que l'erreur d'exécution laissait persister un risque d'inondation par tempête et forte marée justifiant l'allocation de dommages-intérêts pour trouble de jouissance et pour le libage manquant, la cour d'appel, qui a relevé que le contrat d'assurance garantissait les conséquences pécuniaires de l'erreur d'implantation, a pu en déduire que la demande de M. et Mme X... devait être accueillie ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident de la SMABTP pris en sa pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que pour condamner la SMABTP à garantir la société GMD constructions au titre de son contrat d'assurance de responsabilité civile de constructeur de maison individuelle, l'arrêt retient que l'erreur d'implantation, expressément garantie à l'article 5 du contrat d'assurance, s'apprécie par rapport aux obligations du permis de construire et du cahier des charges, qu'il y ait ou non empiètement sur le terrain voisin, et que l'implantation du radier à la hauteur définie par le permis de construire ayant été convenue au marché, la SMABTP doit garantir la société GMD constructions des conséquences de cette erreur appréciée au regard de la violation d'une obligation contractuelle de la construction ; Qu'en statuant ainsi alors que le contrat définissait l'implantation de la construction comme son emprise au sol, ce dont il résultait que n'était pas garantie l'erreur d'altimétrie, la cour d'appel, qui a dénaturé les termes clairs et précis de ce contrat, a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel de la société Magne :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la SMABTP à garantir la société GMD constructions au titre de la police d'assurance de constructeur de maison individuelle, l'arrêt rendu le 2 octobre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit n'y avoir lieu à modifier la condamnation aux dépens prononcée par les juges du fond ;

Condamne la société GMD constructions aux dépens du présent arrêt ;

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

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 neuf juillet deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour M. et Mme X..., demandeurs au pourvoi principal. Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les époux X... de leur demande en résolution du contrat de construction d'une maison individuelle formé avec la Sté GMD CONSTRUCTION, et d'avoir limité le montant des dommages intérêts alloués à la somme de 2000 € ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'action résolutoire, il est de principe, sur le fondement de l'article 1184 du code civil invoqué par le

maître de l'ouvrage, que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient au juge d'apprécier, en cas d'inexécution partielle, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être prononcée ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par des dommages intérêts ; qu'en l'espèce, l'insuffisance d'altimétrie ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination en affectant son habitabilité, mais expose les occupants à un risque d'inondation en cas de tempête et fortes marées, du fait de sa situation à Andernos, en fond de bassin d'Arcachon ; que le préjudice de jouissance et moins value résultant du risque d'inondation par suite de l'absence de respect par la Sté GMD CONSTRUCTION de la cote altimétrique contractuellement convenue au marché faisant référence à l'implantation définie au permis de construire sont réparables par l'allocation de dommages intérêts, la demande en résolution sera rejetée ; que la Sté GMD CONSTRUCTION sera donc tenue à cette réparation sur le fondement de l'article 1147 du code civil, tandis que la Sté MAGNE, sous-traitant, dont la faute consiste à n'avoir pas réalisé le radier à l'altimétrie préconisée sera tenue à l'égard du maître de l'ouvrage sur le fondement de l'article 1382 du code civil ; ET AUX MOTIFS QUE, sur le préjudice dû au défaut d'altimétrie, le préjudice futur est indemnisable à condition qu'il soit certain, direct et personnel ; qu'en l'espèce, l'expert Guy Y... relate expressément à la page 39 de son rapport qu'avec la mise en place des clapets anti-retour sur le réseau public d'évacuation des eaux pluviales du quartier du Falgouet, et hors conséquences du réchauffement climatique, les risques d'inondation devraient être « écartés » et limite à 2000 € la moins value pour rang de bloc d'agglomérés du libage manquant ; que l'expert avait précisé en page 34 que l'inondation de 1999 était due principalement à l'engorgement des réseaux d'évacuation des eaux pluviales lors de la brusque montée dans le Bassin ; qu'enfin, la subversion du 28 février 2010, constitutive d'une catastrophe naturelle, suivant le courrier du maire en date du 15 mars 2010, présente par cette qualification un caractère exceptionnel qu'un rehaussement de construction de 1,5 cm n'aurait pas permis d'éviter, en sorte que les explications de l'expert sur la cause principale des inondations en fond de Bassin demeurent valables ; que le préjudice pour défaut d'altimétrie de 1,5 cm pour la maison et de 20 cm, pour le garage, a été exactement apprécié par l'expert, la cour allouera la somme de 2000 € à laquelle seront condamnées in solidum les Sté GMD et MAGNE ;

