

Texte de la décision

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

Donne acte à la Société auxiliaire de financement de l'énergie et de l'environnement (SAF environnement) du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre les sociétés Aquapoles et Betac ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 29 novembre 2011, RG n° 07/03389), que la société Aménagement de la Rostolane a fait édifier des immeubles collectifs et des maisons d'habitation dotés d'un système innovant de chauffage-climatisation par géothermie dont le fonctionnement devait être assuré par un équipement collectif de pompes à chaleur alimentées, depuis une nappe phréatique de faible profondeur, par trois forages ; que ce système de chauffage-climatisation, développé en partenariat avec la société EDF au titre d'une convention « Vivrelec », a fait l'objet d'une procédure de garantie dite « Aquapac », instruite par un comité éponyme composé de la société EDF, de l'Agence de l'environnement et la maîtrise de l'énergie et du Bureau de recherche géologique et minière ; qu'à l'issue de cette procédure, le projet, déclaré éligible au bénéfice du fonds de péréquation des risques géologiques et miniers géré par la SAF environnement, a fait l'objet d'une convention de garantie du 31 janvier 2001 ; que le système de chauffage, n'ayant pas donné satisfaction par suite d'un tarissement de la nappe phréatique, a cessé d'être exploité dès le premier hiver qui a suivi la livraison des immeubles ; que M. et Mme X..., acquéreurs d'une villa, et neuf des copropriétaires des immeubles collectifs (les consorts X...) ont assigné la société Aménagement de la Rostolane, vendeur en l'état futur d'achèvement, la société Betac, maître d'œuvre d'exécution tous corps d'état des constructions et la société Axa assurances IARD, assureur dommages-ouvrage, en réparation des préjudices consécutifs, notamment, aux dysfonctionnements et à la cessation d'exploitation du système de chauffage-climatisation par géothermie ; que la société Aménagement de la Rostolane a appelé en garantie les divers constructeurs intervenus dans la conception et la réalisation des ouvrages de géothermie, ainsi que les sociétés EDF et SAF environnement ;

Sur le pourvoi principal de la SAF environnement qui est recevable pour avoir été formé après l'expiration du délai d'opposition, après délibération de la première chambre civile :

Sur le moyen relevé d'office et débattu par les parties :

Vu l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile, ensemble la loi des 16-24 août 1790 ;

Attendu que si l'exception d'incompétence du juge judiciaire ne peut être soulevée pour la première fois par une partie devant la Cour de cassation, celle-ci peut relever d'office le moyen pris de cette incompétence ;

Attendu que l'arrêt a condamné la SAF environnement à garantir la société Aménagement de la Rostolane des conséquences dommageables de l'arrêt d'exploitation du système de chauffage-climatisation par géothermie équipant les immeubles des consorts X..., dans la limite de 78 892,36 euros correspondant à la participation du fonds au financement d'un système de substitution, dans la limite pré-définie par la convention du 31 janvier 2001 ;

Qu'en se prononçant ainsi, quand la convention litigieuse ouvrant droit à un fonds de péréquation des risques

géologiques et miniers alimenté par des deniers publics, géré par la SAF environnement, agissant alors comme mandataire de la puissance publique, à l'effet de promouvoir le recours aux énergies renouvelables, selon une procédure administrative, d'abord, de sélection des projets éligibles à la garantie, puis d'indemnisation des sinistres basée sur un barème prédéterminé couvrant, dans les limites d'intervention du fonds, extrinsèques au contrat, le seul financement d'un système de substitution à l'énergie géothermique, comportait des clauses exorbitantes du droit commun qui lui conférait un caractère administratif, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen unique du pourvoi incident de la société Aménagement de la Rostolane :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la SAF environnement à garantir la société Aménagement de la Rostolane à hauteur de 78 892,36 euros pour le compte des acquéreurs en l'état futur d'achèvement et la déboute de ses appels en garantie, l'arrêt rendu le 29 novembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Condamne la société Aménagement de la Rostolane aux dépens des pourvois ;

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 seize septembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la société SAF environnement, demanderesse au pourvoi principal

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué :

D'avoir condamné la société SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur ;

