

-Arrêt civil-

Audience publique du neuf octobre deux mille huit.

Numéros 32596 et 32680 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,
Monique BETZ, premier conseiller,
Sandra MANGEN, greffier assumé.

I.

Entre:

A.), demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.) S.A.**

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 1^{er} mars 2007 et d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date des 5 et 6 mars 2007,

comparant par Maître Roger NOTHAR, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

1) **B.),** employé privé, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 6 mars 2007,

comparant par Maître Gérard A. TURPEL, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) **la société anonyme SOC.1.),** liquidée, ayant été établie et ayant eu son siège social à (...), représentée par son liquidateur Monsieur **C.),** indépendant, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit MERTZIG du 5 mars 2007,

comparant par Maître Paul DIESCHBOURG, avocat à la Cour à Luxembourg,

3) **C.)**, commerçant, demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé et/ou liquidateur de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.,

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 5 mars 2007,

comparant par Maître Paul DIESCHBOURG, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) **D.)**, commerçant, demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.,

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 5 mars 2007,

comparant par Maître Paul DIESCHBOURG, avocat à la Cour à Luxembourg,

5) **E.)**, commerçant, faisant le commerce sous l'enseigne **SOC.2.)**, successeur **E.)**, établi à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

6) **la société anonyme SOC.3.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), ayant repris l'activité de Monsieur **E.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

7) **la société à responsabilité limitée CONSTRUCTION A.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

Entre:

1) **la société anonyme SOC.1.)**, liquidée, ayant été établie et ayant eu son siège social à (...), représentée par son liquidateur Monsieur **C.)**, indépendant, demeurant à L-(...),

2) **C.)**, commerçant, demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé et/ou liquidateur de la société anonyme **SOC.1.) S.A.**,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 16 mars 2007,

comparant par Maître Paul DIESCHBOURG, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

1) **B.)**, employé privé, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Gérard A. TURPEL, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) **E.)**, commerçant, faisant le commerce sous l'enseigne **SOC.2.)**, successeur **E.)**, établi à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

3) **la société anonyme SOC.3.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), ayant repris l'activité de Monsieur **E.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) **la société à responsabilité limitée CONSTRUCTION A.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour à Luxembourg.

5) **A.)**, demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Roger NOTHAR, avocat à la Cour à Luxembourg,

6) **D.)**, commerçant, demeurant à L-(...), en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.,

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Paul DIESCHBOURG, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploits d'huissier des 10 et 16 février 2004 **B.)** a fait comparaître la société anonyme **SOC.1.)**, la société à responsabilité limitée Entreprise de Construction **A.)** et Cie, **E.)**, faisant le commerce sous l'enseigne "**SOC.2.)**, successeur **E.)**, **C.)**, commerçant, en sa qualité d'associé et/ou liquidateur de la société anonyme **SOC.1.)**, **A.)**, entrepreneur, en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.)** et **D.)**, commerçant, en sa qualité d'associé de la société anonyme **SOC.1.)**, devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, à payer au demandeur la somme de 27.472,96 euros en réparation des malfaçons affectant sa maison.

Par requête d'avoué du 26 novembre 2004 la société anonyme **SOC.3.)**, ayant repris l'activité de **E.)**, a déclaré intervenir volontairement dans le litige.

B.) a exposé dans sa demande que suivant contrat d'entreprise conclu entre parties le 10 juillet 1996, la société **SOC.1.)** s'est engagée à réaliser la construction d'un immeuble sur un terrain sis à (...); que les travaux effectués, réalisés par les sous-traitants Entreprise de Construction **A.)** et **E.)**, sont affectés de nombreuses malfaçons, inexécutions et non conformités, le coût des travaux de remise en état étant estimé dans un rapport d'expertise Robert Kousmann du 6 mars 2002 à 22.472,96 euros, montant auquel il y a lieu d'ajouter la somme de 5.000.- euros à titre de dommages et intérêts pour diminution de jouissance.

Selon **B.)**, la société **SOC.1.)** a été mise en liquidation et le 2 mars 1999 l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires a prononcé la clôture de la liquidation alors pourtant que les revendications du requérant étaient préexistantes et le délai de la garantie décennale non encore expiré. Il a conclu à la responsabilité de **C.)** en sa

qualité de liquidateur de la société et à celle de **A.)** et de **D.)** en leurs qualités d'associés de la société ayant voté la clôture de la liquidation.

Dans un jugement du 14 juin 2005, non appelé, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande et a rejeté différents moyens d'irrecevabilité.