1) ALORS QUE la non-conformité de la chose réalisée à la chose promise par un contrat de construction de maison individuelle entraîne, même à défaut de gravité et de préjudice, l'exécution en nature du contrat, par la mise en conformité de l'ouvrage aux prévisions contractuelles ou, si elle est impossible, la résolution totale ou partielle du contrat, et l'octroi de dommages intérêts en sus des dommages liés à la résolution ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'ouvrage ne respectait pas l'altimétrie prévue par les plans et le permis de construire accordé sous condition de ce respect, dans une zone soumise à des inondations, mais a, en considération du défaut de gravité de la non conformité relevée, rejeté la demande de résolution du contrat de construction et limité la condamnation des constructeurs au paiement de la somme de 2000 €, à titre de dommages-intérêts ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas déduit de ses propres constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient au regard de l'article 1184 du code civil, ensemble l'articles L.231-1 du code de la construction et de l'habitation ;

2) ALORS QUE dans des conclusions restées sans réponse, les époux X... ont fait valoir que la Sté GMD CONSTRUCTION qui n'avait pas respecté la hauteur de l'ouvrage telle que prévue, ne leur avait pas conseillé, en outre, de surélever l'ouvrage de plus de 30 cm, comme stipulé, en dépit de sa connaissance des montées d'eaux et que par son abstention, sur un élément essentiel, le constructeur avait été directement à l'origine du dommage ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, tout en s'attachant au défaut de gravité du défaut de conformité et du respect de l'altimétrie qui n'aurait pas évité les inondations futures, pour rejeter néanmoins la demande de résolution du contrat de construction de maison individuelle, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3) ALORS QUE le préjudice subi à raison du défaut de conformité d'un ouvrage aux plans convenus et au permis de construire obtenu est constitué par la perte de valeur de l'ouvrage, mais aussi par les préjudices matériel et moral d'une exposition constante du maître de l'ouvrage et de sa famille à des risques d'inondation, qui engendrent des coûts supérieurs, notamment d'assurance, aggravent les conséquences des inondations subies et entraîne un trouble moral certain, actuel et permanent ; qu'en limitant le préjudice réparé à la moins value de la maison, évaluée à la somme de 2000 €, sans examiner les autres préjudices subis, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1149 du code civil, ensemble le principe de réparation intégrale du préjudice.

Moyen produit par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour la société SMABTP, demanderesse au pourvoi incident.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SMABTP, assureur de responsabilité civile du constructeur de maisons individuelles, à garantir la SARL GMD CONSTRUCTIONS du chef de l'erreur d'implantation, ainsi qu'à garantir, la SAS MAGNE, en sa qualité d'assureur de responsabilité professionnelle, du chef de l'erreur d'implantation ;