Aux motifs que « les copropriétaires n'invoquent aucun moyen au soutien de leur demande tendant à ce que l'appel d'EDF soit déclaré irrecevable ; que le contrat de la SARL BETAC, chargée d'une mission de coordination, exclut les missions relevant d'autres bureaux d'études techniques ; que tel étant le cas du système de chauffageafrâichissement par géothermie confié au BET Y..., c'est à bon droit qu'elle a été mise hors de cause par le Tribunal de ce chef ; que le

dispositif AQUAPAC, fonds de garantie ayant pour finalité de favoriser le recours à la géothermie en garantissant à ceux qui s'y investissent le financement d'une solution de remplacement en cas de survenance d'un accident géologique, est géré par la société SAF Environnement, avec laquelle la SARL LA ROSTOLANE a conclu un contrat du 31 janvier 2001; attendu que ce contrat couvre deux périodes relevant la première de la 'Garantie de recherche' qui n'a pas été mise en oeuvre, la seconde relevant de la 'Garantie de pérennité' couvrant le risque de changement dans les caractéristiques de la ressource, provenant d'une diminution de son débit ou de sa température; que ni ce contrat ni ses annexes rendant compte des caractéristiques techniques de l'installation et des forages ni les avenants fixant le montant de la garantie n'ont pour effet de faire concourir SAF Environnement à l'opération à titre de constructeur ou de maître d'oeuvre, de sorte que LA ROSTOLANE n'est pas fondée à ce titre en son recours en garantie contre SAF Environnement, ni ne prévoient un recours en garantie de SAF Environnement contre l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire; attendu qu'après la première phase relevant de la garantie de recherche, il a été établi, comme le prévoyait le contrat du 31 janvier 2001, un avenant du 26 décembre 2001 fixant le montant de la Garantie de pérennité en considération d'un débit de 36 m³/h, correspondant à celui effectivement constaté, de sorte que SAF Environnement n'est pas fondée à soutenir la nullité du contrat; qu'il résulte de l'expertise judiciaire de Monsieur Z... que c'est la chute du débit à 13 m³/h donc le tarissement de la ressource qui est la cause du sinistre ; que le Tribunal a fait l'exacte application du contrat en condamnant SAF Environnement à garantir la SARL LA ROSTOLANE à hauteur de la somme de 78 892,36 € pour le compte des acquéreurs; que par contre, le dispositif Aquapac ayant pour finalité la garantie du risque spécifique de pérennité de la ressource en-dehors de toute recherche de responsabilités il n'y a pas lieu à garantie des constructeurs au profit de la société SAF Environnement ; que certes la cause physique du sinistre est le phénomène naturel de tarissement de la ressource, aléa pris en considération dans la souscription de la garantie spécifique AQUAPAC ; que cela n'exclut pas la responsabilité du concepteur du système de chauffage-rafraîchissement, alors que l'expert judiciaire relève que Monsieur Y... aurait dû se soucier de l'incertitude de la ressource dès l'étude de faisabilité en considération de la nature karstique du sol ; que par suite, l'expertise judiciaire de Monsieur Z..., qui a répondu aux dires des parties et dont le rapport précis et sérieusement documenté, constitue un élément d'appréciation satisfaisant, caractérise le manque de rigueur du bureau d'études

Y...

notamment pour, ainsi que l'ont exactement rappelé les premiers juges : - n'avoir pas tiré les conséquences des essais de pompage de 2000 et 2003 et d'avoir reculé les limites admissibles du procédé, après une reconnaissance partielle et hâtive de 10 m³/h, - n'avoir pas pris en compte le palliatif consistant à monter les villas en boucle ouverte, - n'avoir pas constaté à temps l'insuffisance de l'aquifère ni pris en compte les tâches précises décrites par le compte-rendu d'EDF du 20 juillet 2000, - n'avoir pas assuré une interface efficace entre la régulation nécessaire des débits consommés et l'asservissement des pompes, - avoir manqué de façon généralisée à son devoir de conseil envers le maître de l'ouvrage pour l'informer, dès le début, des aléas de l'utilisation de l'aquifère géothermique et rechercher à chaque phase les solutions les mieux adaptées, - s'être contenté de proposer une réception et une mise en service sous réserve d'essais définitifs, alors que l'expert relève qu'AQUAPÔLE avait, tardivement mais avant livraison, soulevé le problème de l'investigation de l'aquifère ; qu'indépendamment du caractère par nature aléatoire de la ressource aquifère, ce qu'il appartient au professionnel d'intégrer dans le projet soumis au maître de l'ouvrage, l'expertise judiciaire caractérise l'inadaptation originelle du procédé mis en oeuvre en raison d'une ressource insuffisante au stade de l'avant projet sommaire sur lequel le maître de l'ouvrage a fort opportunément réduit largement ses ambitions et qui s'est néanmoins avéré finalement impropre à sa destination, engageant la responsabilité décennale du vendeur eu état futur d'achèvement, dont l'expert note qu'il s'est entouré de tous les professionnels qu'exigeait son projet et qu'il n'a refusé aucune dépense pour satisfaire à ses engagements, et celle du cabinet Y... et de son assureur SMABTP que le Tribunal a condamnés à bon droit à supporter la réparation du dommage subi par les acquéreurs en état futur d'achèvement ; que le maître de l'ouvrage n'a pas de lien contractuel avec la société AQUAPOLES, sous-traitant de GÉOFORE ; qu'il ne résulte de l'expertise judiciaire aucune faute de cette société dans l'accomplissement de sa mission d'exécution des forages; qu'elle n'a pas exécuté aveuglément cette mission puisque l'expert relève qu'en décembre 2003, elle a adressé un courrier soulevant le problème de l'investigation de l'aquifère; que c'est à bon droit que le Tribunal l'a mise hors de cause ; que l'intervention d'EDF dans l'opération, au titre de la convention VIVRELEC signée le 20 avril 2000 qui prévoit, dans les termes de la convention et dans l'Annexe n° 1 'Mission d'ingénierie qualité plus' au protocole national éponyme, l'assistance au maître de l'ouvrage dans la conduite de son projet par l'ingénieur conseil qui se voit confier une mission d'accompagnement de l'APS à la livraison, a pour objet et pour effet d'assurer les acquéreurs que l'option énergétique proposée présente toutes garanties de sérieux, dans sa préparation comme dans le choix des acteurs du chantier, sérieux qu'elle accrédite du poids de sa notoriété dans le cadre d'une politique de préservation de l'environnement sans

