

COUR D'APPEL DE NOUMÉA

RG : 06/307

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Jean-Michel STOLTZ, Président

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Christian MESIERE, Conseiller

Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller

Mickaela NIUMELE, Greffier lors des débats

ARRET du 10 janvier 2008

Décision attaquée rendue le : 15 Mai 2006

Juridiction : Tribunal de première instance de NOUMEA

Date de la saisine : 21 Juin 2006

Ordonnance de clôture : 12 octobre 2007

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR

APPELANTE

LA SOCIETE IMMOBILIERE DE NOUVELLE CALEDONIE SIC, représentée par son président en exercice 15 rue Guynemer - Quartier Latin BP. 412 - 98845 NOUMEA CEDEX

représentée par Me Patrick ARNON, avocat

INTIMÉS

LA SELARL Y Mandataire-liquidateur de la SARL MADURA 15 rue Colnett - Immeuble LE PENELOPE - Motor Pool BP. 3420 - 98846 NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL AGUILA-MORESCO, avocats

LA SARL ENTREPRISE Z prise en la personne de son représentant légal 22 rue Félix Broche - Haut Magenta - 98800 NOUMEA

représentée par la SELARL JURISCAL, avocats

La Compagnie d'Assurances AXA, venant aux droits de la Compagnie d'Assurances UAP DELEGATION prise en la personne de son représentant légal 9 rue du Général Mangin - BP 2395 - 98800 NOUMEA

représentée par la SELARL LOUZIER-FAUCHE-GHIANI- NANTY, avocats

Débats : le 25 octobre 2007 en audience publique où Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller, a présenté son rapport,

A l'issue des débats, le Président a déclaré que l'affaire était mise en délibéré et que le dossier avec l'arrêt serait remis au greffe le 06 décembre 2007 en application de l'article 451 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, date à laquelle le délibéré a été prorogé au 10 janvier 2008.

Le dossier avec l'arrêt a été remis au greffe à la date susdite et signé par Jean-Michel STOLTZ, Président, et par Mickaela NIUMELE, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Le 1er décembre 1994 la S.A.E.M Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie, (SIC), a confié à la Sarl MADURA, dont le gérant était monsieur Z, une mission de maîtrise d'ouvrage pour l'édification d'un groupe d'immeubles désigné "Résidence LANGTON".

Le 27 janvier 1995, la Sarl MADURA a établi à son nom un acte d'engagement de maître d'œuvre,

La Sarl MADURA était assurée auprès de la compagnie UAP, devenue AXA, au titre de la garantie décennale.

La Sarl ENTREPRISE Z est intervenue pour la construction du gros œuvre selon contrat du 10 avril 1995.

Le 19 mars 1996, un procès-verbal de réception assorti de réserves était signé pour les bâtiments A1 et A2 entre la SIC, la Sarl MADURA et le Cabinet d'Architecte ARCHI 13. Les réserves portaient essentiellement sur l'étanchéité des jardinières.

Le 1er août 1996 les bâtiments B1 à B5 étaient réceptionnés, puis le 19 décembre 1996 les bâtiments C1 ET C2, tous avec réserve.

Les réserves étaient levées le 27 février 1998.

Le 5 avril 2000, la SIC faisait une déclaration de sinistre auprès de la Sarl ENTREPRISE Z et de monsieur W, gérant et liquidateur de la Sarl MADURA mise en liquidation judiciaire par jugement du 9 janvier 2002 publié le 17 janvier 2002.

Sur requête de la SIC, une expertise était confiée à monsieur X par ordonnance de référé du 17 janvier 2001. La mission était complétée par ordonnance de référé du 30 mai 2001.

Le 28 octobre 2002 monsieur X déposait son rapport.

Par jugement en date du 15 mai 2006 auquel il est fait référence pour l'exposé des faits, de la procédure, des moyens et des prétentions des parties, le Tribunal de Première Instance de NOUMEA a :

- déclaré les demandes dirigées à l'encontre de la Sarl MADURA, représentée par son mandataire liquidateur, la SELARL Y, recevables,

- dit n'y avoir lieu à surseoir à statuer,

- débouté la SIC de l'intégralité de ses demandes.

PROCÉDURE D'APPEL

Par requête en date du 21 juin 2006, la SIC a régulièrement interjeté appel de la décision signifiée le 1er juin 2006 et dont elle sollicite la réformation.