Dans un jugement du 4 avril 2006 le tribunal a dit que la demande de **B.)** dirigée contre la société **SOC.1.)** n'est pas forclosée, que la société **SOC.1.)** et **B.)** sont liés par un contrat d'entreprise, que la responsabilité régissant les rapports entre **B.)** et **C.)**, **A.)**, **D.)**, la société Entreprise de Construction **A.)** et **E.)** est de nature délictuelle et que la responsabilité régissant les rapports entre la société liquidée **SOC.1.)** et la société Entreprise de Construction **A.)** et **E.)** est de nature contractuelle.

Par jugement du 19 décembre 2006 le tribunal a condamné la société anonyme **SOC.1.)**, **C.)** et **A.)** in solidum à payer à **B.)** la somme de 21.891,95 euros avec les intérêts légaux à partir de l'assignation jusqu'à solde et augmentation du taux légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jugement, a déclaré non fondée la demande de **B.)** contre **D.)**, **E.)** et la société à responsabilité limitée Entreprise de Construction **A.)**, a dit irrecevable la demande en garantie dirigée par la société anonyme **SOC.1.)** contre ses sous-traitants Entreprise de Construction **A.)** et **E.)** et non fondée la demande en garantie dirigée par **C.)** contre les mêmes parties.

Ce jugement a été signifié le 5 février 2007 à la société **SOC.1.)**, à **A.)** et à **C.)**.

Par exploits d'huissier des 1^{er}, 5 et 6 mars 2007 **A.)** a relevé appel de ce jugement. La société anonyme **SOC.1.)** et **C.)** ont, par exploit d'huissier du 16 mars 2007, relevé appel des jugements du 4 avril 2006 et du 19 décembre 2006.

La société **SOC.3.)** et **E.)** opposent l'irrecevabilité de l'appel de la société **SOC.1.)** pour absence de capacité d'agir. Ces parties soutiennent que la société **SOC.1.)** liquidée est dissoute et ne peut donc plus agir en justice.

Ce moyen n'est pas fondé. En effet une société dissoute qui est assignée en justice peut se défendre et dans le cadre de cette défense elle peut relever appel d'un jugement qui lui cause grief.

Les mêmes parties concluent à l'irrecevabilité de l'appel pour libellé obscur de l'acte d'appel. Elles soutiennent que celui-ci ne contient aucun exposé justifiant le recours à l'encontre de la société **SOC.3.)** et de **E.)**, se limitant à faire allusion aux sous-traitants sans indiquer les griefs qu'ils ont à l'encontre de chacun d'eux et en dirigeant l'appel contre les sous-traitants sans la moindre distinction. Selon ces parties cette manière de procéder préjudicie à leurs intérêts étant donné qu'ils sont dans l'impossibilité de présenter des moyens de défense utiles.

Dans le jugement entrepris la demande de **B.)** contre les sous-traitants a été déclarée non fondée au motif qu'une responsabilité des sous-traitants à l'égard de **B.)** est de nature délictuelle et que celui-ci doit établir à leur encontre une faute délictuelle indépendante et détachable des contrats d'entreprise liant les sous-traitants au promoteur.

La demande en garantie de **C.)** envers les sous-traitants a été déclarée non fondée au motif que **C.)** invoque, à l'instar de **B.)**, une inexécution fautive de leur mission de construction dans le chef des intervenants et non pas une faute purement délictuelle.

Dans leur acte d'appel la société **SOC.1.)** et **C.)** déclarent appeler le jugement en ce que les premiers juges ont déclaré l'action directe exercée par **B.)** contre les sous-traitants non fondée, alors qu'en ne respectant pas les règles de l'art au moment de l'exécution de certains travaux, ceux-ci ont causé un préjudice certain à **B.)**. Ils disent ensuite que les premiers juges ont à tort décidé que **C.)** n'avait pas rapporté la preuve d'une faute purement délictuelle dans le chef des sous-traitants.

Il ressort avec suffisamment de clarté de ce libellé que les appelants reprochent aux premiers juges d'avoir dit que dans le cadre d'une responsabilité délictuelle de sous-traitants on ne peut invoquer à leur encontre qu'une faute indépendante et détachable du contrat les liant au promoteur. La société **SOC.3.)** et **E.)** ne se sont d'ailleurs pas mépris à ce sujet étant donné qu'au fond ils concluent à la confirmation du jugement sur ce point, contestant en ordre subsidiaire avoir commis de faute dans l'exécution des travaux leur confiés.

Le moyen n'est donc pas fondé.