AUX MOTIFS QU'en ce qui concerne la responsabilité civile du constructeur de maison individuelle (la SARL GMD CONSTRUCTION), l'erreur d'implantation dont le constructeur serait tenu en vertu d'une obligation contractuelle, expressément garantie à l'article 5 du contrat d'assurance, s'apprécie, « par rapport aux obligations du permis de construire et du cahier des charges ; qu'il y ait ou non empiètement sur le terrain voisin » ; que l'implantation du radier à la hauteur définie par le permis de construire (30 centimètres au dessus de l'axe de la chaussée) ayant été convenue au marché, la SMABTP doit être condamnée à garantir la SARL GMD CONSTRUCTIONS des conséquences de cette erreur d'implantation appréciée au regard de la violation d'une obligation contractuelle de la construction ; ALORS QUE l'article 1 du contrat d'assurance multirisques des constructeurs de maison individuelle définit l'« implantation de la maison » comme « son emprise au sol » ; que son article 5.1 définit l'objet de la garantie « erreur d'implantation » comme suit : « Par dérogation partielle à l'article ci-après, la SMABTP garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires résultant d'erreurs dans l'implantation des maisons dont il serait tenu en vertu d'une obligation contractuelle. L'erreur dans l'implantation s'appréciera par rapport rapport aux obligations du permis de construire et/ou du cahier des charges du lotissement, aux limites de propriété, qu'il y ait ou non empiètement sur le terrain voisin. Ne sont pas visées par la garantie les réclamations concernant le dimensionnement intérieur ou extérieur de la maison » ; qu'il résulte des termes clairs et précis de ces stipulations que n'était pas garantie l'erreur d'implantation altimétrique ; qu'en décidant du contraire, la Cour d'appel a dénaturé les stipulations susvisées et violé l'article 1134 du Code civil ; ET AUX MOTIFS QU'en ce qui concerne la responsabilité de la SAS MAGNE quant à l'erreur d'implantation, le contrat Cap 2000 souscrit auprès de la SMABTP définit une garantie des conséquences pécuniaires (page 16 article 9) ; que la SMABTP sera donc tenue de garantir son assurée la SAS MAGNE de ce chef ;

ALORS QUE dans ses conclusions d'appel du 4 mai 2012, la SMABTP faisait valoir, s'agissant de la Société MAGNE, que «pour que la garantie « erreur d'implantation » trouve application, la nonconformité doit causer un dommage extérieur à l'ouvrage. Or, en l'espèce, il s'agit d'une non-conformité contractuelle réservée à la réception qui ne génère pas de désordre puisque les risques d'inondation sont écartés par l'expert judiciaire » (p. 12) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef des conclusions, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour la société Magne, demanderesse au pourvoi incident éventuel.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt réformatif attaqué d'AVOIR déclaré recevable la demande des époux X... relative à l'inexécution de l'obligation contractuelle portant sur l'altimétrie ;

AUX MOTIFS QUE : « par marché sur devis en date du 20 juillet 2000, les époux X..., maître d'ouvrage, ont confié à la SARL GMD Constructions, dénommée à l'acte « maître d'oeuvre », la réalisation complète d'une maison, comprenant expressément son implantation « conformément au plan de masse approuvée au permis de construire » pour un prix total de 1.132.657,12 francs, incluant la réalisation du gros oeuvre (démolition de la maison existante, terrasse, branchements, clôture et accès), sous-traitée à une tierce entreprise, la SAS Magne, pour un montant de 152.105,52 francs suivant devis en date du 29 juin 2000 joint au marché ; que le permis de construire demandé le 24 août 2000 et accordé par arrêté municipal en date du 18 septembre 2000 précise que le niveau du radier de l'ensemble de la construction devra se trouver à 30 centimètres minimum au dessus de l'axe de la chaussée ; qu'un acte en date du 6 juin 2001 contient un accord des parties sur une modification des fondations pour atteindre la cote souhaitée ; que le procès-verbal de réception de l'ouvrage en date du 5 décembre 2001 comporte une série de réserves, notamment sur l'altimétrie insuffisante de l'ouvrage (28,50 centimètres, 10 centimètres et 22 centimètres au-dessus de l'axe de la chaussée selon les visées de l'expert Z..., appelé en consultation par le maître d'ouvrage) ; que le certificat de conformité a néanmoins été délivré par la mairie le 7 février 2002 et faisait l'objet d'un courrier postérieur du maire en date du 29 juillet 2002 à l'expert judiciaire expliquant que la recommandation d'un rehaussement de 30 centimètres ne constitue qu'une « cote conseillée » ; que l'accord du 5 juin 2001, antérieur au procès-verbal de réception avec réserves sur l'altimétrie, ne porte que sur la valeur de trois rangs de parpaings pour atteindre la cote « souhaitée de la villa par rapport à la voirie » mais ne contient aucune renonciation du maître d'ouvrage à la cote d'altimétrie définie au marché par référence à l'implantation mentionnée au permis de construire ; qu'au contraire dans son courrier du 8 octobre 2004 à son avocat, la SARL GMD Constructions sous la signature de G. Magne reconnaît que la variante de construction (béton en fond de fouille au lieu d'un troisième rang de parpaing) « n'a pas entraîné de modification notable de la cote imposée