En son mémoire ampliatif d'appel enregistré le 15 septembre 2006, elle demande à la Cour de :

- juger que les désordres constatés par l'expert judiciaire rendent les ouvrages impropres à leur destination,

- juger que la Sarl ENTREPRISE Z et la Sarl MADURA sont responsables in solidum des malfaçons,

- évaluer son préjudice à la somme de 37.424.200 FCFP, valeur octobre 2002, indexée sur l'index BT 21 à la date de la signification de l'arrêt,

- juger qu'elle pourra déclarer sa créance dans le passif de la Sarl MADURA,

- condamner à titre principal, la Sarl ENTREPRISE Z à lui payer la somme de 37.424.200 FCFP, valeur octobre 2002, indexée sur l'index BT 21 à la date de la signification de l'arrêt,

- à titre subsidiaire, dire que la Sarl ENTREPRISE Z sera tenue de la garantie de tous les désordres relevant du marché de gros œuvre et revêtement sol et murs et la condamner à lui payer la somme de 37.424.200 FCFP, valeur octobre 2002, indexée sur l'index BT 21 à la date de la signification de l'arrêt,

- dire que la compagnie d'assurances AXA (AXA) venant aux droits de la compagnie d'assurances UAP est tenue à la garantie décennale dans la limite de sa garantie plafonnée à la somme de 41.965.314 FCFP

- condamner AXA à lui payer la somme de 37.424.200 FCFP, valeur octobre 2002, indexée sur l'index BT 21 à la date de la signification de l'arrêt,

- dire qu'il y a solidarité entre les sociétés pour le paiement des sommes qu'elles auront été condamnées à payer,

- condamner solidairement les sociétés MADURA, ENTREPRISE Z et AXA au paiement de la somme de 400.000 F.CFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie.

À l'appui de ses prétentions, la SIC expose que conformément aux dispositions de l'article 1792 du Code Civil dans sa version résultant de la loi du 4 janvier 1978 non applicable

en Nouvelle-Calédonie mais contractuellement étendue, les désordres constatés par l'expert relèvent de la garantie décennale prévue.

Elle indique qu'il s'agit des désordres suivants :

- dégradations des nez de marche des escaliers communs,
- infiltrations d'eau en cueillies des façades des séjours,
- fissurations en allèges de baies,
- infiltrations d'eau en toiture,

Elle observe que l'expert a expressément mentionné que ces défauts atteignent des éléments constitutifs de l'immeuble et qu'ils n'étaient pas apparents le jour de la réception.

En premier lieu, elle soutient que la responsabilité de la Sarl MADURA est engagée sur le fondement du contrat de la maîtrise d'ouvrage et du contrat de la maîtrise d'œuvre qu'elle s'est déléguée.

S'agissant de la maîtrise d'ouvrage, elle est personnellement tenue de la garantie de tous les vices de constructions constatés puisque ceux-ci caractérisent :

- soit les désordres entrant dans le champ d'application des articles 1792.1,2,3 et 4 et 2270 du Code Civil,
- soit des désordres compromettant la sécurité des personnes (nez de marche), ou la pérennité des ouvrages (fissures, défaut d'étanchéité),
- soit des défaillances à l'exécution de la mission (absence de suivi et d'attention aux décrochés de façades).

S'agissant de la maîtrise d'œuvre, elle doit assumer la pleine responsabilité qui lui échoit sur le fondement des articles sus visés.

En second lieu, elle fait valoir que monsieur Z est à la fois gérant de la Sarl MADURA et de la Sarl ENTREPRISE Z.

Elle observe que monsieur Z est intervenu à tous les stades de la promotion en soulignant que la société mise en liquidation a, par son attitude et son rôle, protégé la Sarl ENTREPRISE Z.

Elle considère en conséquence que la Sarl ENTREPRISE Z sera tenue à garantie des désordres affectant les ouvrages de la Résidence LANGTON dans les mêmes conditions et termes que la Sarl MADURA.

Subsidiairement, elle souligne qu'en application de l'article 1792 du Code Civil la Sarl ENTREPRISE Z doit sa garantie.

S'agissant de la compagnie d'assurances AXA, elle considère qu'elle ne peut déclinier sa garantie, les désordres étant couverts par la garantie décennale.

Elle évalue le préjudice à la somme de 37.424.200 FCFP, valeur octobre 2002, qui doit faire l'objet d'une actualisation par application de la variation de l'indice BT 21.

Sur l'imputabilité des désordres, elle estime que :

- la Sarl MADURA doit être tenue responsable de la totalité,
- la Sarl ENTREPRISE Z doit être également tenue responsable à titre principal, de la totalité et du gros œuvre et à titre subsidiaire, des revêtements de sols et murs soit 36.457.400 FCFP.

Par conclusions du 16 mars 2007, la SELARL Y, es-qualités de mandataire liquidateur de la SARL MADURA demande à la Cour, après infirmation du jugement, de déclarer irrecevables les poursuites engagées par la SIC postérieurement au jugement d'ouverture et de condamner l'appelante à lui payer la somme de 200.000 F.CFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie.

Elle invoque à cet effet les dispositions de l'article L 621-40 du Code de Commerce qui précisent que le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement. De plus, la SIC ne justifie pas de sa déclaration de créance.

