

ARRÊT DU

23 Mai 2022

VS / NC

N° RG 21/01020

N° Portalis DBVO-V-B7F -C6IK

[V] [B] [Z]

SARL B2 PROMOTION

SCI PBS

C/

SARL F.CONSTRUCTIONS

GROSSES le

aux avocats

ARRÊT n° 244-22

COUR D'APPEL D'AGEN

Chambre Civile

LA COUR D'APPEL D'AGEN, 1ère chambre dans l'affaire,

ENTRE :

Madame [V] [B] [Z]

née le 21 février 1973 à [Localité 3] ([Localité 3])

de nationalité française, responsable d'agence immobilière

domiciliée : [Adresse 1]

[Localité 2]

SARL B2 PROMOTION agissant en la personne de son gérant actuellement en exercice domicilié en cette qualité audit siège social RCS AUCH 531 507 648

[Adresse 4]

[Localité 2]

SCI PBS agissant en la personne de son représentant légal actuellement en exercice domicilié en cette qualité audit siège social RCS AUCH 535 042 360

[Adresse 4]

[Localité 2]

toutes représentées par Me Hélène GUILHOT, avocate associée de la SCP TANDONNET ET ASSOCIES, substituée à l'audience par Me Anne-Sophie RIGAL, avocate postulante au barreau d'AGEN

et Me Grégory VEIGA, substitué à l'audience par Me Marine SCHATTEL, SELARL ARCANTHE, avocat plaidant au barreau de TOULOUSE

APPELANTES d'une ordonnance du juge de la mise en état du tribunal judiciaire d'AUCH en date du 04 novembre 2021,

RG 19/00915

D'une part,

ET :

SARL F.CONSTRUCTIONS prise en la personne de son représentant légal actuellement en fonctions domicilié en cette qualité au siège

RCS AUCH 498 422 013

[Adresse 5]

[Localité 2]

représentée par Me Christine BERENGUER-GRELET, SELARL BERENGUER-GRELET, avocate postulante au barreau du GERS

et Me Sylvie GENDRE, substituée à l'audience par Me Muriel ORLIAC-MASSONIÉ, avocate plaidante au barreau de TOULOUSE

INTIMÉE

D'autre part,

COMPOSITION DE LA COUR :

l'affaire a été débattue et plaidée en audience publique le 21 mars 2022, sans opposition des parties, devant la cour composée de :

Valérie SCHMIDT, Conseiller,

qui en a rendu compte dans le délibéré de la cour composée outre elle-même de :

Benjamin FAURE et Pascale FOUQUET, Conseillers

en application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, et après qu'il en a été délibéré par les magistrats ci-dessus nommés,

Greffière : Nathalie CAILHETON

ARRÊT : prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile

''
,

EXPOSÉ DU LITIGE

Par acte du 13 décembre 2008, M. [S] [Z], la SARL Gasconie Immobilier et sa gérante Mme [V] [B] [Z] ont signé compromis de vente pour l'acquisition d'un corps d'immeuble bâti et non bâti auprès de la commune de Fleurance sous diverses conditions suspensives.

Selon contrat de maîtrise d'uvre du 08 janvier 2009, M. [Z] et Mme [B] [Z] (les époux [Z] en suivant) ont confié à M. [P], assuré auprès de la Mutuelle des architectes de France, une mission complète.

Par arrêté du 13 août 2009, la commune de Fleurance a accordé le permis de construire

avec prescription de :

- l'implantation des planchers aménagés au-dessus de 0,50 mètres de la côte du terrain naturel dans la mesure où le projet est situé dans les zones B du plan des surfaces submersibles (PPS),

- la réalisation des ouvertures des façades ouest et sud avec encadrement d'enduit nettement plus clair que le reste des façades comme sur la façade est.

Par acte authentique du 19 décembre 2009, les époux [Z] et la SARL Gasconie Immobilier ont acquis l'immeuble au prix de 80.000 euros, au moyen d'un prêt accordé par le CIC.

L'architecte M. [P] a calculé un coût prévisionnel de travaux de 593.237 euros TTC et a mis fin à son suivi de travaux au premier trimestre 2010.

Par contrat du 26 mars 2010, les époux [Z] ont confié à la SARL E.D.C une mission de maîtrise d'uvre de la définition du projet jusqu'au suivi de chantier, au prix de 18.653,82 euros TTC avec financement du Crédit Agricole et ont constitué la SARL B2 Promotion.