La société **SOC.3.)** et **E.)** déclarent enfin se rapporter à prudence de justice concernant le reproche fait par la société **SOC.1.)** et **C.)** aux premiers juges d'avoir rejeté l'action directe de **B.)** contre les sous-traitants, faisant observer que nul ne plaide par procureur.

Cette contestation est fondée pour le motif invoqué et ce reproche ne sera pas examiné dans le cadre de l'appel de la société **SOC.1.)** et de **C.)**.

Il y a lieu de toiser en premier lieu l'appel contre le jugement du 4 avril 2006 qui est entrepris en ce qu'il a dit que **B.)** et la société **SOC.1.)** sont liés par un contrat d'entreprise.

La société **SOC.1.)** et **C.)** reprochent aux premiers juges d'avoir retenu la qualification de contrat d'entreprise sur base de la seule circonstance que **B.)** a chargé la société **SOC.1.)** de la réalisation d'une maison sur un terrain lui appartenant et sur base d'un projet dressé par un architecte rémunéré par lui. Ces parties font valoir que la société **SOC.1.)** s'était engagée envers **B.)** de faire construire une maison dans un délai déterminé et pour un prix tout compris, payable moyennant des versements à effectuer avant l'achèvement des travaux, que les pouvoirs de maître de l'ouvrage sont restés auprès de la société **SOC.1.)** qui, selon l'article 3 du contrat, avait le droit de refuser les modifications demandées par les époux **B.)** si elles étaient incompatibles avec les règles de l'art, les époux **B.)** n'ayant d'autre part eu, conformément au cahier des charges, le droit de faire apporter des changements qu'à l'intérieur des locaux.

Ces parties appelantes concluent partant à la requalification du contrat en vente d'immeuble à construire laquelle est, selon elles, soumise au bref délai de l'article 1648 du code civil, non respecté en l'espèce, de sorte que **B.)** est forclos à agir.

La société Entreprise de Construction **A.)** et **A.)** se rallient à ses conclusions.

L'application des dispositions de la loi du 28 décembre 1976, qui a introduit dans le code civil les articles 1601-1 et suivants, exige la réunion de trois conditions: il faut que l'immeuble faisant l'objet du contrat soit un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, que le vendeur se soit réservé les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à l'achèvement des travaux de construction et enfin que le prix soit stipulé payable pendant la période de construction (Elter et Schockweiler, Copropriété des immeubles bâtis et ventes d'immeubles à construire, nos 191 et suivants).

En l'espèce la première et la troisième de ces conditions sont remplies, la discussion ne portant que sur la qualité de maître de l'ouvrage.

Pour que la loi trouve application il n'est pas nécessaire que le vendeur se soit expressément réservé les pouvoirs de maître de l'ouvrage et du moment que l'objet du contrat se trouve prédéterminé par le vendeur, que celui-ci se charge de la construction et promet la livraison au client, il faut en déduire qu'il s'est implicitement réservé les pouvoirs de maître de l'ouvrage.

Dans l'exposé des motifs de la loi du 28 septembre 1976 il est dit à ce sujet (Doc. parl. 1637, p.7) *"La notion d'entreprise suppose une commande de l'ouvrage à l'entrepreneur. Or en l'espèce l'ouvrage est déterminé par le constructeur dans toutes ses caractéristiques qu'il n'est pas au pouvoir du client de modifier. Le soi-disant constructeur-entrepreneur ne fait que promettre la livraison de l'ouvrage qu'il a lui-même déterminé d'après ses propres plans. Le client ne peut intervenir d'aucune façon dans l'exécution de l'ouvrage (sauf sur des aspects secondaires d'aménagement intérieur – Rapport de la commission juridique D.p. 1637³, p.4) et n'a qu'à attendre la réalisation définitive de la construction et à payer les versements forfaitaires au fur et à mesure de l'avancement des travaux."*

En page 11 du cahier des charges, invoqué par la société **SOC.1.)** et **C.)**, il est dit que les époux **B.)** peuvent apporter des changements à l'intérieur des locaux, mais il n'y est pas dit qu'ils ne peuvent le faire qu'à l'intérieur des locaux.

L'article 3 du contrat prévoit que "si le maître de l'ouvrage souhaite modifier les plans ou s'il désire d'autres matériaux que ceux décrits dans le 'cahier des charges', il sera tenu d'avertir à temps l'entrepreneur des modifications souhaitées, afin de ne pas perturber le schéma de travail. Si le promoteur estime qu'il est en mesure d'apporter les modifications souhaitées et que ces modifications ne sont pas incompatibles avec les règles de l'art, il soumettra au maître de l'ouvrage le prix de ces travaux."