par le permis de construire » ; que le procès-verbal de levée de réserves du 26 juin 2002 par lequel le maître d'ouvrage reconnaît la levée des réserves dressées par l'expert Z... ne peut s'appliquer qu'aux désordres classiques et non à l'altimétrie de l'ouvrage qui n'avait pas été rehaussé ; que le certificat administratif de conformité de l'immeuble au permis de construire, s'il emporte renonciation de l'Administration à se prévaloir de l'altimétrie simplement « conseillée », n'a pas d'effet sur l'inexécution de la clause contractuelle par laquelle le constructeur s'était engagé envers le maître d'ouvrage sur la hauteur d'implantation de l'immeuble ; qu'il s'ensuit que la demande des époux X... est recevable du chef du défaut d'altimétrie » ;

1°) ALORS QUE : par acte en date des 5 et 6 juin 2001, la société GMD Constructions, d'une part, et Monsieur X..., d'autre part, ont entendu faire une « Mise au point suite aux réclamations de Mr et Mme X... sur la valeur de 3 rangs de parpaings pour atteindre la cote souhaitée de (la) villa par rapport à la voirie » ; que suivant les termes clairs et précis de cet acte, la société GMD Constructions s'engageait à modifier la technique de fondations par rapport à la hauteur de la nappe et à prendre en charge le coût d'un certain nombre de modifications complémentaires, en contrepartie de quoi le maître de l'ouvrage s'engageait à mettre un terme à toutes ses différentes revendications ; que cet acte comportait un accord des parties sur la nature des travaux à effectuer pour mettre fin au litige relatif à la cote souhaitée de l'ouvrage ; qu'en considérant que cet acte ne contenait aucune renonciation du maître de l'ouvrage à la cote d'altimétrie définie au marché par référence à l'implantation mentionnée au permis de construire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QUE : la transaction est un contrat, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître et auquel s'attache l'autorité relative de chose jugée ; que par acte des 5 et 6 juin 2001, la société GMD Constructions, d'une part, et Monsieur X..., d'autre part, ont entendu faire une « Mise au point suite aux réclamations de Mr et Mme X... sur la valeur de 3 rangs de parpaings pour atteindre la cote souhaitée de (la) villa par rapport à la voirie » et sont convenus que la société GMD Constructions modifierait notamment la technique de fondations par rapport à la hauteur de la nappe, en contrepartie de quoi le maître de l'ouvrage mettrait un terme définitif à ses différentes revendications ; que la cour d'appel a relevé que cet acte « contient un accord des parties sur une modification des fondations pour atteindre la cote souhaitée » ; qu'il constituait ainsi une transaction mettant fin au différend portant notamment sur la cote souhaitée de l'ouvrage, objet du présent litige ; qu'en considérant, pour rejeter le moyen d'irrecevabilité de la demande des époux X... tiré de l'autorité de la chose jugée de l'acte des 5 et 6 juin 2001, que ce dernier ne contenait aucune renonciation du maître de l'ouvrage à la cote d'altimétrie définie au marché par référence à l'implantation mentionnée au permis de construire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles 2044 et 2052 du code civil ;