Selon marché de travaux du 23 mars 2011, la SARL B2 Promotion a confié à la SARL F. Constructions, assurée en garantie décennale par la SMABTP, la réalisation tous corps d'état d'un immeuble de bureaux au prix global et forfaitaire de 825.008,33 euros TTC, payable par tranches suivant accord de prêt annexé, avec début d'exécution le 13 avril 2011 et délai d'exécution de 09 mois soit une fin de travaux mi-janvier 2012.

Les travaux ont commencé le 12 avril 2011.

Le 13 mai 2011, un contrat de maîtrise d'oeuvre a été signé entre la SARL B2 Promotion et la SAS Atelier Architecture A3+ pour la réalisation d'un permis de construire modificatif et l'ordonnancement des façades.

Le 26 juillet 2011, la commune de Fleurance a exigé l'arrêt de travaux non conformes au permis de construire, en dénonçant le non-respect des dimensions de la construction initiale du permis de construire qui met en cause l'accès au futur parking municipal.

Par acte authentique du 04 août 2011, les époux [Z] et la SARL Gasconie Immobilier ont vendu l'immeuble à la SARL B2 Promotion.

Par courrier du 14 septembre 2011, la SAS Atelier Architecture A3+ a mis en cause une

implantation faussée du bâtiment en raison d'une réalisation du plan de masse de M. [P] à partir de l'extrait cadastral qui ne correspondrait pas au foncier réel.

Le 19 septembre 2011, une demande de permis de construire modificatif a été déposée par la SAS Atelier Architecture A3+, refusé tacitement par la commune de Fleurance faute de pièces complémentaires.

Le 17 mai 2012, une nouvelle demande de permis de construire a été déposée par la SAS Atelier Architecture A3+ qui conduisait par compromis du 04 juin 2012, la SARL B2 Promotion à céder pour l'euro symbolique une bande d'accès au parking municipal et à supporter tous les travaux de réalisation s'y rapportant.

Par arrêté du 02 octobre 2012, le permis de construire modificatif a été accordé à Mme [B] [Z] et les travaux repris pour être quasiment achevés en février 2014 et réceptionnés.

Par arrêté du 10 mars 2014, le permis de construire a été transféré à SARL B2 Promotion.

Compte-tenu du retard pris par le projet, les trois contrats de réservation signés le 09 mars 2010 pour des activités de coiffure, pressing et de vente de prêt à porter ont été annulés.

Par assignation des 28 et 31 juillet, 5 août et 9 septembre 2014, Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion ont saisi le juge des référés d'Auch aux fins d'expertise.

Par ordonnance du 06 janvier 2015, le juge des référés y a fait droit.

Le rapport a été déposé le 08 juin 2017.

Par assignation du 06 septembre 2019, Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion ont saisi le tribunal de grande instance d'Auch en lecture de rapport à l'encontre de M. [P] et de son assureur, la MAF.

Par assignation du 04 février 2020, M. [P] a appelé en cause la SARL F. Constructions, la SARL EDC et la SMABTP, la SCI PBS intervenant volontairement à l'instance.

Par ordonnance du 04 juin 2020, le juge de la mise en état a ordonné la jonction des procédures.

Par ordonnance du 04 novembre 2021, le juge de la mise en Etat s'est déclaré compétent pour statuer et a :

- rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par Mme [B] [Z] et SARL B2 Promotion tirée de la prescription de la demande reconventionnelle de la SARL F. Constructions en paiement du solde de marché,
- rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par la SARL F. Constructions tirée de la prescription de l'action en répétition de l'indu présentée par Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion,
- débouté Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion de leur demande en communication sous astreinte de l'original de l'acte de caution,
- débouté Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion de leurs demandes sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- dit que les dépens suivront ceux de l'instance au fond.

Le juge de la mise en état a considéré que :

- la prescription soulevée par Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion se rapportant à la demande en paiement du solde du marché par la SARL F. Constructions n'est pas acquise car d'abord interrompue par la demande en justice en référé, puis suspendue dans l'attente du dépôt du rapport d'expertise ayant aussi comme objet l'apurement des comptes entre les parties, le délai ne recommençant à courir qu'à compter du 08 juin 2017,
- la demande de la SARL B2 Promotion en répétition de l'indu relative à un trop perçu par la SARL F. Constructions ne se heurte pas à une prescription qui court seulement à compter de la découverte de l'indu soit au moment du dépôt du rapport d'expertise,
- la SARL B2 Promotion ne justifie pas avoir remis l'original de la garantie de paiement à la SARL F. Constructions laquelle ne peut être condamnée sous astreinte à le restituer.