Elle considère que le jugement d'ouverture datant du 9 juillet 2002 et que l'action en fixation de créance ayant été enregistrée le 13 février 2003, seul le juge commissaire était compétent pour fixer la créance.

Par conclusions du 16 mars 2007, la Sarl ENTREPRISE Z demande à la Cour à titre principal de déclarer irrecevables les demandes de la SIC, faute de justification de sa déclaration de créances au passif de la Sarl MADURA,

Subsidiairement, elle sollicite :

- qu'il soit constaté que la SIC ne fournit aucun élément quant à l'évolution des désordres et à ses interventions éventuelles sur l'ensemble immobilier depuis 2002,
- qu'il soit jugé que les désordres sont imputables à la Sarl MADURA,
- qu'il soit jugé que la créance en résultant devra être garantie par la Compagnie d'Assurances AXA,
- qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle entend conclure sur le fond une fois que la Compagnie d'Assurances AXA aura conclu et que la SIC aura apporté la justification de sa déclaration de créances et de l'évolution des désordres dont elle a fait état,
- que la SIC soit déboutée de toutes ses demandes à son encontre,
- que la SIC soit condamnée à lui payer la somme de 300.000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie.

En premier lieu, elle fait valoir que si la SIC n'a pas fait de déclaration de créance dans la liquidation de la Sarl MADURA, ses demandes doivent être déclarées irrecevables.

A titre principal, elle soutient que bien que monsieur Z ait été le gérant de la Sarl MADURA et de l'ENTREPRISE Z, celles-ci étaient deux sociétés distinctes, aucune confusion d'actifs n'ayant été opérée entre elles.

Elle ajoute enfin que l'affaire ne peut être jugée en l'état. Elle considère en effet que les opérations expertales sont intervenues en 2002 et que les désordres ont nécessairement évolué depuis lors.

Par conclusions du 1er août 2007, la compagnie d'assurances AXA demande à la Cour de juger qu'elle ne doit pas sa garantie pour les travaux de reprise des nez de marche, des consoles et jardinières par application des clauses 4.6 et 4.8 des conditions spéciales D, des toitures par application de la clause concernant la "toiture, terrasse et couverture", et des peintures des façades et échafaudages sauf compte au prorata.

Elle sollicite en outre que soit appliquée à la garantie décennale la règle proportionnelle de l'article L113-9 du code des assurances et que soit constatée la franchise de 1.000.000 FCFP par sinistre et par bâtiment opposable au bénéficiaire, soit au total 3.000.000 F.CFP.

Elle conclut à l'entier débouté de l'appelante de ses autres demandes et sollicite l'octroi de la somme de 300.000 F.CFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie.

La compagnie d'assurances fait valoir en préambule qu'en ce qui concerne la police conclue avec la Sarl MADURA :

- un avenant spécial a été souscrit pour la couverture en tôle,
- l'assurance s'applique aux bâtiments A et A2, B, B2 et B3, C1 et C2,
- sous la garantie multirisque, la franchise par sinistre et par bâtiment est de 1.000.000 F.CFP,
- pour autant que la garantie du risque décennal soit acquise, il y aurait lieu d'appliquer la règle proportionnelle pour insuffisance de déclaration de valeur à la déclaration de risque conformément aux dispositions de l'article L 311-9 du Code des Assurances.

La compagnie considère que les nez de marche, éléments d'équipement sujet à usure normale et dissociables, ne sont pas destinés à assurer la solidité de l'ouvrage et ne sont dès lors pas couverts par la garantie décennale après réception de ceux-ci.

En ce qui concerne les consoles et jardinières, elle prétend que la garantie décennale du constructeur a pour but de porter un remède à d'éventuels désordres imputables à des vices cachés. Elle ajoute que l'assurance décennale exclut de la garantie contractuelle le défaut d'étanchéité, sauf avenant spécial qui en l'espèce n'a été souscrit que pour la toiture.

Par ailleurs, elle indique que l'article 4.6 des conditions générales spéciales D exclut de la garantie les travaux qui auraient dû être effectués pour parfaire la réalisation de la construction et dont l'absence entraîne des dommages.

En l'espèce, elle estime que les jardinières n'ont pas été équipées d'un système étanche limitant les effets d'un arrosage et que dès lors les dispositions de l'article 4.6 doivent s'appliquer.

Sur les reprises en toitures, elle prétend que le constructeur n'a pas fourni le rapport du bureau de contrôle dont l'initiative appartient au souscripteur et qui est une condition de la garantie de l'assureur. Elle soutient en conséquence qu'en l'absence de celui-ci, la garantie ne peut jouer.

Sur les fissures extérieures en façade, elle ne conteste pas sa garantie mais prétend que la garantie décennale qui ne peut être source d'amélioration de l'ouvrage ni d'enrichissement, n'exige que la reprise ponctuelle des désordres principaux et consécutifs. Elle fait valoir que les bâtiments examinés par l'expert en 2002 n'avaient jamais été repeints depuis leur réception en 1996. Elle considère donc que sont seules couvertes les reprises des fissures en façade (soit 4.556.000 FCFP) à l'exclusion des travaux de peinture (soit 3.913.000 FCFP).