3°) ALORS QUE : en toute hypothèse, la levée des réserves exprime l'acceptation de l'ouvrage pour les éléments sur lesquels elle porte, faisant courir les garanties biennale et décennale et excluant par là même le jeu du régime de droit commun de la défaillance contractuelle ; qu'en l'espèce, le 21 juin (et non le 26 juin) 2002, les époux X... avaient expressément attesté de la levée des réserves, y compris de celles formées par Monsieur Z... lors de la réception des travaux du 5 décembre 2001 relativement à l'altimétrie de l'ouvrage, objet du litige ; que la cour d'appel a elle-même relevé que, dans ledit procès-verbal de levée des réserves, le maître d'ouvrage avait reconnu la levée des réserves dressées par l'expert Z... ; qu'en considérant que cette levée ne pouvait s'appliquer qu'aux désordres classiques et non à l'altimétrie de l'ouvrage qui n'avait pas été rehaussé, la cour d'appel a dénaturé le procès-verbal de levée de réserves, violant ainsi l'article 1134 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré la société GMD Constructions et la société Magne responsables de l'inexécution de l'obligation contractuelle portant sur l'altimétrie et, en conséquence, condamné celles-ci in solidum à payer aux époux X... la somme de 2.000 € à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE : « par marché sur devis en date du 20 juillet 2000, les époux X..., maître d'ouvrage, ont confié à la SARL GMD Constructions, dénommée à l'acte « maître d'oeuvre », la réalisation complète d'une maison, comprenant expressément son implantation « conformément au plan de masse approuvée au permis de construire » pour un prix total de 1.132.657,12 francs, incluant la réalisation du gros oeuvre (démolition de la maison existante, terrasse, branchements, clôture et accès), sous-traitée à une tierce entreprise, la SAS Magne, pour un montant de 152.105,52 francs suivant devis en date du 29 juin 2000 joint au marché ; que le permis de construire demandé le 24 août 2000 et accordé par arrêté municipal en date du 18 septembre 2000 précise que le niveau du radier de l'ensemble de la construction devra se trouver à 30 centimètres minimum au dessus de l'axe de la chaussée ; qu'un acte en date du 6 juin 2001 contient un accord des parties sur une modification des fondations pour atteindre la cote souhaitée ; que le procès-

verbal de réception de l'ouvrage en date du 5 décembre 2001 comporte une série de réserves, notamment sur l'altimétrie insuffisante de l'ouvrage (28,50 centimètres, 10 centimètres et 22 centimètres au-dessus de l'axe de la chaussée selon les visées de l'expert Z..., appelé en consultation par le maître d'ouvrage) ; que le certificat de conformité a néanmoins été délivré par la mairie le 7 février 2002 et faisait l'objet d'un courrier postérieur du maire en date du 29 juillet 2002 à l'expert judiciaire expliquant que la recommandation d'un rehaussement de 30 centimètres ne constitue qu'une « cote conseillée » ; que l'accord du 5 juin 2001, antérieur au procès-verbal de réception avec réserves sur l'altimétrie, ne porte que sur la valeur de trois rangs de parpaings pour atteindre la cote « souhaitée de la villa par rapport à la voirie » mais ne contient aucune renonciation du maître d'ouvrage à la cote d'altimétrie définie au marché par référence à l'implantation mentionnée au permis de construire ; qu'au contraire dans son courrier du 8 octobre 2004 à son avocat, la SARL GMD Constructions sous la signature de G. Magne reconnaît que la variante de construction (béton en fond de fouille au lieu d'un troisième rang de parpaing) « n'a pas entraîné de modification notable de la cote imposée par le permis de construire » ; que le procès-verbal de levée de réserves du 26 juin 2002 par lequel le maître d'ouvrage reconnaît la levée des réserves dressées par l'expert Z... ne peut s'appliquer qu'aux désordres classiques et non à l'altimétrie de l'ouvrage qui n'avait pas été rehaussé ; que le certificat administratif de conformité de l'immeuble au permis de construire, s'il emporte renonciation de l'Administration à se prévaloir de l'altimétrie simplement « conseillée », n'a pas d'effet sur l'inexécution de la clause contractuelle par laquelle le constructeur s'était engagé envers le maître d'ouvrage sur la hauteur d'implantation de l'immeuble ; qu'il s'ensuit que la demande des époux X... est recevable du chef du défaut d'altimétrie ; que l'insuffisance d'altimétrie ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination en affectant son habitabilité mais expose les occupants à un risque d'inondation en cas de tempête et fortes marées, du fait de sa situation à Andernos, en fond du bassin d'Arcachon ; que le préjudice de jouissance et moins-value résultant du risque d'inondation par suite de l'absence de respect par la SARL GMD Constructions de la cote altimétrique contractuellement convenue au marché faisant référence à l'implantation définie au permis de construire sont réparables par l'allocation de dommages et intérêts, la demande en résolution sera rejetée ; que la SARL GMD Constructions sera donc tenue à cette réparation sur le fondement de l'article 1147 du code civil, tandis que la SAS Magne sous-traitant dont la faute consiste à n'avoir pas réalisé le radier à l'altimétrie préconisée sera tenue à l'égard du maître d'ouvrage sur le fondement de l'article 1382 du code civil ; que le niveau du rez-de-chaussée de la maison a été exécuté par la SAS Magne, l'absence du respect de la cote altimétrique s'analyse en une inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard de la SARL GMD Constructions ; qu'elle doit donc relever indemne la SARL GMD Constructions du montant de la condamnation » ;