La SARL B2 Promotion, Mme [B] [Z] et la SCI PBS ont interjeté appel le 18 novembre 2021 de cette décision en visant dans leur déclaration d'appel l'intégralité des chefs de jugement à l'exception de celui concernant les dépens et en désignant en qualité d'intimée, la SARL F. Constructions.

Par dernières conclusions du 24 janvier 2022, Mme [B] [Z], la SARL B2 Promotion et la SCI PBS demandent à la cour de :

- déclarer Mme [B] [Z], la SARL B2 Promotion et la SCI PBS recevables et bien fondées dans leur appel,

Y faisant droit,

- infirmer l'ordonnance déferée des chefs critiqués,
- juger la SARL F. Constructions irrecevable comme prescrite dans sa demande reconventionnelle en paiement d'un solde de marché de 36.232,69 euros TTC et par conséquent l'en débouter,
- condamner la SARL F. Constructions à restituer l'original de la garantie de paiement à

la SARL B2 Promotion sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé le délai de huit jours suivant signification de la décision à intervenir,

en toute hypothèse :

- condamner la SARL F. Constructions à donner mainlevée à l'organisme caution, sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé le délai de huit jours suivant signification de la décision à intervenir,
- débouter la SARL F. Constructions de sa fin de non-recevoir tirée de la prescription au regard de la demande en répétition de l'indu formulée par la SARL B2 Promotion,
- débouter la SARL F. Constructions de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la SARL F. Constructions à verser à la SARL B2 Promotion, à Mme [B] [Z] et à la SCI PBS une somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la SARL F. Constructions aux entiers dépens de l'incident, dont distraction au profit de Maître Hélène Guilhot en application de l'article 699 du code de procédure civile.

A l'appui de leurs prétentions, la SARL B2 Promotion, Mme [B] [Z] et la SCI PBS font valoir que :

- elles invoquent bien la prescription de droit commun des articles 2224 et 2239 du code civil,
- il incombe à l'entreprise qui entend faire valoir son solde de marché d'agir en paiement et de solliciter le cas échéant un sursis à statuer,
- la suspension de la prescription ne s'applique même pas pour les actions en responsabilité entre constructeurs ou les appels en garantie, de sorte que le constructeur ne peut en aucun cas prétendre à la suspension de la prescription de son solde de facture,
- la suspension de la prescription ne joue qu'à l'égard de la partie ayant sollicité la mesure d'instruction peu importe que la mission de l'expert judiciaire ait inclus l'apurement des comptes,
- ce n'est pas l'expert judiciaire qui valide ou fixe une créance et celle de la SARL F. Constructions était certaine, liquide et exigible dès l'émission de facture correspondant au solde du marché,
- or durant le délai d'exécution de la mesure d'expertise, la suspension de la prescription n'a bénéficié qu'à Mme [B] [Z] et la SARL B2 Promotion, la SARL F. Constructions n'ayant accompli aucune diligence depuis l'audience du 16 décembre 2014,
- la garantie de paiement réclamée par la SARL F. Constructions est sans objet au regard de la prescription frappant la demande de paiement du solde de marché,

- en tout état de cause, la SARL F. Constructions doit donner mainlevée à l'organisme caution et cette demande ne peut être considérée comme nouvelle en appel,
- la SARL F. Constructions a eu connaissance du trop perçu par la SARL F. Constructions que dans le cadre des opérations d'expertise.