Il résulte de cette disposition que les époux **B.)** peuvent demander des modifications, lesquelles seront acceptées par l'entrepreneur, sauf s'il estime qu'il n'est pas en mesure d'effectuer ces travaux où s'ils sont incompatibles avec les règles de l'art, hypothèses dans lesquelles tout entrepreneur doit refuser les travaux.

Dans l'article 7 du contrat il est dit:

"Si le maître de l'ouvrage impose au promoteur des matériaux d'une qualité, origine ou type déterminé, et ce en dépit des réserves écrites et motivées de l'entrepreneur, ce dernier est déchargé de toute responsabilité du fait des défauts ayant pour origine le choix dudit procédé

Si un bureau d'études ou ingénieur spécialisés lui sont nommément imposés dans le cahier des charges, le promoteur n'assume aucune responsabilité du chef d'une erreur dans la conception

...

Pour être valables les communications entre le maître de l'ouvrage et le promoteur relatives à l'exécution des travaux devront être faites par écrit. Le promoteur peut toutefois apporter la preuve des modifications éventuellement ordonnées par le maître de l'ouvrage, par toutes autres voies de droit. Les travaux commandés par le maître de l'ouvrage sont exécutés par le promoteur ou pour son compte sous sa responsabilité. Si le maître de l'ouvrage se charge lui-même, charge un tiers de tout ou partie des travaux prévus ou renonce en tout ou partie à l'exécution des travaux"

Il résulte de ces dispositions que les pouvoirs de maître de l'ouvrage sont restés auprès des époux **B.)** et c'est donc à bon droit que le contrat litigieux a été qualifié de contrat d'entreprise.

De toute façon ces appelants se trompent en admettant qu'après requalification du contrat en vente en l'état futur d'achèvement ils peuvent se prévaloir d'une inobservation du bref délai de l'article 1648 du code civil.

En effet, dans les ventes d'un immeuble en l'état futur d'achèvement la garantie des défauts de la chose vendue est régie par les articles 1642-1 et 1646-1 du code civil et non pas par l'article 1648 du même code (Cass. 6.7.2006, P. 33,231).

L'appel dirigé contre le jugement du 4 avril 2006 n'est pas fondé.

A l'appui de leur appel contre le jugement du 19 décembre 2006 la société **SOC.1.)** et **C.)** reprochent aux premiers juges d'avoir retenu leur responsabilité sur base des articles 1792 et 2270 du code civil alors que, selon eux, les vices répertoriés par l'expert doivent être qualifiés de vices affectant des menus ouvrages.

Les vices répertoriés par l'expert Robert Kousmann pour lesquels les premiers juges ont retenu l'application des articles 1792 et 2270 du code civil affectent le carrelage de la terrasse côté jardin et de l'escalier menant de la terrasse vers le jardin, ainsi que la façade sous la terrasse.

La façade ainsi que les carrelages extérieurs rangent parmi les gros ouvrages et ce moyen d'appel n'est pas fondé.

Les premiers juges ont retenu la responsabilité de la société liquidée **SOC.1.)** en sa qualité de promoteur et le jugement n'est pas entrepris sur ce point.

A l'appui de sa demande dirigée contre **C.), A.)** et **D.), B.)** a reproché à **C.)** d'avoir commis une faute en procédant à la liquidation de tout l'actif social sans rien conserver pour le règlement d'une créance qui était en litige au moment de la liquidation. Il a reproché à **A.)** et **D.)** d'avoir ordonné trop vite la liquidation de la société.

Les premiers juges ont dit qu'il résulte des pièces que les désordres concernant l'isolation et l'humidité ont été dénoncés à la société **SOC.1.)** et à **C.)** le 25 février 1998, que par télécopie du 20 mars 1998 **C.)** a informé **B.)** qu'il charge **A.)** de revoir l'isolation,

que les fissures au carrelage de la terrasse ont été dénoncées par courrier du 28 mars 1998, faxé le 30 mars 1998, que les autres désordres ont été dénoncés successivement, puis rappelés par courriers des 20 avril 1998, 31 août 1998, 19 octobre 1998, 5 janvier 1999, 10 septembre 1999 et 12 octobre 1999.

Ils en ont déduit que les désordres litigieux sont apparus et ont été dénoncés dès avant la mise en liquidation de la société **SOC.1.)** le 29 septembre 1998 et que le problème n'était pas réglé lors de la clôture de la liquidation intervenue le 2 mars 1999.

Ils ont dit qu'en procédant à la liquidation et en faisant clôturer cette liquidation sans avoir consigné une somme d'argent afin d'assurer le dédommagement de **B.)**, **C.)** a commis une faute qui a entraîné un préjudice correspondant au montant de la créance de **B.)** à l'encontre de la société **SOC.1.)**.