abandonner les acquis du progrès technique en matière de confort ; qu'elle a validé le projet en donnant son accord explicite, comme le rappelle exactement l'expert judiciaire en réponse à son dire, après avoir pu constater les résultats des mesures de débit et leurs méthodes d'évaluation ; qu'elle ne peut se considérer comme étrangère à la défaillance de l'un des principaux intervenants alors qu'elle sait le rôle déterminant que joue son approbation dans la prise de décision des acquéreurs et dont le Tribunal a pris la juste mesure en lui attribuant une part de responsabilité de 20 % ; que le propre du dispositif AQUAPAC étant, ainsi qu'il a été dit ci-avant, de garantir le risque géologique en procurant le financement d'un système de substitution pour le montant prédéfini dans la convention passée avec SAF Environnement alors que le vendeur et les locataires d'ouvrage répondent du coût réel de l'installation de substitution et des dommages induits par le sinistre, c'est encore à bon droit que les premiers juges, en prononçant la condamnation de SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 €, a précisé "pour le compte des acquéreurs en l'état futur d'achèvement", cette somme venant en déduction du coût total supporté par LA ROSTOLANE pour les installations individuelles de chauffage et climatisation, et le surplus incombant aux locataires d'ouvrage et à leurs assureurs ; que sauf le recours de SAF Environnement, le jugement entrepris doit être confirmé en toutes ses dispositions ;

1) Alors que la SA SAF Environnement a fait valoir que les membres du comité du fonds Aquapac, organe décisionnaire du système de garantie, dont la vocation était exclusivement de participer à la politique de développement de projets, d'économies d'énergie et d'énergies renouvelables, sans être intéressé directement ou financièrement au résultat des opérations pour lesquelles l'intervention du fonds était sollicitée, lui avaient confié la gestion administrative et comptable du fonds Aquapac (conclusions, p. 6), que la mission confiée par le comité constituait exclusivement un mandat de gestion administrative et comptable du fonds, ce qui était expressément stipulé dans le contrat qu'elle citait (conclusions, p. 13), qu'elle a cité (conclusions, p. 14, al. 1) les termes de la convention prévoyant : « En cas de mise en jeu des garanties, la SAF Environnement agissant en tant que gestionnaire du fonds "Aquapac" indemniserà le maître d'ouvrage d'une somme dont le montant aura été déterminé par le comité Aquapac, selon le mode de calcul indiqué dans le présent contrat que le maître d'ouvrage déclare accepter expressément » ; qu'elle a souligné (p. 14, al. 2) ; « C'est bien dire que la SAF Environnement ne dispose personnellement d'aucun pouvoir de décision sur la recevabilité et le bien fondé des demandes d'indemnisation dont le comité est saisi » ; qu'elle a fait observer qu'aucune faute contractuelle n'était articulée à son encontre, à titre personnel, que mandataire du fonds, elle n'était pas membre de son comité (conclusions, p. 14), que le fonds Aquapac n'était pas doté de la personnalité morale, que la demande présentée au titre de l'exécution de la garantie à l'encontre de la SAF Environnement à titre personnel devait être déclarée irrecevable (p. 15) ; qu'elle a souligné que seule la SARL Aménagement de la Rostolane avait fait appel au fonds de garantie Aquapac, que les divers acquéreurs indivis, qui n'étaient pas représentés par un quelconque organe, n'avaient pas la qualité d'assurés au sens du Code des assurances, que les acquéreurs, qui n'étaient pas bénéficiaires de la garantie, faisaient une confusion entre un contrat classique de garantie d'assurance et le contrat de garantie souscrit entre la SARL Aménagement de la Rostolane et le fonds de garantie Aquapac représenté par son gestionnaire, la SAF Environnement (p. 17 et 18) ; que le fonds de garantie Aquapac était un fonds dont les garanties étaient plafonnées, sans possibilité de reconstitution et qu'une première condamnation ayant été prononcée contre la SAF Environnement, les fonds étaient épuisés (p. 18) ; que la Cour d'appel, qui a condamné la société SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur, sans s'expliquer sur ces conclusions de la société SAF Environnement, relatives aux caractéristiques du fonds et du contrat de garantie, excluant que le juge judiciaire prononce une condamnation à l'encontre de la société SAF Environnement, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