Sur l'échafaudage (soit 2.270.90 FCFP), elle prétend qu'il s'agit d'un coût commun à la reprise de divers désordres dont seules les reprises de fissures en façade relèvent de l'assurance. Elle prétend en conséquence qu'un compte prorata devra être établi pour être mis à la charge de l'assurance décennale et que celui-ci ne devra pas excéder 1/10^e du coût.

Enfin, elle soutient que les désordres affectent trois bâtiments en sorte que par application de l'article 5 des conditions particulières de l'assurance multirisque construction la franchise est opposable au maître de l'ouvrage s'établissant à 3.000.000 FCFP.

Aux termes de ses conclusions en date du 30 août 2007, la SARL ENTREPRISE Z demande à la Cour de :

- déclarer irrecevables les demandes de la SIC faute de justification de sa déclaration de créances au passif de la Sarl MADURA,

Subsidiairement

- constater que la SIC ne fournit aucune information quant à l'évolution des désordres et ses interventions éventuelles sur l'ensemble immobilier depuis 2002,

- juger que les désordres relatifs au nez de marche ne relèvent pas de la garantie décennale et ne peuvent donc lui être imputés sur le fondement de l'article 1792 du Code Civil,

- juger que les désordres portant sur la reprise des toitures, les entrées d'eau depuis les jardinières supérieures, les peintures en façade et l'échafaudage ne relèvent pas de sa responsabilité,

à titre subsidiaire, sur les entrées d'eau depuis les jardinières

- limiter à 30 % de l'évaluation du coût des reprises faites par l'expert sa responsabilité dans la survenance de ce désordre,

- limiter à 80 % de l'évaluation du coût des reprises faites par l'expert sa responsabilité dans la survenance du désordre relatif aux peintures en façade,

- constater l'absence de justifications concernant la demande portant sur les fissures et peintures intérieures,

- dire que les créances mises à sa charge devront être garanties par AXA ASSURANCES,

- débouter la SIC de toutes ses demandes à son encontre,

- condamner la SIC à lui payer la somme de 300.000 F.CFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie.

Elle souligne que la SIC savait que les deux sociétés avaient des gérants communs et qu'elle a accepté cette situation. Elle ajoute que la SIC ne démontre pas la nature des liens croisés indissociables entre les deux sociétés à l'occasion de la réalisation du programme. En outre, elle considère que la Sarl MADURA n'a pas donné suite aux recommandations du Cabinet ARCHI 13 en lui donnant des instructions précises, précisant que la SIC ne démontre pas qu'elle ait fait obstacle à la réalisation de la mission du maître d'ouvrage. Enfin, elle soutient que la SIC ne l'a pas mise en demeure de remédier aux désordres.

Sur les désordres

- Sur la reprise des nez de marche, elle prétend comme la Compagnie AXA que ces désordres qui portent sur un élément amovible ne relèvent pas de la garantie décennale. Elle ajoute que la réception sur ces éléments s'est faite sans réserve. Elle conclut donc au rejet de ce chef de demande.

- Sur les reprises en toiture, elle prétend, n'ayant pas assuré la réalisation de ce lot, qu'elle n'est pas concernée par ces désordres,

- Sur les entrées d'eaux depuis les jardinières supérieures, elle fait valoir que l'expert note que ces désordres, liés aux entrées d'eaux depuis les supports des jardinières du niveau supérieur affectant les séjours, trouvent leur origine dans l'absence de prescription lors du choix du principe de la réalisation, à savoir la pose des jardinières sur consoles en continuité des planchers intérieurs. Elle considère que, n'étant pas impliquée dans ce choix et en qualité d'exécutante, elle ne peut être reconnue responsable. Subsidiairement, elle soutient que sa responsabilité ne peut être engagée qu'à hauteur de 30 % puisqu'elle n'avait en charge que la réalisation et que ce qui est en cause c'est la conception. Elle ajoute qu'Axa devra sa garantie.

- Sur les fissures extérieures, elle considère que sa responsabilité ne peut être engagée qu'à hauteur de 80 % et qu'également AXA devra sa garantie.

- Sur les peintures et l'échafaudage, elle fait siennes les observations d'Axa,

- Sur les fissures et peintures intérieures, elle considère que ces demandes doivent être rejetées en l'absence de précision de la SIC.