Ils ont dit que le même raisonnement peut être tenu en ce qui concerne **A.)** lequel, en sa double qualité d'administrateur délégué de la société **SOC.1.)** et de gérant de la société Entreprise de Construction **A.)**, ne pouvait ignorer ces faits et a donc, en connaissance de cause, voté la clôture de la liquidation au mépris des droits de **B.)**. Ils ont ajouté qu'une des pièces versées par **B.)** fait état d'une visite de **A.)** sur les lieux en date du 20 janvier 1999.

Les premiers juges ont par contre rejeté la demande dirigée contre **D.)**, constatant l'absence d'élément établissant qu'il était également au courant du litige existant entre parties.

C.) reproche aux premiers juges d'avoir retenu sa responsabilité en qualité de liquidateur de la société **SOC.1.)**. Il admet que les époux **B.)** avaient fait état, après avoir réceptionné l'immeuble, de diverses malfaçons, soutient cependant qu'il avait été à l'écoute de ses clients et avait immédiatement continué leurs plaintes aux sous-traitants concernés lesquels étaient intervenus afin de remédier aux problèmes apparus de sorte que **C.)** pouvait légitimement croire que tous les vices avaient été réparés par les sous-traitants.

Il ne suffisait pas au liquidateur de croire que les vices avaient été réparés avant la clôture de la liquidation, il fallait vérifier. D'ailleurs au vu du nombre de réclamations lui adressées par les époux **B.)** la croyance de **C.)** n'était pas légitime.

C.) conteste d'autre part que la faute retenue à son encontre ait causé un préjudice à **B.)**. Il soutient que l'actif de la société **SOC.1.)** aurait de toute façon été insuffisant pour couvrir tous les frais de réparation de sorte, que même en consignait l'excédent, il n'aurait pu désintéresser intégralement **B.)**.

La liquidation amiable d'une société impose l'apurement intégral du passif, y compris les provisions pour les créances litigieuses. Si lors de la liquidation il s'avère que l'actif de la société n'est pas suffisant pour apurer le passif, le liquidateur ne peut clôturer la liquidation mais doit, le cas échéant, déposer le bilan (Les Nouvelles, Droit commercial, T.III, no 4761).

En l'espèce il n'y a pas eu dépôt de bilan mais dissolution de la société avec clôture de la liquidation, ce qui fait présumer l'existence d'un actif suffisant pour désintéresser les créanciers.

Dans ces circonstances **C.)**, qui admet d'ailleurs qu'il existait un actif social au moment de la clôture de la liquidation, ne peut se borner à affirmer sans preuve à l'appui que cet actif social n'était pas suffisant pour désintéresser intégralement **B.)**.

L'appel de **C.)** n'est partant pas fondé sur ce point.

A.) reproche lui-aussi aux premiers juges d'avoir dit qu'il a commis une faute en votant en connaissance de cause la clôture de la liquidation. Il ne conteste pas qu'il s'est rendu le 20 janvier 1999 à la maison des époux **B.)** pour revoir les problèmes d'isolation mais étant donné, selon lui, que les problèmes ne le concernaient pas, mais la société **SOC.3.)**, il dit avoir signalé ces problèmes à **C.)** qui aurait déclaré se charger de l'affaire et qui n'aurait pas, lors de la clôture de la liquidation, informé ses associés que le problème n'était toujours pas résolu.

Ici encore il appartenait à **A.)**, étant au courant de l'existence de problèmes, les ayant constatés le 20 janvier 1999, donc quelque six semaines avant la clôture de la liquidation qui a eu lieu le 2 mars 1999, de s'enquérir à ce sujet au moment de la clôture. La circonstance, invoquée par **A.)**, que les lettres de réclamation ont été adressées à **C.)** et qu'il n'en a pas reçu copie ne peut être retenue à sa décharge étant donné que lors de sa visite des lieux le 20 janvier 1999 il a pu se rendre compte de l'état de la terrasse, de l'escalier et de la façade sous la terrasse et autour de l'escalier et au moment de la liquidation il n'a pu simplement admettre sans le vérifier que tous les problèmes étaient résolus.

A.) soutient d'autre part que si le tribunal a retenu une responsabilité dans son chef il aurait également dû condamner **D.)** en sa qualité d'associé de la société **SOC.1.)**, étant donné qu'il résulte d'un courrier du 8 octobre 1999 de l'entreprise **SOC.3.)** que ce dernier était informé des malfaçons et du litige en cause.