2) Alors que l'article 2.2 contrat de garantie « Aquapac » prévoit que « la garantie de pérennité couvre les risques de sinistre sur les installations dues à un changement dans les caractéristiques de la ressource, provenant d'une diminution du débit ou de la température de la ressource, en dessous de certaines valeurs fixées à l'article 3 et définissant les seuils de sinistre partiel ou total » et que « cette garantie ne s'applique que lorsque les causes du sinistre ou de tarissement sont d'origine naturelle ou de voisinage, à l'exclusion de toute erreur de conception, de fabrication ou de mise en oeuvre des matériels » ; que la Cour d'appel, pour condamner la société SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur, a retenu qu'il résultait de l'expertise judiciaire de M. Z... que c'était la chute du débit à 13 m³/h donc le tarissement de la ressource qui était la cause du

sinistre, et que le dispositif Aquapac avait pour finalité la garantie du risque spécifique de pérennité de la ressource en dehors de toute recherche de responsabilités ; qu'en statuant ainsi, tout en relevant la faute de conception de l'installation, et l'inadaptation originelle du procédé mis en oeuvre en raison d'une ressource insuffisante au stade de l'avant projet sommaire, et en accueillant le recours en garantie du maître de la SARL Aménagement de la Rostolane contre les constructeurs, la Cour d'appel a dénaturé l'article 2.2 du contrat et violé l'article 1134 du Code civil ;

3) Alors que l'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ; que la Cour d'appel, pour condamner la société SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78 892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur, a retenu qu'un avenant du décembre 2001 fixant le montant de la garantie de pérennité en considération d'un débit de 36 m³/h, correspondant à celui effectivement constaté, la société SAF Environnement n'était pas fondée à soutenir la nullité du contrat, et qu'il résultait de l'expertise judiciaire de M. Z... que c'était la chute du débit à 13 m³/h donc le tarissement de la ressource qui était la cause du sinistre ; qu'en statuant ainsi, tout en relevant la faute de conception de l'installation, et l'inadaptation originelle du procédé mis en oeuvre en raison d'une ressource insuffisante au stade de l'avant projet sommaire, ce qui exclut tout aléa dans la réalisation du sinistre, la Cour d'appel a violé l'article 1131 du Code civil ;

4) Alors qu'au titre de la « mise en jeu des garanties », et s'agissant précisément de la garantie de pérennité, l'article 5.2 du contrat de garantie « Aquapac » prévoit : * En cas d'incident, le maître d'ouvrage transmet dans les plus brefs délais au Comité Aquapac un "rapport de sinistre" dans lequel il consigne ses observations et mesures ainsi que les rapports d'experts et de laboratoires. * Le comité Aquapac peut alors mandater un expert, aux frais du maître d'ouvrage, afin de procéder à une série d'essais et d'analyses. L'expert remet alors un rapport au comité qui apprécie, au vu des résultats qui y sont consignés, le degré de tarissement de la ressource en eau, ou la gravité du sinistre survenu. * En cas de sinistre déclaré recevable, le comité Aquapac déterminera s'il y a lieu : - d'abandonner l'installation, le montant de l'indemnisation sera alors calculé comme indiqué à l'article 6-2. - d'effectuer une remise en état de l'installation, le montant de l'indemnisation étant alors égal au montant des travaux de réparation ou de transformation nécessaires, limité au montant d'indemnisation, tel qu'il aurait été calculé en cas d'abandon de l'installation ; qu'en ce qui concerne le montant de l'indemnisation au titre de la garantie de pérennité, l'article 6-2 prévoit les modalités de calcul du montant de l'indemnisation, « sous réserve de l'accord du Comité Aquapac » ; que l'article 6-3 limite le montant de l'engagement maximum du Fonds de garantie Aquapac, et dispose : « La couverture apportée par le Fonds de garantie Aquapac est limitée au montant résiduel du Fonds à la date d'accord du Comité Aquapac. Ce montant s'entend après provisions pour les indemnités non réglées ou déterminées. En cas de conflit, la priorité sera donnée au sinistre reconnu le plus ancien par le Comité Aquapac » ; que suivant l'article 6-4, « les sommes dues à titre d'indemnisation seront versées par chèque au maître d'ouvrage dans les trente jours suivant la date d'accord du Comité Aquapac » ; que l'article 7.2, relatif aux cotisations et commissions, ainsi qu'au montant maximal de la garantie prévoit, s'agissant de la garantie de pérennité : « le montant maximal de la garantie est égal au coût TTC ou HT lorsque le maître d'ouvrage récupère la TVA, prévisionnel des installations de mise en oeuvre de la ressource en eau (jusque et y compris le générateur de chaleur), déduction faite des subventions d'investissement accordées par les organismes publics et sous réserve de l'accord du comité Aquapac » ; que la Cour d'appel, qui a condamné la société SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur, sans tenir compte du rôle décisionnaire tenu par le comité (dont la société SAF Environnement n'est pas membre), notamment quant au montant de l'indemnisation, dans les limites fixées (montant mentionné, coût des installations sous déduction des subventions) ni de l'épuisement du fonds, a dénaturé les articles 5.2, 6.2, 6.4, 7.2 du contrat de garantie « Aquapac » et violé l'article 1134 du Code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué

D'avoir débouté la société SA SAF Environnement de son recours en garantie contre les héritiers de M. Y..., la SARL Y...

Ingénierie, la SMABTP, la société Géofore, la société Betac, la société Aquapoles et la société EdF ;

Aux motifs que « le contrat de la SARL BETAC, chargée d'une mission de coordination, exclut les missions relevant d'autres bureaux d'études techniques ; que tel étant le cas du système de chauffage-rafraîchissement par géothermie confié au BET Y..., c'est à bon droit qu'elle a été mise hors de cause par le Tribunal de ce chef ; que le dispositif AQUAPAC, fonds de garantie ayant pour finalité de favoriser le recours à la géothermie en garantissant à ceux qui s'y investissent le financement d'une solution de remplacement en cas de survenance d'un accident géologique, est géré par la société SAF Environnement, avec laquelle la SARL LA ROSTOLANE a conclu un contrat du 31 janvier 2001; attendu que ce contrat couvre deux périodes relevant la première de la 'Garantie de recherche' qui n'a pas été mise en oeuvre, la seconde relevant de la 'Garantie de pérennité' couvrant le risque de changement dans les caractéristiques de la ressource, provenant d'une diminution de son débit ou de sa température; que ni ce contrat ni ses annexes rendant compte des caractéristiques techniques de l'installation et des forages ni les avenants fixant le montant de la garantie n'ont pour effet de faire concourir SAF Environnement à l'opération à titre de constructeur ou de maître d'oeuvre, de sorte que LA ROSTOLANE n'est pas fondée à ce titre en son recours en garantie contre SAF Environnement, ni ne prévoient un recours en garantie de SAF Environnement contre l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire; attendu qu'après la première phase relevant de la garantie de recherche, il a été établi, comme le prévoyait le contrat du 31 janvier 2001, un avenant du 26 décembre 2001 fixant le montant de la Garantie de pérennité en considération d'un débit de 36 m3/h, correspondant à celui effectivement constaté, de sorte que SAF Environnement n'est pas fondée à soutenir la nullité du contrat; qu'il résulte de l'expertise judiciaire de Monsieur Z... que c'est la chute du débit à 13 m3/h donc le tarissement de la ressource qui est la cause du sinistre ; que le Tribunal a fait l'exacte application du contrat en condamnant SAF Environnement à garantir la SARL LA ROSTOLANE à hauteur de la somme de 78 892,36 € pour le compte des acquéreurs; que par contre, le dispositif Aquapac ayant pour finalité la garantie du risque spécifique de pérennité de la ressource en-dehors de toute recherche de responsabilités il n'y a pas lieu à garantie des constructeurs au profit de la société SAF Environnement ; que certes la cause physique du sinistre est le phénomène naturel de tarissement de la ressource, aléa pris en considération dans la souscription de la garantie spécifique AQUAPAC ; que cela n'exclut pas la responsabilité du concepteur du système de chauffage-rafraîchissement, alors que l'expert judiciaire relève que Monsieur Y... aurait dû se soucier de l'incertitude de la ressource dès l'étude de faisabilité en considération de la nature karstique du sol ; que par suite, l'expertise judiciaire de Monsieur Z..., qui a répondu aux dires des parties et dont le rapport précis et sérieusement documenté, constitue un élément d'appréciation satisfaisant, caractérise le manque de rigueur du bureau d'études Y...