1°) ALORS QUE : la responsabilité du sous-traitant vis à vis du maître de l'ouvrage, de nature délictuelle, suppose la preuve d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle de celui-ci ; qu'en l'espèce, la société Magne, sous-traitante, n'était pas contractuellement liée au maître de l'ouvrage et les termes du marché de travaux du 20 juillet 2000, faisant référence à l'implantation définie au permis de construire, conclu entre les époux X... et la société GMD Constructions, ne lui étaient pas opposables ; qu'en retenant que la faute de la société Magne consistait à n'avoir pas réalisé le radier à l'altimétrie qui y était préconisée, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé une faute de nature à engager la responsabilité délictuelle du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage, a violé l'article 1382 du code civil ;

2°) ALORS QUE : dans ses conclusions d'appel, la société Magne faisait expressément valoir qu'aucun marché spécifique de soustraitance n'avait été signé avec la société GMD Constructions, la soustraitance s'étant opérée en fait sans aucun contrat avec une simple facture à la fin ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions de l'exposante duquel il s'évinçait nécessairement que la cote altimétrique définie au permis de construire, auquel ne renvoyait que le seul marché de travaux du 20 juillet 2000 conclu entre les époux X... et la société GMD Constructions, ne lui était pas opposable, la cour d'appel a violé l'article 455 du code civil ;

3°) ALORS QUE : en toute hypothèse, la cour d'appel a constaté que la référence altimétrique ne résultait que des prescriptions du permis de construire auquel renvoyait le marché de travaux du 20 juillet 2000 conclu entre les époux X... et la société GMD Constructions ; qu'elle a relevé que le maire, qui avait délivré ledit permis de construire, avait précisé que la recommandation d'un rehaussement de 30 cm qui y était indiquée ne constituait qu'une « cote conseillée » ; qu'elle a également constaté que le certificat de conformité de l'ouvrage au permis de construire avait été délivré par la mairie ; qu'en considérant que la hauteur d'implantation de l'immeuble contractuellement définie - en ce qu'elle résultait des prescriptions du permis de construire - n'avait pas été respectée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit qu'en tant que sous-traitante, la société Magne devait garantir la société GMD Constructions, entrepreneur principal, du chef de sa condamnation au titre de l'inexécution de l'obligation contractuelle

portant sur l'altimétrie ;