Par uniques conclusions du 07 janvier 2022, la SARL F. Constructions forme appel incident et sollicite de la cour de :

- confirmer l'ordonnance déferée des chefs critiqués à l'exception de celui relatif à la demande en répétition de l'indu et à l'article 700 du code de procédure civile,

par voie de conséquence :

- débouter les appelantes de l'intégralité de leurs demandes,
- faire droit à l'appel incident de la SARL F. Constructions,
- réformer l'ordonnance déferée sur le refus de validation du moyen de prescription opposé à la SARL B2 Promotion au titre du trop perçu et sur le rejet de la demande de la concluante au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

en conséquence :

- déclarer irrecevable la SARL B2 Promotion en sa demande en paiement d'un éventuel trop perçu au vu de la prescription de ce chef de réclamation,
- condamner la SARL B2 Promotion et Mme [B] [Z] à régler la somme de 1500 euros sur le fondement de l'article 700 code de procédure civile au titre de l'incident devant le juge de la mise en état,

y ajoutant :

- condamner la SARL B2 Promotion et Mme [B] [Z] à régler la somme complémentaire de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 code de procédure civile au titre des frais irrépétibles d'appel et les condamner aux entiers dépens de l'instance.

A l'appui de ses prétentions, la SARL F. Constructions fait valoir que :

- la prescription abrégée de deux ans invoquée à tort par les appelantes et relevant des dispositions de l'article L 218-2 du code de la consommation, n'a pas lieu à s'appliquer,

- la SARL F. Constructions a interrompu le délai de prescription le 02 décembre 2014 par sa demande reconventionnelle devant le juge des référés, la mission de l'expert portant par suite sur l'apurement des comptes,
- lorsque la prescription a été suspendue par une décision ayant fait droit à une mesure d'instruction présentée avant tout procès, le délai de prescription recommence à courir à compter du jour où la mesure a été exécutée,
- l'attestation de caution bancaire souscrite auprès du Crédit Agricole a été transmise par mail au conseil de la SARL F. Constructions et il ne peut s'agir d'un original,
- à aucun moment, l'entreprise a pour obligation de retourner au maître de l'ouvrage l'original de l'acte de caution, l'acte de caution cessant de produire ses effets sur production à la Banque soit d'une mainlevée par l'entrepreneur soit d'un reçu pour solde de tout compte émanant dudit entrepreneur,
- la réclamation de la SARL B2 Promotion en répétition de l'indu est de pure circonstance.

L'avis de fixation de l'affaire à bref délai est du 15 décembre 2021.

La cour pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des prétentions et moyens des parties fait expressément référence à la décision entreprise et aux dernières conclusions régulièrement déposées en application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

L'affaire a été fixée à plaider à l'audience du 21 mars 2022.

MOTIFS

Sur la prescription de la demande reconventionnelle

L'article 2224 du code civil prévoit que 'les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer'.

L'article 2239 du code civil dispose que 'la prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour

où la mesure a été exécutée'.

Il est constant que lorsque la prescription a été suspendue par une décision ayant fait droit à une mesure d'instruction présentée avant tout procès, le délai de prescription recommence à courir à compter du jour où la mesure a été exécutée.

Il est tout aussi constant que 'la suspension de la prescription, en application de l'article 2239 du code civil, lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, qui fait, le cas échéant suite à l'interruption de cette prescription au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé et tend à préserver les droits de la partie ayant sollicité celle-ci durant le délai de son exécution, ne joue qu'à son profit'.

En l'espèce, seule la SARL B2 Promotion et Mme [B] [Z] ont été demanderesses aux opérations d'expertise.

La SARL F. Constructions en sa qualité de constructeur ne peut se prévaloir de la suspension de la prescription attachée aux opérations d'expertise pour solliciter hors délais le paiement de son solde de facture alors que la réception de l'ouvrage met fin au contrat d'entreprise et qu'à compter de cette date, il appartient au constructeur d'agir ou non en paiement.

Le fait que la mission d'expertise ait contenu un volet sur l'apurement des comptes entre les parties n'a pas d'incidence et n'a pas pour effet de permettre à la SARL F. Constructions de bénéficier de la suspension de la prescription.

En tout état de cause, il est exact que dès l'émission de sa facture, la SARL F. Constructions disposait d'une créance liquide et exigible qui lui permettait d'en poursuivre le paiement et ce n'est pas le rapport d'expertise qui en fixait le montant et pouvait déterminer son action.

Or, force est de constater que la SARL F. Constructions après l'audience du 16 décembre 2014 n'a pas accompli d'actes susceptibles d'interrompre ou de suspendre la prescription à son profit au titre du solde du marché, laquelle intervenait à son encontre, après reprise du délai, le 16 décembre 2019.

Par conséquent, la SARL F. Constructions est bien prescrite en sa demande reconventionnelle qui est dès lors irrecevable.