Dans un dernier jeu d'écritures du 10 avril 2007, la SIC qui soutient que la Sarl ENTREPRISE Z témoigne d'une défense dilatoire en prétendant qu'elle n'a pas produit sa créance au passif de la Sarl MADURA, verse sa déclaration de créance aux débats.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1 - Sur la recevabilité de l'action à l'encontre de la SELARL Y, ès-qualités et de la demande en fixation de la créance de la SIC dans la liquidation judiciaire de la Sarl MADURA

La victime d'un dommage a un droit exclusif sur l'indemnité due par l'assureur de l'auteur et n'est pas tenue de se soumettre à la vérification des créances pour faire connaître dans son principe et dans son étendue la responsabilité de l'assuré en liquidation de biens et pour en demander paiement à l'assureur par voie d'action directe.

Cependant, dès lors qu'il est demandé de statuer sur la responsabilité de l'assuré et sur un partage de responsabilité entre les participants à l'acte de construire, l'exercice de l'action directe par la victime exige la mise en cause de l'assuré, auteur du prétendu dommage ou de ses ayants droits à l'effet de fixer contradictoirement l'indemnité due par l'assureur.

En l'espèce, la SIC demande qu'il soit statué sur la responsabilité de la Sarl MADURA et la Sarl ENTREPRISE Z sollicite un partage de responsabilité.

Dans ces conditions, il y a lieu de déclarer recevable l'action engagée à l'encontre de la SELARL Y, ès-qualités.

Par ailleurs, les désordres étant la conséquence du contrat conclu avant l'ouverture de la procédure collective, il y a lieu fixer la créance de la SIC régulièrement déclarée, dans la liquidation judiciaire de la Sarl MADURA.

2 : Sur les rapports contractuels :

Il convient de rappeler qu'en Nouvelle-Calédonie l'article 1792 du code civil s'applique dans sa rédaction d'origine, les lois n° 67-3 du 3 janvier 1967 et n° 78 du 4 janvier 1978 n'ayant pas été étendues.

Il résulte cependant de l'article 6 du contrat de maîtrise d'œuvre passé entre la Sarl MADURA et la SIC que les parties ont entendu soumettre le contrat aux articles 1792-1, 2,3 et 4 ainsi que 1792-6 du Code civil, articles créés par la loi de 1978 ; qu'il s'en déduit nécessairement qu'elles ont soumis leurs rapports au code métropolitain ;

Il résulte ensuite de l'article 1er des conditions spéciales du contrat d'assurance que la Sarl MADURA et la Compagnie d'Assurances UAP (devenue AXA) se sont soumises aux dispositions des articles 1792 et 2270 dans leur rédaction résultant de la loi 1967.

3 : Sur la nature et l'imputabilité des désordres

Les désordres consistent en des malfaçons en nez de marche, des infiltrations d'eau en cueillies des façades des séjours, des fissurations des maçonneries entraînant des entrées d'eau et des défauts étanchéité d'ouvrages.

L'expert mentionne dans son rapport complet et circonstancié que les désordres atteignent les éléments constitutifs de l'immeuble et qu'ils n'ont pu apparaître qu'à l'usage pour les nez de marche d'escaliers communs et après stabilisation des maçonneries pour les fissurations diverses. Il ajoute qu'ils n'étaient donc pas apparents lors de la réception des immeubles. Il mentionne qu'il en est de même pour les désordres constatés en toiture.

L'ensemble de ces désordres non apparent au moment de la réception constitue en conséquence des atteintes à la solidité des immeubles ou les rendant impropres à leur destination.

S'agissant des désordres affectant les nez de marche, l'expert précise qu'ils affectent le support lui-même sur lequel sont posés les nez de marche, support qui ne présente pas les qualités requises pour une bonne adhérence compte tenu des joints entre les carreaux.

Dès lors que le désordre atteint le support et non la partie amovible, tant la compagnie d'assurances que la Sarl Z ne peuvent invoquer qu'ils sont dissociables et qu'ils ne seraient de ce fait pas garantis.

S'agissant des désordres affectant les jardinières, il résulte de l'expertise qu'elles sont solidaires des maçonneries en allège, que les désordres affectent les éléments constitutifs de l'immeuble en ce qu'elles n'ont pas été équipées d'un système étanche limitant les effets de l'arrosage.

S'agissant de l'imputabilité, le maître d'œuvre est comptable des choix des matériaux et des options qu'il opère. De même, l'entrepreneur doit émettre des réserves et refuser de réaliser les travaux s'il considère qu'ils ne sont pas conformes aux règles de l'art. A défaut, il doit être considéré comme ayant contribué à l'entier dommage avec le maître d'œuvre.

En l'espèce, la Sarl ENTREPRISE Z a exécuté les travaux litigieux, à l'exception de la toiture, sans émettre une quelconque réserve.

L'expert note précisément que :

- les désordres affectant les nez de marche, les infiltrations en cueillies, les infiltrations depuis les jardinières et les fissurations des allèges trouvent leur origine dans la conception de l'ouvrage ; dès lors, la responsabilité de ce mauvais choix revient tant à la Sarl MADURA qu'à l'ENTREPRISE Z,

- les fissurations des maçonneries trouvent leur origine dans la phase de réalisation. Les deux entreprises étant intervenues, celles-ci sont entièrement responsables de ce dommage.