Il ne résulte cependant pas de ce courrier du 8 octobre 1999 qu'au moment de la clôture de la liquidation, qui a eu lieu le 2 mars 1999, **D.)** était informé des malfaçons affectant la maison **B.)**.

A.) soutient en dernier lieu que c'est à tort que les premiers juges n'ont pas condamné la société **SOC.3.)** à tenir les associés de la société **SOC.1.)** quittes et indemnes de toute condamnation à leur encontre.

La société **SOC.3.)** et **E.)** concluent à l'irrecevabilité de ce moyen d'appel. Ils font valoir qu'en première instance **A.)** n'a pas formulé de demande en garantie contre la société **SOC.3.)** que sa demande en garantie formulée pour la première fois en instance d'appel est partant une demande nouvelle.

Le moyen est fondé. Il résulte en effet du jugement entrepris que ce ne sont que la société **SOC.1.)** et **C.)** qui ont formulé une demande en garantie contre ces parties intimées. La demande de **A.)** est partant irrecevable comme nouvelle en appel.

Il s'en suit que l'appel de **A.)** n'est pas fondé.

Dans l'acte d'appel du 16 mars 2007 **C.)** reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu une faute délictuelle à l'encontre des sous-traitants, à savoir la société Entreprise de Construction **A.)** et **E.)**, respectivement la société **SOC.3.)**. Par conclusions du 29 novembre 2007 la société **SOC.1.)** demande également à voir être tenue quitte et indemne par les sous-traitants.

Les premiers juges ont dit la demande en garantie de la société **SOC.1.)** irrecevable au motif que la survivance d'une société en liquidation n'est que passive en ce sens que l'individualité juridique n'est fictivement maintenue que dans l'intérêt des tiers, que la société elle-même ne peut plus agir en justice.

La société **SOC.1.)** n'a pas agi en justice, elle a été actionnée en justice. Dans le cadre de cette action dirigée contre elle, elle doit pouvoir exercer tous les droits utiles à sa défense, y compris celui d'agir en garantie contre une autre partie au litige. Sa demande en garantie est partant recevable.

La société **SOC.1.)** s'est engagée envers les époux **B.)** à réaliser la construction de leur immeuble. Dans le cadre de ces travaux de construction la société Entreprise de Construction **A.)** et **E.)** sont intervenus en qualité de sous-traitants de la société **SOC.1.)**.

Ainsi qu'il a été retenu dans le jugement du 4 avril 2006, la responsabilité régissant les rapports entre la société **SOC.1.)** et ses sous-traitants est de nature contractuelle. La société **SOC.1.)** peut donc se prévaloir à l'encontre de la société Entreprise de Construction **A.)** et de **E.)** d'une inexécution contractuelle résultant des malfaçons leur reprochées.

Concernant **C.)**, les premiers juges ont dit qu'il ne peut agir contre les sous-traitants que sur la base délictuelle et doit donc établir une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendante et détachable des contrats de sous-traitance. Ils ont dit que **C.)** invoque à l'encontre des sous-traitants la seule inexécution fautive de leurs obligations contractées envers la société **SOC.1.)** et en l'absence de faute purement délictuelle établie à leur encontre sa demande est non fondée.

La Cour ne peut se rallier sur ce point aux premiers juges.

En effet, le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Cass. ass. plén. 6.10.2006, Jurisdata n° 2006-035298)

En l'espèce **C.)** est tenu, en sa qualité de liquidateur de la société **SOC.1.)**, ensemble avec cette société envers **B.)** de réparer le dommage accru à ce dernier du fait des malfaçons qui sont reprochées à la société Entreprise de Construction **A.)** et à **E.)** dans l'exécution du contrat de sous-traitance conclu avec la société **SOC.1.)**. Même si cette obligation de **C.)** envers **B.)** procède de sa propre faute retenue ci-dessus, il demeure que la cause première de son obligation à la dette, ensemble avec la société **SOC.1.)** liquidée, réside dans les malfaçons reprochées aux sous-traitants dans l'exécution du contrat les liant à **SOC.1.)**. Il peut donc se prévaloir, dans le cadre de la responsabilité

délictuelle régissant ses relations avec les sous-traitants, de ce manquement contractuel à l'instar de la société **SOC.1.)**.

La société Entreprise de Construction **A.)** et **E.)** concluent chacun à l'absence de faute dans son chef et à la responsabilité unique de l'autre partie dans les malfaçons constatées par l'expert Robert Kousmann.

Il y a lieu d'examiner les conclusions de l'expert relativement aux trois désordres retenus par les premiers juges, à savoir ceux affectant le revêtement du sol de la terrasse côté jardin, ceux affectant le revêtement de la façade en dessous de la terrasse et ceux affectant l'escalier de la terrasse vers le jardin.