notamment pour, ainsi que l'ont exactement rappelé les premiers juges : - n'avoir pas tiré les conséquences des essais de pompage de 2000 et 2003 et d'avoir reculé les limites admissibles du procédé, après une reconnaissance partielle et hâtive de 10 m3/h, - n'avoir pas pris en compte le palliatif consistant à monter les villas en boucle ouverte, - n'avoir pas constaté à temps l'insuffisance de l'aquifère ni pris en compte les tâches précises décrites par le compte-rendu d'EDF du 20 juillet 2000, - n'avoir pas assuré une interface efficace entre la régulation nécessaire des débits consommés et l'asservissement des pompes, - avoir manqué de façon généralisée à son devoir de conseil envers le maître de l'ouvrage pour l'informer, dès le début, des aléas de l'utilisation de l'aquifère géothermique et rechercher à chaque phase les solutions les mieux adaptées, - s'être contenté de proposer une réception et une mise en service sous réserve d'essais définitifs, alors que l'expert relève qu'AQUAPÔLE avait, tardivement mais avant livraison, soulevé le problème de l'investigation de l'aquifère ; qu'indépendamment du caractère par nature aléatoire de la ressource aquifère, ce qu'il appartient au professionnel d'intégrer dans le projet soumis au maître de l'ouvrage, l'expertise judiciaire caractérise l'inadaptation originelle du procédé mis en oeuvre en raison d'une ressource insuffisante au stade de l'avant projet sommaire sur lequel le maître de l'ouvrage a fort opportunément réduit largement ses ambitions et qui s'est néanmoins avéré finalement impropre à sa destination, engageant la responsabilité décennale du vendeur eu état futur d'achèvement, dont l'expert note qu'il s'est entouré de tous les professionnels qu'exigeait son projet et qu'il n'a refusé aucune dépense pour satisfaire à ses engagements, et celle du cabinet Y... et de son assureur SMABTP que le Tribunal a condamnés à bon droit à supporter la réparation du dommage subi par les acquéreurs en état futur d'achèvement ; que le maître de l'ouvrage n'a pas de lien contractuel avec la société AQUAPOLES, sous-traitant de GÉOFORE ; qu'il ne résulte de l'expertise judiciaire aucune faute de cette société dans l'accomplissement de sa mission d'exécution des forages ; qu'elle n'a pas exécuté aveuglément cette mission puisque l'expert relève qu'en décembre 2003, elle a adressé un courrier soulevant le problème de l'investigation de l'aquifère ; que c'est à bon droit que le Tribunal l'a mise hors de cause ; que l'intervention d'EDF dans l'opération, au titre de la convention VIVRELEC signée le 20 avril 2000 qui prévoit,

dans les termes de la convention et dans l'Annexe n° 1 'Mission d'ingénierie qualité plus' au protocole national éponyme, l'assistance au maître de l'ouvrage dans la conduite de son projet par l'ingénieur conseil qui se voit confier une mission d'accompagnement de l'APS à la livraison, a pour objet et pour effet d'assurer les acquéreurs que l'option énergétique proposée présente toutes garanties de sérieux, dans sa préparation comme dans le choix des acteurs du chantier, sérieux qu'elle accrédite du poids de sa notoriété dans le cadre d'une politique de préservation de l'environnement sans abandonner les acquis du progrès technique en matière de confort ; qu'elle a validé le projet en donnant son accord explicite, comme le rappelle exactement l'expert judiciaire en réponse à son dire, après avoir pu constater les résultats des mesures de débit et leurs méthodes d'évaluation ; qu'elle ne peut se considérer comme étrangère à la défaillance de l'un des principaux intervenants alors qu'elle sait le rôle déterminant que joue son approbation dans la prise de décision des acquéreurs et dont le Tribunal a pris la juste mesure en lui attribuant une part de responsabilité de 20 % ; que le propre du dispositif AQUAPAC étant, ainsi qu'il a été dit ci-avant, de garantir le risque géologique en procurant le financement d'un système de substitution pour le montant prédéfini dans la convention passée avec SAF Environnement alors que le vendeur et les locataires d'ouvrage répondent du coût réel de l'installation de substitution et des dommages induits par le sinistre, c'est encore à bon droit que les premiers juges, en prononçant la condamnation de SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 €, a précisé "pour le compte des acquéreurs en l'état futur d'achèvement", cette somme venant en déduction du coût total supporté par LA ROSTOLANE pour les installations individuelles de chauffage et climatisation, et le surplus incombant aux locataires d'ouvrage et à leurs assureurs ; que sauf le recours de SAF Environnement, le jugement entrepris doit être confirmé en toutes ses dispositions ;