En revanche, en ce qui concerne l'étanchéité des toitures, la Sarl ENTREPRISE Z n'étant pas intervenue à cet acte, ce désordre n'est imputable qu'à la seule Sarl MADURA.

4 - Sur les coûts des travaux de reprise ou de réfection

L'expert a chiffré les coûts des travaux de reprise comme suit :

- reprise des nez de marche.....6.745.200 FCFP,
- dépose et repose des jardinières.....3.000.000 FCFP,
- échafaudage.....2.270.800 FCFP,
- étanchéité sur consoles.....14.400.700 FCFP,
- fissures extérieures.....4.556.000 FCFP,

- peinture des façades.....3.913.000 FCFP,
- fissures et peintures intérieures.....1.571.700 FCFP,

Soit au total la somme de 36.457.200 FCFP outre le coût des travaux de toiture à hauteur de 967.000 FCFP.

Les coûts des travaux s'élèvent donc à la somme totale de 37.424.200 FCFP.

Les solutions préconisées par l'expert précises et circonstanciées n'étant pas sérieusement discutées, il convient de les retenir.

5 - Sur les demandes formées par la SIC à l'encontre de la Sarl ENTREPRISE Z

La SIC justifiant de sa déclaration de créance dans la liquidation judiciaire de la Sarl MADURA, la Sarl ENTREPRISE Z ne peut lui opposer l'exception tirée de la non déclaration de créance.

La SIC qui a acquis ses droits de la Sarl MADURA, est subrogée à celle-ci dans ses actions en justice.

Le seul fait que monsieur Z était à la fois le gérant de la Sarl MADURA et de la Sarl ENTREPRISE Z ne permet pas d'établir que ces deux sociétés appartiennent à la même entité et que la Sarl ENTREPRISE Z se serait comportée tout comme la Sarl MADURA en qualité de maître d'œuvre.

Toutefois la SIC est fondée à rechercher la responsabilité de la Sarl ENTREPRISE Z en sa qualité de titulaire du marché de gros-œuvre.

Cependant, elle n'est pas fondée à prétendre que la Sarl ENTREPRISE Z devrait répondre de la garantie sur le fondement des dispositions des articles 1792 et suivants du Code Civil dans leur version résultant de la loi n° 78 du 4 janvier 1978 non applicable en Nouvelle-Calédonie aux motifs de l'extension conventionnelle prévue par le contrat de maîtrise d'œuvre, dans la mesure où, vu l'effet relatif des contrats, cette extension n'est pas opposable aux autres parties.

Dès lors, les demandes formées sur ce fondement à l'encontre de la Sarl ENTREPRISE Z doivent être examinées au regard des seuls textes applicables.

L'article 1792 du Code Civil dans sa version originale applicable en Nouvelle-Calédonie dispose "si l'édifice construit à prix fait périclite en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans"

En l'espèce, la Sarl ENTREPRISE Z, entrepreneur, a réalisé le gros oeuvre. La réception des travaux intervenue sans réserve, a été prononcée le 1er août 1996 pour la tranche des bâtiments B1 à B 5 et avec réserves le 19 décembre 1996 pour la tranche des bâtiments C1 et C2. Le 27 février 1998, la SIC signait le procès-verbal de levée de réserves sur l'ensemble des bâtiments avec la Sarl MADURA de sorte que pour les bâtiments C1 et C2 la réception est intervenue à cette date.

L'action a été engagée le 4 mai 2005, soit dans les dix ans des réceptions.

En conséquence, les demandes de la SIC à l'encontre de la Sarl ENTREPRISE Z, entrepreneur, doivent être déclarées fondées en ce qui concerne les désordres affectant le gros œuvre.

En ce qui concerne les nez de marches, la faute de l'entrepreneur étant rapportée dans la réalisation du support, elle doit être déclarée également responsable en application du droit commun.

Il en est de même pour les consoles et jardinières, celles-ci n'ayant pas été équipées d'un système étanche limitant les effets de l'arrosage ou encore aucune protection n'ayant été mise en œuvre sur les consoles à la jonction.

En outre, cette société doit entière réparation à l'appelante des désordres résultant des travaux réalisés par elle, le principe de la réparation intégrale s'opposant en effet à ce qu'une partie du coût des reprises nécessaires soit laissée à la charge de la victime. Dès lors, le moyen selon la SIC ne donne aucun élément sur l'évolution des désordres ou sur le fait qu'ils ont pu être réparés est inopérant.

Il ressort donc des motivations ci-dessus développées que la Sarl ENTREPRISE Z devra réparation à la SIC à hauteur de 36.457.200 FCFP.