Il résulte des conclusions des parties que la société Entreprise de Construction **A.)** a été chargée des travaux de gros œuvre, y compris la dalle en béton armé sur la terrasse et la construction de l'escalier menant vers le jardin, tandis que **E.)** a effectué les travaux d'étanchéité, de chape et de carrelage sur la terrasse et les travaux de carrelage sur l'escalier.

Concernant les causes des désordres affectant le revêtement du sol de la terrasse l'expert retient:

"Les nombreuses fissures relevées dans le carrelage et réparties sur toute l'étendue de la terrasse résultent de tensions et de compressions, qui eux résultent des mouvements de dilatation de l'ensemble formé par la dalle en béton armé, la chape et le revêtement en carrelage. Les mouvements de dilatation sont provoqués par les variations de température, les retraits de la chape ou du mortier de pose du carrelage. Les joints de dilatation dans la chape ont été appliqués ultérieurement, voire par simples coupes à la disquette. Les joints de dilatation au niveau du carrelage n'ont été exécutés que lors de la 2^e réparation du revêtement du carrelage.

...

Le support subit un retrait par nature (ici la dalle en béton armé acquittée par une fissure plus ou moins au milieu de la dalle et sur toute la largeur). Ce retrait engendre des mises en compression de la chape et du carrelage si ces deux éléments ont été appliqués prématurément. Une fois les délais de pose respectés, la mise en compression est absorbée par l'adhérence du carrelage à son support. ..."

Concernant les causes des désordres au revêtement de la façade, l'expert retient:

"Les cloques et décollement de l'enduit en façade postérieure ont pour cause les variations du taux d'humidité de la dalle en béton armé et du profil métallique encastré partiellement dans l'enduit de façade.

...

Ce taux d'humidité est provoqué d'une part par les conditions atmosphériques agissant sur la dalle et le profil métallique exposé de tous les côtés aux intempéries et influences atmosphériques, d'autre part aux infiltrations provenant par les joints du revêtement de sol respectivement par les fissures dans ce même revêtement de sol.

...

Propositions pour remédier au problème:

- Une analyse du détail d'exécution du profilé métallique doit être faite avant de pouvoir se prononcer définitivement sur les mesures exactes pour remédier aux désordres.
- Il y a lieu de chercher une solution pour éviter la formation d'eaux de condensation derrière l'enduit de façade, c'est-à-dire l'enduit de façade devrait continuer plutôt derrière le profil métallique.
- Les mesures de remise en état du revêtement de la terrasse engendrent indirectement des mesures à prévoir définitivement pour la réparation de la façade postérieure."

Concernant l'escalier de la terrasse vers le jardin l'expert constate des variations importantes en largeur et en hauteur des marches, le défaut de plinthe de carrelage en cascade le long du mur, l'exécution non-conforme aux règles de l'art de la finition latérale de la paillasse d'escalier des deux côtés de l'escalier, des traces d'humidité et dépôts d'algues et de lichens sur le crépi des deux côtés de l'escalier.

Au sujet des causes des désordres l'expert s'exprime comme suit:

"Sans démolition du revêtement de quelques marches et contre-marches, il est difficile de constater si le carrelage seul a été mal appliqué ou si déjà la paillasse en béton était mal équilibrée.

A priori et vu les traces de réparation constatées sur les lieux, le soussigné est d'avis que les marches et contre-marches ont été mal équilibrées lors de la pose du carrelage.

En plus le revêtement de l'escalier ne dispose d'aucune couche de drainage. Les eaux de surfaces s'écoulent partiellement des deux côtés des marches pour s'écouler alors au dessus du mortier de réparation. Les eaux de surfaces pénètrent aussi par les joints dans le mortier de pose pour se drainer ici jusqu'au béton. Drainées ici vers les extrémités latérales, ces eaux s'infiltrant dans le crépi. Toute la structure de l'escalier soumise à ces infiltrations d'humidité présente alors une base idéale pour la formation d'algues et de lichens."

L'expert relève par ailleurs une contradiction entre les plans au sujet du nombre de marches et la hauteur de l'escalier, sans en déduire cependant une incidence sur les désordres constatés.

Si, sur base des constatations et appréciations de l'expert, on peut de prime abord admettre que les désordres affectant le revêtement de la terrasse sont dus à un seul travail non-conforme aux règles de l'art de l'entreprise chargée des travaux de chape et de carrelage, une attribution de la responsabilité dans les désordres constatés au revêtement de la façade et à l'escalier s'avère moins évidente.