Alors que l'action récursoire ou le recours en garantie, qui peuvent être fondés sur la subrogation légale ou sur la faute de l'appelé en garantie, ne sont pas subordonnés à une stipulation contractuelle le prévoyant ; que la Cour d'appel, pour débouter la société SA SAF Environnement de son recours en garantie contre les héritiers de M. Y..., la SARL Y... Ingénierie, la SMABTP, la société Géofore, la société Betac, la société Aquapoles et la société EdF, a retenu que ni le contrat de garantie Aquapac ni ses annexes ne prévoyaient un recours en garantie de SAF Environnement contre l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire ; qu'en statuant ainsi, tout en accueillant la demande de la SARL Aménagement de la Rostolane, maître d'ouvrage, tant contre la société SAF Environnement que contre des intervenants à l'acte de construire auxquels elle imputait une faute de conception, au titre des mêmes désordres et dommages, la Cour d'appel a violé les articles 1251, 3° et 1382 du Code civil.

Moyen produit par la SCP Bénabent et Jéhannin, avocat aux Conseils, pour la société Aménagement de la Rostolane, demanderesse au pourvoi incident

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement déferé en ce qu'il avait condamné la SAF Environnement à garantir la société LA ROSTOLANE à hauteur de 78 892,36 € pour le compte des acquéreurs en l'état futur d'achèvement ;

AUX MOTIFS QUE « le dispositif AQUAPAC, fonds de garantie ayant pour finalité de favoriser le recours à la géothermie en garantissant à ceux qui s'y investissent le financement d'une solution de remplacement en cas de survenance d'un accident géologique, est géré par la société SAF Environnement, avec laquelle la SARL LA ROSTOLANE a conclu un contrat du 31 janvier 2001 ; que ce contrat couvre deux périodes relevant la première de la « Garantie de recherche » qui n'a pas été mise en oeuvre, la seconde relevant de la « Garantie de pérennité » couvrant le risque de changement dans les caractéristiques de la ressource, provenant d'une diminution de son débit ou de sa température ; que ni ce contrat ni ses annexes rendant compte des caractéristiques techniques de l'installation et des forages ni les avenants fixant le montant de la garantie n'ont pour effet de faire concourir SAF Environnement à l'opération à titre de constructeur ou de maître d'oeuvre, de sorte que LA ROSTOLANE n'est pas fondée à ce titre en son recours en garantie contre SAF Environnement, ni ne prévoient un recours en garantie de SAF Environnement contre l'un quelconque des intervenants à l'acte de construire ; qu'après la première phase relevant de la garantie de recherche, il a été établi, comme le prévoyait le contrat du 31 janvier 2001, un avenant du 26 décembre 2001 fixant le montant de la Garantie de pérennité en considération d'un débit de 36 m³/h, correspondant à celui effectivement constaté, de sorte que SAF Environnement n'est pas fondée à soutenir la nullité du contrat ; qu'il résulte de l'expertise judiciaire de Monsieur Z... que c'est la chute du débit à 13 m³/h donc le tarissement de la ressource qui est la cause du sinistre ; que le tribunal a fait l'exacte application du contrat en

condamnant SAF Environnement à garantir la SARL LA ROSTOLANE à hauteur de la somme de 78 892,36 euro pour le compte des acquéreurs ; que par contre, le dispositif Aquapac ayant pour finalité la garantie du risque spécifique de pérennité de la ressource en-dehors de toute recherche de responsabilité, il n'y a pas lieu à garantie des constructeurs au profit de la société SAF Environnement ;

∴ ;

Que le propre du dispositif AQUAPAC étant, ainsi qu'il a été dit ci-avant, de garantir le risque géologique en procurant le financement d'un système de substitution pour le montant prédéfini dans la convention passée avec SAF Environnement alors que le vendeur et les locataires d'ouvrage répondent du coût réel de l'installation de substitution et des dommages induits par le sinistre, c'est encore à bon droit que les premiers juges, en prononçant la condamnation de SAF Environnement à garantir la SARL Aménagement de La Rostolane à hauteur de 78.892,36 euro, ont précisé « pour le compte des acquéreurs en l'état futur d'achèvement », cette somme venant en déduction du coût total supporté par LA ROSTOLANE pour les installations individuelles de chauffage et climatisation, et le surplus incombant aux locataires d'ouvrage et à leurs assureurs » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « par une convention en date du 31 janvier 2001 la SARL La Rostolane a souscrit auprès de la Saf un contrat de garantie Aquapac prévoyant, outre une garantie de recherche, une garantie de pérennité sur le risque de tarissement total ou partiel de la ressource en eau couvrant des installations parcourues par l'eau de la nappe souterraine pour un montant maximal de 78 892,36 euros en cas de tarissement total ;