6 - Sur la fixation de la créance de la SIC dans la liquidation judiciaire de Sarl MADURA

La Sarl MADURA, qui a été chargée d'une mission complète de maîtrise d'oeuvre, doit donc être déclarée entièrement responsable de tous les désordres par application de l'article 1792 du Code Civil résultant de la loi de 1978 applicable conventionnellement en ce que les désordres affectent la solidité des immeubles ou les rendent impropres à leur destination.

En conséquence, il y a lieu de fixer la créance de la SIC dans la liquidation judiciaire à la somme de 37.424.200 FCFP.

7 - Sur les demandes dirigées par la SIC à l'encontre d'AXA ASSURANCES

Il résulte des conclusions de la SIC subrogée dans les droits de la Sarl MADURA qu'elle entend faire jouer les garanties de l'assurance multirisque construction conclue entre la SARL MADURA et la Compagnie d'Assurances UAP devenue AXA ASSURANCES et plus particulièrement "les conditions spéciales D - la responsabilité décennale- Nouvelle-Calédonie".

En l'espèce, il ressort des conditions spéciales D, responsabilité décennale que ce sont les articles 1792 et 2270 du code civil résultant de la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 qui doivent s'appliquer et non comme inexactement mentionnés par la SIC les articles 1792 et suivants du Code Civil métropolitain.

Aux termes de ces articles, les locateurs d'ouvrage sont tenus à compter de la réception des travaux d'une garantie de dix ans pour les vices de constructions affectant les gros ouvrages soit qui portent atteinte à la solidité de l'édifice soit qui le rendent impropre à sa destination.

Pour les mêmes motifs que pour la Sarl ENTREPRISE Z, il y a lieu de constater que l'action a été engagée dans les dix ans.

Egalement, il résulte des motivations ci-dessus développées que les malfaçons affectant les immeubles portent atteinte à la solidité des immeubles ou qu'elles rendent ceux-ci impropres à leur destination (§2 alinéa 2).

Par ailleurs, n'est pas opposable à la SIC, en application de l'article 5-3 des conditions spéciales D du contrat (responsabilité décennale), la franchise indiquée aux conditions particulières.

Aux termes de l'article 5-2 des conditions susvisées, si l'assuré est déchu de tout droit à garantie en cas d'inobservation volontaire ou inexcusable par lui des règles de l'art, cette déchéance n'est pas opposable aux bénéficiaires des indemnités comme en l'espèce la SIC. Dès lors, en ce qui concerne le désordre affectant les jardinières, la compagnie d'assurances ne peut invoquer le moyen selon lequel la Sarl MADURA n'aurait pas effectué tous les travaux pour parfaire leur réalisation et dont l'absence d'exécution a entraîné des dommages à l'ouvrage.

En outre, il ne ressort pas de l'analyse du rapport que ce désordre ait causé des infiltrations dont il est demandé la réparation. L'expert indique en effet que les travaux des reprises s'établissent comme suit :

- dépose et repose des jardinières.....3.000.000 FCFP

- étanchéités sur consoles.....14.400.000 FCFP.

En conséquence, la compagnie d'assurances n'est pas fondée à se prévaloir des exceptions de garantie prévues aux clauses 4.6 et 4.8 des conditions spéciales D.

En outre, en ce qui concerne les reprises en toiture, il ne résulte pas de la clause 1 de l'avenant que le souscripteur devait fournir le rapport du bureau d'étude à peine d'exclusion. En conséquence, AXA n'est pas fondée à prétendre que ces reprises ne sont pas garanties.

De plus, le principe de la réparation intégrale s'oppose à ce qu'une partie du coût des travaux de reprise soit laissée à la charge de la victime. La réfection totale étant nécessaire, il n'y a dès lors pas lieu de procéder à un quelconque abattement pour vétusté pour les peintures en façade ou établir un compte prorata pour l'échafaudage nécessaire pour y procéder. Ces moyens apparaissent dès lors inopérants.

Cependant, le lot carrelage en parties communes ayant été omis dans la déclaration du risque assuré, il y a lieu d'appliquer la règle proportionnelle en application des dispositions de l'article L113-9 du Code des Assurances selon la formule suivante :

Indemnité x taux de la cotisation payée

Taux de cotisation due

S'agissant des intérêts, c'est au moment de la réalisation du risque que l'assureur doit payer l'indemnité dont il est tenu en vertu du contrat. Or la réalisation du risque intervient le

jour de la décision. En conséquence, les sommes dues par la Compagnie d'Assurances AXA porteront intérêt au taux légal à compter de l'arrêt.

Il en sera de même pour l'entreprise Z en application des dispositions de l'article 1153-1 du Code Civil.