Le premier juge sera infirmé de ce chef.

Sur la recevabilité de la demande en répétition de l'indu

Aux termes de l'article 2224 du code civil précité, la prescription quinquennale s'applique pour les actions personnelles ou mobilières à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

En l'espèce, seul le rapport d'expertise, à l'occasion de l'apurement des comptes entre les parties, a permis de révéler l'existence d'une somme de 10.645,60 euros TTC analysée comme un trop perçu au profit de la SARL F. Constructions.

Par conséquent, c'est à compter du dépôt du rapport soit le 08 juin 2017 que la SARL B2 Promotion a été en mesure d'exercer ses droits et de se prévaloir d'une action en répétition de l'indu. Dès lors, l'action introduite à ce titre le 27 mai 2021 ne se heurte à aucune prescription et doit être déclarée recevable.

Le premier juge sera confirmé sur ce point.

Sur la garantie de paiement

Aux termes de l'article 1799-1 du code civil, 'le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3° de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat'.

La SARL B2 Promotion soutient qu'ayant fourni cette garantie, elle est bien fondée à solliciter auprès de la SARL B2 Promotion la restitution sous astreinte de l'original s'y rapportant.

Cependant, aucun texte n'impose à un constructeur de restituer l'original d'une garantie de paiement de plus fort sous astreinte, la SARL B2 Promotion échouant du reste à démontrer sur quel fondement elle le requiert. Elle sera donc déboutée de cette demande.

En revanche, il ne peut être contesté que cette garantie de paiement est maintenant sans objet au regard de la prescription de la demande reconventionnelle de la SARL F. Constructions en paiement du solde du marché.

Par conséquent, la demande de la SARL B2 Promotion tendant à voir ordonner à la SARL F. Constructions de donner mainlevée à l'organisme de caution est justifiée. Cette demande n'est pas nouvelle au sens de l'article 566 du code de procédure civile car elle est l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire de la demande originaire visant à se libérer à l'égard de l'organisme caution. La SARL F. Constructions y sera en conséquence condamnée.

Il ne sera fait droit à l'astreinte sollicitée par la SARL B2 Promotion qu'à hauteur d'un montant de 150 euros par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification du présent arrêt, la SARL F. Constructions n'ayant pas fait preuve de résistance abusive au regard de la question de droit discutée.

Sur les dépens et frais irrépétibles

La SARL F. Constructions, succombant à l'instance, supportera les entiers dépens d'incident devant le juge de la mise en état et d'appel.

Les dépens pourront être recouvrés par Me Hélène Guilhot pour ceux dont elle a fait l'avance sans avoir reçu provision, conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

Pour les mêmes motifs, la SARL F. Constructions sera condamnée à verser à la SARL B2 Promotion, Mme [B] [Z] et la SCI PBS la somme de 2500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

La Cour, après en avoir délibéré conformément à la loi, statuant par arrêt contradictoire prononcé par mise à disposition et en dernier ressort,

INFIRME l'ordonnance déferée des chefs critiqués sauf en ce qu'elle a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par la SARL F. Constructions tirée de la prescription de l'action en répétition de l'indu présentée par la SARL B2 Promotion et

Mme [B] [Z] ;

Statuant de nouveau :

DIT la SARL F. Constructions prescrite et donc irrecevable en sa demande reconventionnelle en paiement du solde du marché ;

DÉBOUTE la SARL B2 Promotion de sa demande de restitution de l'original de la garantie de paiement sous astreinte ;

CONDAMNE la SARL F. Constructions à donner mainlevée à l'organisme caution sous astreinte de 150 euros par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification du présent arrêt ;

CONDAMNE la SARL F. Constructions aux dépens d'incident devant le juge de la mise en état ;

Y ajoutant,

CONDAMNE la SARL F. Constructions aux dépens d'appel ;

DIT qu'ils pourront être recouvrés par Me Hélène Guilhot pour ceux dont elle a fait l'avance sans avoir reçu provision, conformément à l'article 699 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la SARL F. Constructions à verser à la SARL B2 Promotion, Mme [B] [Z] et la SCI PBS la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le présent arrêt a été signé par Valérie SCHMIDT, conseiller faisant fonction de présidente, et par Nathalie CAILHETON,

greffière, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

La Greffière, La Présidente,