Qu'en l'espèce, la garantie porte sur les installations parcourues par l'eau de la nappe souterraine et couvre le coût de ces installations ; qu'elle a donc pour objet de couvrir un dommage survenant sur la nappe souterraine provoquant un dommage affectant une partie de l'ouvrage ∴ les installations ∴ incorporées nécessairement au bien de l'assuré, ceci dans le but de garantir le paiement des installations ; qu'il s'agit de couvrir un sinistre survenant sur une chose et causant un dommage direct au souscripteur-assuré qu'il soit ou non imputable, et non un dommage résultant de l'engagement de sa responsabilité pour des dommages subis par des tiers ; qu'en effet :

- coté assureur : il entend garantir son assuré, c'est-à-dire le propriétaire de l'installation et ce qu'il soit assuré originaire ou le cessionnaire puisque la cession de garantie est prévue à l'article 8 du contrat ;

- coté assuré : il entend s'assurer pour lui-même afin d'être garanti des pertes imprévues résultant de la nécessité de remédier aux désordres et en même temps, puisqu'il est vendeur en l'état futur et que la garantie est décennale, il entend souscrire pour le compte de ses acquéreurs qu'il s'agit donc d'une assurance de choses et d'une assurance de choses pour compte ;

Or, que dans le cadre d'une VEFA, le transfert de propriété a lieu immédiatement pour ce qui existe déjà (droits de sol et propriété des constructions existantes) et l'acquéreur devient propriétaire des ouvrages réalisés ensuite, au fur et à mesure, par voie d'accession (art. 1601 du code civil et L. 261-3 du CCH) ; qu'en conséquence, postérieurement au transfert de propriété, malgré même les termes de l'article 8 du contrat relatif à la cession de garantie, l'acquéreur en l'état futur bénéficie de l'assurance de choses au fur et à mesure des ventes ; que l'assurance suit l'immeuble de sorte que l'acquéreur aura par accession seul la qualité d'assuré (art. A 243-1. ann. II) ; qu'il pourra donc poursuivre l'assureur par une action directe propter rem » ;

1/ ALORS QUE s'agissant d'une assurance de choses, la personne qui a souscrit le contrat a, sauf stipulation expresse et formelle contraire, la qualité d'assuré ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a expressément relevé, par motifs adoptés, que la garantie AQUAPAC constituait une assurance de choses (jugement, p. 14, alinéa 7) ; qu'en l'absence de stipulation expresse contraire, la qualité d'assuré devait donc être reconnue à la société LA ROSTOLANE, souscripteur ; qu'en décidant pourtant que la garantie AQUAPAC était une assurance de chose pour compte au seul constat que le souscripteur « est vendeur en l'état futur et que la garantie est décennale » (jugement, p. 17, alinéa 3), cependant qu'aucune stipulation expresse ne qualifiait la garantie AQUAPAC d'assurance pour compte, la Cour d'appel a violé l'article L. 112-1 du Code des assurances ;

2/ ALORS QUE la société LA ROSTOLANE soutenait, pour engager la responsabilité civile de la SAF Environnement, que « cette défaillance dans le devoir de conseil s'est d'ailleurs manifestée aussi en ce qui concerne le montant des garanties proposées par SAF ENVIRONNEMENT et souscrites sans lésiner par l'aménageur, montant qui s'est révélé ∴ notoirement

insuffisant par rapport aux risques encourus » (conclusions, p. 21, alinéa 3) ; que la société LA ROSTOLANE démontrait ainsi qu'en sa qualité d'assureur, la SAF Environnement avait manqué à ses obligations de conseil en n'attirant pas l'attention de son assuré sur l'insuffisance des garanties obtenues ; que pour décider que la SAF Environnement n'engageait pas sa responsabilité personnelle à l'égard de la société LA ROSTOLANE, la Cour d'appel s'est bornée à relever que « ni ce contrat AQUAPAC ni ses annexes rendant compte des caractéristiques techniques de l'installation et des forages ni les avenants fixant le montant de la garantie n'ont pour effet de faire concourir SAF Environnement à l'opération à titre de constructeur ou de maître d'oeuvre, de sorte que LA ROSTOLANE n'est pas fondée à ce titre en son recours en garantie contre SAF Environnement » (arrêt, p. 19, alinéa 2) ; qu'en statuant ainsi, sans répondre au moyen déterminant de l'exposante qui invoquait aussi, pour engager sa responsabilité civile, la qualité d'assureur de la société SAF Environnement qui la rendait débitrice d'une obligation particulière de conseil, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.