AUX MOTIFS QUE : « par marché sur devis en date du 20 juillet 2000, les époux X..., maître d'ouvrage, ont confié à la SARL GMD Constructions, dénommée à l'acte « maître d'oeuvre », la réalisation complète d'une maison, comprenant expressément son implantation « conformément au plan de masse approuvée au permis de construire » pour un prix total de 1.132.657,12 francs, incluant la réalisation du gros oeuvre (démolition de la maison existante, terrasse, branchements, clôture et accès), sous-traitée à une tierce entreprise, la SAS Magne, pour un montant de 152.105,52 francs suivant devis en date du 29 juin 2000 joint au marché ; que le permis de construire demandé le 24 août 2000 et accordé par arrêté municipal en date du 18 septembre 2000 précise que le niveau du radier de l'ensemble de la construction devra se trouver à 30 centimètres minimum au dessus de l'axe de la chaussée ; qu'un acte en date du 6 juin 2001 contient un accord des parties sur une modification des fondations pour atteindre la cote souhaitée ; que le procès-verbal de réception de l'ouvrage en date du 5 décembre 2001 comporte une série de réserves, notamment sur l'altimétrie insuffisante de l'ouvrage (28,50 centimètres, 10 centimètres et 22 centimètres au-dessus de l'axe de la chaussée selon les visées de l'expert Z..., appelé en consultation par le maître d'ouvrage) ; que le certificat de conformité a néanmoins été délivré par la mairie le 7 février 2002 et faisait l'objet d'un courrier postérieur du maire en date du 29 juillet 2002 à l'expert judiciaire expliquant que la recommandation d'un rehaussement de 30 centimètres ne constitue qu'une « cote conseillée » ; que l'accord du 5 juin 2001, antérieur au procès-verbal de réception avec réserves sur l'altimétrie, ne porte que sur la valeur de trois rangs de parpaings pour atteindre la cote « souhaitée de la villa par rapport à la voirie » mais ne contient aucune renonciation du maître d'ouvrage à la cote d'altimétrie définie au marché par référence à l'implantation mentionnée au permis de construire ; qu'au contraire dans son courrier du 8 octobre 2004 à son avocat, la SARL GMD Constructions sous la signature de G. Magne reconnaît que la variante de construction (béton en fond de fouille au lieu d'un troisième rang de parpaing) « n'a pas entraîné de modification notable de la cote imposée par le permis de construire » ; que le procès-verbal de levée de réserves du 26 juin 2002 par lequel le maître d'ouvrage reconnaît la levée des réserves dressées par l'expert Z... ne peut s'appliquer qu'aux désordres classiques et non à l'altimétrie de l'ouvrage qui n'avait pas été rehaussé ; que le certificat administratif de conformité de l'immeuble au permis de construire, s'il emporte renonciation de l'Administration à se prévaloir de l'altimétrie simplement « conseillée », n'a pas d'effet sur l'inexécution de la clause contractuelle par laquelle le constructeur s'était engagé envers le maître d'ouvrage sur la hauteur d'implantation de l'immeuble ; qu'il s'ensuit que la demande des époux X... est recevable du chef du défaut d'altimétrie ; que l'insuffisance d'altimétrie ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination en affectant son habitabilité mais expose les occupants à un risque d'inondation en cas de tempête et fortes marées, du fait de sa situation à Andernos, en fond du bassin d'Arcachon ; que le préjudice de jouissance et moins-value résultant du risque d'inondation par suite de l'absence de respect par la SARL GMD Constructions de la cote altimétrique contractuellement convenue au marché faisant référence à l'implantation définie au permis de construire sont réparables par l'allocation de dommages et intérêts, la demande en résolution sera rejetée ; que la SARL GMD Constructions sera donc tenue à cette réparation sur le fondement de l'article 1147 du code civil, tandis que la SAS Magne sous-traitant dont la faute consiste à n'avoir pas réalisé le radier à l'altimétrie préconisée sera tenue à l'égard du maître d'ouvrage sur le fondement de l'article 1382 du code civil ; que le niveau du rez-de-chaussée de la maison a été exécuté par la SAS Magne, l'absence du respect de la cote altimétrique s'analyse en une inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard de la SARL GMD Constructions ; qu'elle doit donc relever indemne la SARL GMD Constructions du montant de la condamnation » ;

1°) ALORS QUE : la cote altimétrique contractuellement convenue au marché de travaux du 20 juillet 2000, conclu entre les époux X... et la société GMD Constructions, en ce qu'il y était fait référence à l'implantation définie au permis de construire, n'était opposable qu'à la société GMD Constructions, seule partie à ce marché ; que l'engagement contractuel qui unissait la société Magne, sous-traitante, à la société GMD Constructions, entreprise principale, était quant à lui informel et ne mentionnait donc par hypothèse aucune cote altimétrique de 30 cm ; qu'en retenant que la société Magne n'avait pas respecté la cote altimétrique résultant de ses obligations contractuelles envers la société GMD Constructions, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QUE : dans ses conclusions d'appel, la société Magne faisait expressément valoir qu'aucun marché spécifique de sous-traitance n'avait été signé avec la société GMD Constructions, la sous-traitance s'étant opérée en fait sans aucun contrat avec une simple facture à la fin ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions de l'exposante duquel il s'évinçait nécessairement que la cote altimétrique définie au permis de construire, auquel ne renvoyait que le seul marché de travaux du 20 juillet 2000 conclu entre les époux X... et la société GMD Constructions, ne lui était pas opposable, la cour d'appel a violé l'article 455 du code civil.