Concernant le revêtement de la terrasse, les parties renvoient à des conclusions notifiées en première instance le 19 juin 2006 par le mandataire de **E.)** et de la société **SOC.3.)** où il est question d'un problème de fissures multiples dans la dalle de la terrasse. Pour fonder une responsabilité de la société Entreprise de Construction **A.)** tant **E.)** et la société **SOC.3.)** que **B.)** s'emparent de la remarque suivante de l'expert:

"Le support subit un retrait par nature (ici la dalle en béton armé acquitté par une fissure plus ou moins au milieu de la dalle et sur toute la largeur)"

Avant de se prononcer sur les responsabilités encourues, la Cour estime qu'il est indiqué de procéder à l'audition de l'expert Robert Kousmann afin de lui demander des explications et précisions supplémentaires.

Par conclusions notifiées le 19 juillet 2007 **B.)** interjette appel incident contre le jugement du 19 décembre 2006 en ce qu'il a dit non fondée sa demande dirigée contre **D.)**, **E.)**, faisant le commerce sous l'enseigne "**SOC.2.)**, successeur **E.)**", et la société Entreprise de Construction **A.)**.

E.) et la société Entreprise de Construction **A.)** opposent l'irrecevabilité de cet appel incident pour être dirigé d'intimé à intimé.

B.), de son côté, conclut au rejet de ce moyen, soutenant que l'appel incident d'intimé à intimé est permis lorsqu'il existe une indivisibilité de fait ou d'intérêt et que l'appel principal est de nature à modifier les rapports des intimés.

En ce qui concerne l'appel, le litige doit être considéré comme indivisible lorsque son objet n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur l'appel d'un des cointéressés était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité absolue d'exécuter simultanément l'arrêt intervenu entre les parties présentes en instance d'appel et le jugement contre une partie non appelante.

Pareille indivisibilité du litige n'existe pas lorsque, comme en l'espèce, plusieurs personnes sont actionnées en réparation d'un préjudice en raison de fautes concurrentes commises par elles et, en cas de réformation du jugement sur l'appel de **A.)**, la société **SOC.1.)** et **C.)** il n'y a aucune impossibilité matérielle d'exécution entre l'arrêt faisant droit à leurs moyens d'appel et le jugement de première instance ayant dit la demande de **B.)** non fondée à l'encontre de **E.)** et de la société Entreprise de Construction **A.)**.

L'appel incident est partant à déclarer irrecevable en tant que dirigé contre ces parties.

D.) n'ayant pas conclu à l'irrecevabilité de l'appel incident dirigé contre lui, celui-ci est à dire recevable.

Cet appel incident, d'ailleurs non autrement motivé, n'est cependant pas fondé au vu des développements ci-dessus concernant l'absence de responsabilité de **D.)** dans la clôture fautive de la liquidation de la société **SOC.1.)**.

B.) a d'autre part relevé appel incident contre le jugement du 19 décembre 2006 en ce qu'il a rejeté sa demande en paiement de dommages et intérêts pour diminution de jouissance.

Cet appel incident est recevable. L'examen de son bien-fondé est réservé en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée.

Par conclusions notifiées le 29 novembre 2007, Maître Paul Dieschbourg, avocat constitué pour **D.)** dans le cadre de l'appel de **A.)**, déclare ne plus occuper pour son mandant et en conclut qu'il faut admettre que celui-ci laisse défaut dans l'instance d'appel en cours.

D.) n'ayant pas constitué nouvel avocat, Maître Dieschbourg reste constitué.

Par ces motifs :

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels de **A.)**, de la société anonyme **SOC.1.)** et de **C.)**;

dit non fondé l'appel de **A.)**;

dit non fondé l'appel dirigé par la société anonyme **SOC.1.)** et **C.)** contre le jugement du 4 avril 2006;

avant de statuer sur l'appel dirigé par ces parties contre le jugement du 19 décembre 2006,

dit qu'il sera procédé à l'audition de l'expert Robert Kousmann en présence des parties, le mardi 18 novembre 2008, à 9.30 heures en la salle numéro CR. 0.12. au bâtiment de la Cour Supérieure de Justice.

dit irrecevable l'appel incident dirigé par **B.)** contre **E.)** et la société à responsabilité limitée Entreprise de Construction **A.)**;

le dit recevable, mais non fondée à l'encontre de **D.)**;

reçoit l'appel incident dirigé par **B.)** contre la société anonyme **SOC.1.)**, **C.)** et **A.)** et réserve l'examen de son bien-fondé en attendant le résultat de la mesure d'instruction;

réserve les frais.