Il résulte donc de l'ensemble de ces motivations que :

- la Sarl ENTREPRISE Z et la Compagnie d'Assurances AXA doivent être condamnées in solidum à payer à la SIC la somme de 36.457.200 FCFP avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

- la Compagnie d'Assurances AXA au titre de sa garantie doit être condamnée à payer à la SIC la somme de 967.000 FCFP avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

- la règle proportionnelle ci-dessus mentionnée doit s'appliquer à la garantie due par l'assureur.

8 - Sur les demandes subsidiaires de la Sarl ENTREPRISE Z

La Sarl ENTREPRISE Z n'étant pas assurée auprès d'AXA ASSURANCES ne peut se prévaloir de la garantie du contrat d'assurances.

Il ressort des motivations ci-dessus développées que l'imputabilité des désordres incombe à part égale aux deux sociétés à l'exception de ceux résultant de la toiture pour la Sarl ENTREPRISE Z.

Dans ces conditions, la part de la responsabilité de la Sarl ENTREPRISE Z doit être fixée à concurrence de 50 % des désordres à l'exception de ceux résultant du défaut d'étanchéité de la toiture.

9 - Sur les frais irrépétibles

L'équité commande d'allouer à la SIC la somme de 400.000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de Nouvelle-Calédonie, indemnité que AXA ASSURANCES et la Sarl ENTREPRISE Z seront condamnées in solidum à lui verser.

En revanche, les frais irrépétibles seront laissés à la charge des autres parties.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare l'appel recevable ;

Infirme le jugement en toutes ses dispositions ;

Et statuant à nouveau,

Déclare recevables l'action de la S.A.E.M Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie engagée à l'encontre de la SELARL Marie-Laure GASTAUD, ès qualités, et la demande en

fixation de la créance de la SIC régulièrement déclarée, dans la liquidation judiciaire de la Sarl MADURA ;

Dit que les sociétés MADURA et ENTREPRISE Z sont responsables des désordres à l'exception de l'étanchéité des toitures dont la responsabilité incombe à la seule Sarl MADURA ;

Evalue la reprise des désordres aux sommes suivantes :

- reprise des nez de marche.....6.745.200 FCFP,
- dépose et repose des jardinières.....3.000.000 FCFP,
- échafaudage.....2.270.800 FCFP,
- étanchéité sur consoles.....14.400.700 FCFP,
- fissures extérieures.....4.556.000 FCFP,
- peinture des façades.....3.913.000 FCFP,
- fissures et peintures intérieures.....1.571.700 FCFP,
- toitures.....967.000 FCFP ;

Fixe à la somme de trente sept millions quatre cent vingt quatre mille deux cent (37.424.200) F.CFP la créance de la S.A.E.M. Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie dans la liquidation judiciaire de la Sarl MADURA ;

Condamne in solidum la Compagnie d'Assurances AXA et la Sarl ENTREPRISE Z, prise en la personne de leurs représentants légaux, à payer à la S.A.E.M Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie, prise en la personne de son représentant légal, la somme de trente six millions quatre cent cinquante sept mille deux cent (36.457.200) FCFP ;

Dit que sur les indemnités dues par la Compagnie d'Assurances AXA, ès-qualités d'assureur de la Sarl MADURA, il y a lieu d'appliquer la règle proportionnelle selon la formule :

Indemnité x taux de la cotisation payée

Taux de cotisation due

Condamne la Compagnie d'Assurances AXA, prise en la personne de son représentant légal, à payer à la S.A.E.M Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie, prise en la personne de son représentant légal, la somme de neuf cent soixante sept mille (967.000) F.CFP à laquelle il y aura lieu d'appliquer pour la Compagnie d'Assurances AXA la règle proportionnelle ci-dessus ;

Dit que les sommes allouées porteront intérêts au taux légal à compter de ce jour ;

Fixe la part de responsabilité de la Sarl ENTREPRISE Z à concurrence de 50 % des désordres à l'exception de ceux résultant du défaut d'étanchéité de la toiture ;

Déboute la Sarl ENTREPRISE Z de sa demande en garantie à l'encontre d'AXA ASSURANCES ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires ;

Condamne in solidum la Compagnie d'Assurances AXA et la Sarl ENTREPRISE Z, prise en la personne de leurs représentants légaux, à payer à la S.A.E.M. Société Immobilière de Nouvelle-Calédonie, prise en la personne de son représentant légal, la somme de quatre cent mille (400.000) F.CFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile de la Nouvelle-Calédonie ;

Déboute la Compagnie d'Assurances AXA, la Sarl ENTREPRISE Z et la SELARL Y, ès-qualités, de leur demande formée au titre des frais irrépétibles ;

Condamne in solidum la Compagnie d'Assurances AXA et la Sarl ENTREPRISE Z aux dépens de première instance et d'appel dont distraction au profit de Maître ARNON, sur ses affirmations de droit.

Et signé par Jean-Michel STOLTZ, Président, et par Mickaela NIUMELE, Greffier présent lors de la remise du dossier avec l'arrêt au greffe.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT