Arrêt commercial

Audience publique du vingt-neuf juin deux mille onze.

Numéros 34915 et 35725 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

***la société anonyme AAA S.A.**, établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 15 avril 2009,*

comparant par Maître François TURK, avocat à Luxembourg ;

e t :

***1) la société à responsabilité limitée BBB**, établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

***2) la société à responsabilité limitée CCC**, établie et ayant son siège social à L-…. WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à Luxembourg ;

***3) DDD,** chauffeur routier, demeurant à B-…. XXX,*

***intimé** aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

***4) la société à responsabilité limitée EEE**, établie et ayant son siège social à L-…. YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

***la société à responsabilité limitée BBB**, établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***demanderesse en intervention** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 5 février 2010,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société à responsabilité limitée EEE**, établie et ayant son siège social à L-…. YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La société anonyme AAA a fait engager en sa qualité de maître de l'ouvrage des travaux de terrassement et de construction d'une maison sise à ZZZ et au mois de décembre 2005 elle a conclu avec la société à responsabilité limitée EEE un contrat d'entreprise pour les travaux de terrassement et de gros-œuvre. Les travaux de terrassement ont été entamés en février 2006.

Fin février 2006 un locataire de l'immeuble sis à TTT, a commandé auprès de la société à responsabilité limitée CCC 2000 litres de gasoil de chauffage pour le compte de la société AAA, propriétaire dudit immeuble. CCC a chargé la société à responsabilité limitée BBB de livrer le gasoil et la société BBB a confié cette tâche à son préposé DDD qui l'a exécutée le 1er mars 2006.

La citerne pour le gasoil de l'immeuble sis TTT est enfouie dans le sol derrière l'immeuble et la tuyauterie passe sous le sol jusqu'à la bouche de déchargement qui se trouve ZZZ.

Lors de la livraison du gasoil le 1er mars 2006 les travaux de terrassement avaient été effectués, mais un bout de tuyau avec la bouche de déchargement était resté en place, sortant du sol.

DDD a connecté sur la bouche de déchargement et après que 1.500 litres étaient écoulés le gasoil est remonté de la terre. Il s'est avéré que le tuyau reliant la bouche de déchargement à la citerne avait été sectionné lors des travaux de terrassement.

Par exploit d'huissier du 8 avril 2008 la société AAA a fait comparaître la société BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, en lui réclamant au titre du coût des travaux d'assainissement et de dépollution la somme de 25.479,95 euros.

Par exploit d'huissier du 29 avril 2008 la société BBB a donné assignation en intervention à la société EEE afin d'être tenue par elle quitte et indemne de toutes condamnations pouvant être prononcées à son encontre.

Par exploits d'huissier des 19 et 23 septembre 2008 la société AAA a donné assignation à la société CCC et à DDD aux fins d'intervenir dans le litige et s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum avec la société BBB à lui payer la somme de 25.479,95 euros.

Par jugement rendu le 13 février 2009 le tribunal a dit irrecevable la demande de la société AAA contre DDD, a dit recevables mais non fondées les demandes dirigées par la société AAA contre les sociétés BBB et CCC, a dit sans objet la demande en intervention dirigée par la société BBB contre la

société EEE et a débouté les sociétés EEE et BBB de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 15 avril 2009 la société AAA a relevé appel de ce jugement lui signifié le 13 mars 2009 en intimant toutes les parties présentes en première instance.

Par conclusions prises le 6 octobre 2009 la société BBB a, dans l'hypothèse où elle serait condamnée en instance d'appel, demandé que la société EEE soit condamnée à la tenir quitte et indemne.

Par conclusions notifiées le 11 janvier 2010 la société EEE déclare se rapporter à la sagesse de la Cour quant à la recevabilité de l'appel en la pure forme, tout en donnant à considérer que les associés de la société EEE ont nommé deux gérants, que l'acte d'appel mentionne toutefois que EEE serait "représentée par son gérant".

L'article 191 bis, alinéa 2, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose que *"chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice, en demandant ou en défendant".*

Cette contestation est à rejeter.

La société EEE fait plaider ensuite que la partie appelante ne formule aucune demande à son encontre, ce qui était déjà le cas en première instance et qu'on peut donc s'interroger sur la recevabilité de l'appel en ce qu'il est dirigé contre EEE qui demande, en tout état de cause, à être mise hors cause.

On ne peut former un appel contre une partie contre laquelle on n'a pas conclu en première instance (E.D. Rép. de proc. civ. et comm., éd. 1955, vbo Appel, n° 332)

L'appel de la société AAA est donc à dire irrecevable en ce qu'il est dirigé contre la société EEE.

La société EEE conclut d'autre part à l'irrecevabilité de la demande formée contre elle dans les conclusions du 6 octobre 2009 de la société BBB, conclusions qu'elle qualifie d'appel incident.

A l'appui de son moyen elle soutient que les conclusions du 6 octobre 2009 contiennent la même indication erronée quant à l'organe représentatif de la société EEE, moyen qui est à rejeter pour les motifs ci-dessus.

Elle soutient ensuite que l'appel incident étant l'accessoire de l'appel principal, la nullité ou l'irrecevabilité de l'appel principal entraîne la nullité ou l'irrecevabilité de l'appel incident.

Lorsque le tribunal n'a pas rejeté la demande de garantie, mais seulement, en rejetant la demande principale, dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur cette demande, le défendeur, intimé par le demandeur principal, peut reprendre par

simples conclusions son recours contre le garant pour le cas où le jugement serait infirmé, ces conclusions à l'effet d'obtenir cette garantie n'ont pas pour but de faire réformer dans un de ses chefs le jugement du tribunal et ne constituent dès lors ni un appel principal, ni un appel incident (E.D. loc. cit., n° 330)

D'un autre côté, en cas d'irrecevabilité d'un appel en tant que dirigé contre le garant d'une partie intimée, celui-ci n'est plus partie dans l'instance d'appel et la demande en garantie ne peut plus être formée contre lui par voie de conclusions. Les conclusions de la société BBB tendant à faire condamner la société EEE à la tenir quitte et indemne ne peuvent donc être accueillies.

Par exploit d'huissier du 5 février 2010 la société BBB a fait donner assignation à la société EEE aux fins de la mettre en intervention forcée pour autant que l'acte d'appel du 15 avril 2009 soit déclaré irrecevable à l'encontre de cette partie et elle demande sa condamnation à tenir la société BBB quitte et indemne de toutes condamnations pouvant être prononcées à son encontre par l'arrêt à intervenir.

La société EEE conclut à l'irrecevabilité de cette assignation en intervention au motif qu'un tel acte ne peut intervenir qu'en première instance et non en degré d'appel.

Cette affirmation est inexacte. Une partie assignée en intervention en première instance peut être assignée en intervention en instance d'appel, si elle n'est pas déjà partie en cause en instance d'appel suite à un appel régulier.

La société EEE soutient ensuite que, même à considérer cet exploit d'huissier comme un acte d'appel, il serait encore irrecevable pour ne pas contenir les mentions exigées par les articles 585 et suivants du Nouveau code de procédure civile, n'indiquant pas le jugement dont appel, ni ne formulant aucun grief à l'encontre d'un quelconque jugement, qu'il serait par ailleurs tardif, le jugement du 13 février 2009 ayant été signifié le 13 mars 2009 à la société BBB.

Une assignation en intervention formée en instance d'appel n'est pas un acte d'appel.

La société EEE fait enfin plaider que dans l'exploit du 5 février 2010 la société BBB motive l'assignation en intervention par une éventuelle irrecevabilité de l'appel dirigé par la société AAA contre la société EEE et qu'on ne voit pas comment une assignation en intervention pourrait couvrir une irrecevabilité de l'appel principal, qu'elle est donc à déclarer irrecevable alors que nul ne plaide par procureur.

Une assignation en intervention n'est pas destinée à "couvrir" l'irrecevabilité de l'appel principal, mais en cas d'irrecevabilité de l'appel dirigé contre le garant d'une partie intimée l'assignation en intervention dirigée par cette partie intimée contre son garant est le seul moyen régulier de le faire revenir au procès en instance d'appel.

Les moyens d'irrecevabilité dirigés contre l'assignation en intervention du 5 février 2010 ne sont pas fondés et cette assignation est à dire recevable.

La société EEE déclare d'autre part réitérer le moyen d'irrecevabilité soulevé en première instance contre la partie appelante AAA, demanderesse originaire, pour n'avoir ni intérêt, ni qualité à agir.

C'est à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont rejeté ce moyen.

Dans le jugement entrepris le tribunal a d'abord examiné la demande dirigée par la société AAA contre la société BBB, ensuite celle dirigée contre la société CCC et enfin la demande dirigée contre DDD en suivant l'ordre des assignations lancés par la société AAA.

Dans son acte d'appel la société AAA critique d'abord la motivation donnée par les premiers juges au rejet de sa demande dirigée contre la société CCC et la Cour suivra le nouvel ordre adopté dans l'acte d'appel.

Demande dirigée contre CCC

La société AAA a basé sa demande dirigée contre la société CCC en ordre principal sur les articles 1134 et suivants, et 1146 du Code civil, en ordre subsidiaire sur les articles 1382 et 1383, sinon 1384, alinéa 1er, sinon 1383, alinéa 3, du Code civil.

Les premiers juges ont dit qu'au vu de l'existence des relations contractuelles entre les sociétés AAA et CCC la demande est à analyser sur base de la seule responsabilité contractuelle.

Ils se sont référés à l'article 7 des conditions générales de vente de la société CCC qui prévoit que "les marchandises vendues en vrac sont considérées comme livrées dès que le transporteur se trouve chez le client qui doit fournir toutes indications utiles au déchargement et au transvasement de la marchandise", ils ont dit qu'en imposant au client de fournir toutes indications utiles au transvasement de la marchandise livrée, la société CCC n'a pas assumé d'obligation de résultat, de sorte que la société AAA doit établir une faute dans le chef de CCC, que CCC n'étant pas intervenue directement dans le processus de livraison de mazout, AAA reste en défaut d'établir une telle faute.

A l'appui de son appel la société AAA soutient que l'obligation de remplir un réservoir à mazout est une obligation de résultat en renvoyant à un arrêt rendu par la Cour d'appel le 23 février 1976. Elle reproche aux premiers juges d'avoir retenu en l'espèce une simple obligation de moyens en se basant sur les conditions générales de CCC, alors que ces conditions générales n'ont jamais été acceptées par elle.

Pour rejeter cette contestation de la société AAA les premiers juges ont dit qu'il résulte des factures versées par CCC que les parties étaient en relations d'affaires suivies depuis au moins 2004, que les factures au verso desquelles figurent les conditions générales, avec mention au recto que les conditions générales figurent au verso, se situent dans le cadre des rapports commerciaux courants entre parties et que AAA a toujours accepté et réglé les factures émises par CCC, sauf celle relative à la livraison litigieuse du 1er mars 2006. Ils ont dit qu'en cas de relations d'affaires antérieures l'acceptation des factures vaut comme preuve du consentement du destinataire au sujet de toutes les modalités, y compris les conditions générales, que AAA est donc liée par les conditions générales de vente de CCC.

L'appelant conteste que les conditions générales figurent au verso des factures. Elle soutient que tant les factures versées par elle que celles versées par la société CCC en première instance ne contiennent pas de conditions générales au verso, que par ailleurs le recto des factures ne renvoie pas aux conditions générales en précisant qu'elles auraient été acceptées, se référant simplement aux conditions générales de vente pour insister sur une disposition en vertu de laquelle le gasoil de chauffage ne peut être utilisé pour usages industriels et commerciaux. Elle invoque l'article 1135-1 du Code civil d'après lequel les conditions générales d'un contrat préétabli par l'une des parties ne s'imposent à l'autre que si elle a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées, ce qui, selon elle, n'est pas le cas en l'espèce.

La société CCC réplique que les factures versées en première instance étaient des copies qui n'étaient pas faites recto-verso, de sorte que les conditions générales n'y figuraient pas. Elle souligne que sur le recto des factures versées en première instance tant par AAA que par CCC figure la mention:
"LE GASOIL DE CHAUFFAGE NE PEUT ÊTRE UTILISE POUR USAGES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX EN VERTU DE L'A.R. DU 29/12/92 (CONDITIONS GENERALES DE VENTES AU VERSO)"

Elle déclare ne plus disposer de l'original des factures adressées à la société AAA étant donné que l'original est envoyé aux clients, mais verse un document vierge qu'elle utilise pour émettre ses factures au verso duquel figurent les conditions générales et fait valoir que l'appelante reste en défaut de justifier ses contestations par le versement de l'original des factures qui lui furent envoyées par CCC.

La société AAA, de son côté, verse l'original d'une facture CCC du 29 décembre 2006, laquelle n'a pas trait à la livraison de gasoil et sur laquelle les conditions générales de vente de la société CCC ne figurent pas au verso.

Elle ne verse cependant pas les originaux des autres factures lui adressées par CCC et à défaut par elle de ce faire la Cour doit admettre que les conditions générales figurent bien au verso de ces factures. La société AAA a donc pu en prendre connaissance, y étant renvoyé au recto des factures. Contrairement à

ce que fait plaider la société AAA, ce renvoi ne concerne pas la seule mise en garde qui le précède, en quel cas il n'aurait pas été nécessaire.

La société AAA soutient d'autre part que l'article 7 des conditions générales est une clause exclusive de responsabilité et doit être déclarée nulle.

Abstraction faite de ce que les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité ne sont pas nulles (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2e éd. n° 634), l'article 7 des conditions générales, en mettant à charge du client l'obligation de fournir tous renseignements utiles au déchargement ou au transvasement de la marchandise, n'est pas de nature à décharger CCC de toute responsabilité en cas de survenance d'un sinistre en rapport avec la livraison de gasoil.

Il s'en suit que c'est à juste titre que les premiers juges ont dit que la société AAA est liée par les conditions générales de la société CCC.

Dans l'arrêt du 23 février 1976 (numéro 3894 du rôle) invoqué par l'appelante la Cour d'appel retient "que pour déterminer la nature exacte d'une obligation contractuelle de sécurité il faut rechercher la volonté des parties contractantes; qu'à défaut d'autres circonstances permettant de la découvrir, il convient d'examiner si la réalisation du but poursuivi par le contrat présente un aléa; que si tel n'est pas le cas on peut admettre que le débiteur a pris l'engagement de parvenir au résultat en vue duquel les parties ont contracté, en sorte que son obligation est de résultat".

Les premiers juges ont dit que les conditions générales de CCC imposent au client de fournir toutes indications utiles au transvasement de la marchandise livrée, qu'il résulte de la volonté des parties que par l'inclusion du client dans le processus de livraison CCC n'assume qu'une obligation de moyens.

Il s'ajoute qu'en l'espèce le résultat escompté, à savoir le transvasement du gasoil dans la citerne devant le contenir présentait un aléa en raison de la configuration des lieux et nécessitait une information de la part du client.

Les parties sont d'accord pour dire que le locataire ayant passé la commande était présent sur les lieux lors de l'arrivée du chauffeur de la société BBB. Dans son attestation testimoniale DDD déclare que, voyant le chantier, il a posé à Monsieur FFF la question s'il pouvait vider dans les mêmes conditions et il lui a été répondu par l'affirmative. DDD, étant partie au procès, ne peut déposer comme témoin, mais la Cour retient avec les premiers juges que son attestation peut servir de simple information. Il paraît d'ailleurs évident qu'en présence du chantier le chauffeur de la société BBB pose cette question au client présent et s'il a connecté son tuyau à la bouche de déchargement, c'est parce qu'il a reçu une réponse affirmative.

Les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont dit que la société CCC n'a assumé qu'une simple obligation de moyens et qu'il appartient à la société AAA d'établir une faute dans le chef de CCC.

En première instance la société AAA a exposé qu'elle avait informé son locataire, Monsieur FFF, des travaux d'excavation entraînant le sectionnement du tuyau de remplissage de mazout passant sous le terrain situé ZZZ et qu'elle l'avait invité à passer rapidement commande de mazout pour remplir la cuve avant le commencement des travaux.

En instance d'appel la société AAA soutient qu'une première livraison de mazout par BBB, en la personne de DDD et en présence de Monsieur FFF, sur base d'une commande adressée par GGG (et non AAA) à CCC était intervenue début février 2006, que lorsque la conduite a été sectionnée le réservoir était plein, ce dont l'appelante avait informé son locataire - qui à plusieurs reprises avait pris l'initiative de s'adresser directement à CCC pour commander le mazout - en lui donnant la consigne de ne pas passer une nouvelle commande, que le chauffage de l'immeuble TTT, n'ayant pas fonctionné pendant deux jours alors que la jauge était défaillante, Monsieur FFF, croyant le réservoir vide, a commandé du mazout supplémentaire sans en informer l'appelante, qu'à la réception de cette commande CCC n'a pas demandé confirmation auprès de AAA comme elle le faisait d'habitude en cas de commande passée par Monsieur FFF. La société AAA demande dans ce contexte à la société CCC de verser la facture relative à sa première commande.

L'appelante soutient que ni CCC, ni d'ailleurs BBB n'ont réagi face à cette commande absurde, alors qu'il est impossible de chauffer de manière à vider en trois semaines l'intégralité du réservoir à mazout.

La société CCC conteste cette nouvelle version des faits. Elle soutient que ce n'est qu'après les faits litigieux, donc après avoir été informée des travaux en cours, qu'elle a décidé de s'adresser à AAA pour avoir confirmation de la commande de Monsieur FFF afin de s'assurer qu'aucun malentendu ne se produise entre le locataire et le propriétaire, qu'avant les faits litigieux il était d'habitude que Monsieur FFF passe commande pour compte de AAA, ce qui a été confirmé par l'appelante en première instance, et aucune confirmation n'était requise pour que AAA paye les factures relatives aux commandes passées par le locataire.

La société CCC conteste une première livraison de gasoil qui aurait eu lieu quelques semaines avant les faits et fait valoir que ce fait n'est pas pertinent, étant donné que CCC n'est pas gardienne de l'installation de chauffage et qu'il ne lui appartient pas de contrôler les dépenses de ses clients, qu'il appartiendrait dans ce cas à la société AAA de se diriger contre Monsieur FFF qui, avant de faire la commande litigieuse, aurait dû se poser la question pourquoi le chauffage ne fonctionnait pas.

En admettant que la société AAA veuille déduire de ses affirmations faites en instance d'appel une faute contractuelle à charge de CCC, faute consistant à avoir livré deux fois du gasoil en quelques semaines d'intervalle, une telle faute, à la supposée établie, serait sans relation causale directe avec le préjudice dont elle réclame réparation. En effet le gasoil qui a été livré le 1er mars 2006 n'a pas débordé du réservoir plein, mais il a rempli la fouille d'excavation parce que le tuyau devant l'amener vers le réservoir était sectionné.

Il y a lieu d'ajouter que dans son attestation testimoniale DDD dit que d'après le locataire la citerne de l'immeuble pouvait contenir 4.000 litres, que le réservoir n'est jamais rempli à fond, qu'en général le client commande 2.000 litres à la fois et souvent quand il est à sec. La société AAA ne conteste pas ces affirmations. La livraison litigieuse portait sur 2.000 litres. En admettant dès lors qu'une livraison ait effectivement eu lieu début février 2006 et qu'elle ait également porté sur 2.000 litres, il n'en résulterait pas que la citerne n'était pas à même de contenir les 2.000 litres supplémentaires commandés fin février 2006, respectivement que la deuxième commande était absurde au point que la société CCC, à condition d'ailleurs de se souvenir d'une livraison quelques semaines auparavant, aurait dû refuser la commande.

Concernant la demande de communication de la facture relative à cette première livraison, l'appelante n'explique pas pourquoi elle n'est pas en mesure de la verser elle-même. Si la commande a été faite par la société GGG, ça devait être pour compte de la société AAA qui aurait donc dû se voir adresser la facture y relative.

L'appelante conteste d'autre part que Monsieur FFF ait été son mandataire pour la commande de gasoil et soutient que CCC ne peut se prévaloir de la théorie du mandat apparent, sa croyance en les pouvoirs du mandataire apparent n'étant pas légitime. A l'appui de son moyen elle reprend son affirmation que CCC demandait toujours à AAA confirmation de la commande passée par son locataire, affirmation contestée par CCC et non établie.

La société AAA avance encore la qualité du prétendu mandataire, qui n'est pas son préposé, mais simplement restaurataire et locataire de l'immeuble TTT.

La qualité de mandataire n'est pas liée à celle de préposée. Il résulte d'ailleurs du plumitif de l'audience du tribunal d'arrondissement que l'appelante a déclaré en première instance que "le locataire, dûment informé, pouvait commander le mazout pour compte de AAA".

Concernant ce "dûment informé", la Cour se demande pourquoi la société AAA, au lieu d'informer son locataire qu'il fallait commander du mazout, ne l'a pas commandé elle-même. Le locataire, présent sur les lieux, était le mieux placé pour contrôler l'état du réservoir et n'avait donc pas besoin d'être informé de la nécessité d'une commande de mazout. La Cour retient donc l'existence dans le chef du locataire d'un mandat lui conféré aux fins de commander du mazout.

Les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont rejeté la demande dirigée contre la société CCC qu'ils ont dit à juste titre recevable sur la seule base contractuelle.

Demande dirigée contre BBB

Cette demande a été basée principalement sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, subsidiairement sur l'article 1384, alinéa 3, plus subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du même code et à titre tout à fait subsidiaire sur la responsabilité contractuelle des articles 1134 et suivants ainsi que 1146 et suivants du Code civil.

Les premiers juges ont dit qu'en l'absence de relations contractuelles entre les sociétés AAA et BBB une éventuelle responsabilité de la société BBB est de nature délictuelle.

Concernant l'article 1384, alinéa 1er du Code civil et au vu des contestations soulevées quant à la "chose" à l'origine du dommage, ils ont retenu que le dommage a été causé non pas par le tuyau sectionné, voire le chantier, mais par le mazout déversé.

Ils ont dit que les dispositions du contrat conclu entre AAA et CCC ont pour effet de créer une situation de fait vis-à-vis des tiers et que BBB peut se prévaloir à l'encontre de AAA non seulement de l'existence du contrat, mais aussi des effets qu'il produit entre les parties contractantes, que, conformément à l'article 7 des conditions générales de CCC – cité ci-dessus - la livraison, entraînant la réception du mazout et son approbation, s'effectue dès l'arrivée du chauffeur-livreur auprès de l'acheteur qui, dès ce moment, peut librement exercer les attributs de la garde relative au mazout, qu'en l'espèce la société AAA, par l'intermédiaire de son locataire présent sur les lieux lors de la livraison, a réceptionné le mazout et en est devenue gardienne et propriétaire lors de l'arrivée du chauffeur-livreur sur les lieux, que la garde n'étant pas cumulative, la demande basée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil n'est pas fondée.

La société BBB fait plaider que les premiers juges auraient dû exclure l'applicabilité de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil en constatant que les conditions de cet article ne sont pas remplies, qu'en effet la condition d'anormalité de la chose exigée pour que le gardien soit responsable, n'est pas remplie.

En cas de contact entre la chose en mouvement et le bien endommagé, ce qui est le cas en l'espèce pour le mazout et la fouille d'excavation, l'intervention matérielle de la chose est présumée être la cause génératrice du dommage, sans que la victime ait à établir une anormalité de la chose (cf. G. Ravarani, op. cit. nos 699 ss.).

La société AAA conteste avoir été gardienne du mazout. Elle soutient qu'elle n'a pas passé la commande du mazout, qu'elle avait interdit à Monsieur Mounier de passer commande, qu'elle n'était ni présente, ni représentée au moment de la livraison du mazout, que le mazout a été livré par un préposé de BBB dans un camion-citerne appartenant à BBB, que le camion-citerne a été connecté par le préposé de BBB à l'ancienne bouche de déchargement et que c'est encore le préposé de BBB qui a décidé d'entamer, puis d'arrêter le déversement du mazout, qu'il s'en suit que la société BBB est restée gardienne du mazout.

Toutes ces affirmations, pour partie non établies, ne sont pas de nature à remettre en cause les développements des premiers juges au sujet de la garde du mazout et que la Cour fait siens.

La société AAA reproche encore aux premiers juges de ne pas avoir dit sa demande contre BBB fondée sur base de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, alors que, selon elle, le préposé de BBB a accédé au chantier, alors que celui-ci était clôturé et interdit au public, l'accès au tuyau n'ayant pu se faire que par un déplacement de clôture, qu'il a branché son camion citerne aux éléments restants de l'ancien tuyau de mazout, alors même que celui-ci avait été sectionné et qu'il était visible à l'œil nu et même pour un profane que le bout de tuyau posé contre le mur n'aboutissait pas dans le réservoir à mazout, qu'il a donc commis des fautes graves dont doit répondre la société BBB. L'appelante reprend son offre de preuve par comparution des parties sinon par témoins formulée en première instance afin d'établir le comportement fautif de DDD.

Les premiers juges sont toutefois à confirmer pour les motifs par eux énoncés en ce qu'ils ont retenu qu'au vu des circonstances de l'espèce, DDD n'a pas commis de faute. A l'instar des premiers juges la Cour constate que l'affirmation de l'appelante qu'il était visible à l'œil nu que le tuyau n'aboutissait pas dans le réservoir est contredite par les photos des lieux, versées en cause, dont appert qu'on ne pouvait pas se douter de ce que le tuyau avait été sectionné. Les photos montrent par ailleurs que si DDD et le locataire de AAA ont dû déplacer un élément de la clôture entourant le chantier pour accéder au tuyau, celui-ci se trouvait tout de suite derrière l'élément de clôture et donc facilement accessible, que ce tuyau n'était d'ailleurs pas appuyé contre le mur, mais sortait droit du sol.

L'offre de preuve reprise en instance d'appel est à rejeter pour les motifs énoncés par les premiers juges.

C'est encore pour de justes motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont dit que la demande dirigée contre la société BBB sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil n'est pas fondée.

Demande en intervention dirigée par BBB contre EEE

Le jugement étant à confirmer en ce qu'il a dit non fondée la demande dirigée par la société AAA contre la société BBB, la demande en intervention formée en instance d'appel par la société BBB contre la société EEE est devenue sans objet.

Demande dirigée contre DDD

Les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont dit cette demande irrecevable au motif qu'un préposé qui a agi sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers et qu'en l'espèce DDD a agi dans le strict respect de la mission lui confiée par son employeur.

L'appel de la société AAA est à dire non fondé.

La société BBB interjette appel incident contre le jugement du 13 février 2009 en ce que sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'a pas été accueillie.

L'appel incident est à dire fondé, étant inéquitable de laisser à charge de la société BBB l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en première instance. Il y a lieu de lui allouer la somme de 1.500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

La demande de la société BBB en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à dire fondée pour les mêmes motifs et il y a lieu de lui allouer la somme de 2.000.- euros.

La société EEE conclut à la condamnation des sociétés AAA et BBB, ainsi que de DDD à lui payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel.

Cette demande est non fondée en tant que dirigée contre DDD, qui n'a en aucune façon à supporter les dépens de l'instance d'appel.

Si en raison de la confirmation du jugement la demande en intervention dirigée en instance d'appel par la société BBB contre la société EEE est devenue sans objet et si les frais de cette demande en intervention doivent rester à charge de la société BBB, il ne serait cependant pas équitable de la condamner au paiement d'une indemnité de procédure en faveur de la société EEE, étant donné que sa mise en intervention est la suite de l'appel non justifié de la société AAA. Il y a partant lieu de condamner la société AAA à payer à la société EEE une indemnité de procédure de 2.000.- euros, la condition d'iniquité étant remplie en l'espèce.

La société AAA, qui succombe dans son appel et doit être condamnée aux frais de cet appel, est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

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

dit l'appel de la société anonyme AAA irrecevable en tant que dirigé contre la société à responsabilité limitée EEE;

le reçoit pour le surplus;

dit recevable la demande en intervention dirigée par la société à responsabilité limitée BBB contre la société à responsabilité limitée EEE;

dit l'appel de la société anonyme AAA non fondée;

reçoit l'appel incident de la société à responsabilité limitée BBB et le dit fondé;

par réformation du jugement entrepris, condamne la société anonyme AAA à payer à la société à responsabilité limitée BBB une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour la première instance;

confirme le jugement pour le surplus;

dit la demande en intervention dirigée par la société à responsabilité limitée BBB contre la société à responsabilité limitée EEE sans objet;

condamne la société anonyme AAA à payer à la société à responsabilité limitée BBB une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel;

la condamne encore à payer à la société à responsabilité limitée EEE une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel;

déboute la société anonyme AAA de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, à l'exception de ceux de la demande en intervention dirigée contre la société à responsabilité limitée EEE, qui doivent rester à charge de la société à responsabilité limitée BBB, et ordonne la distraction de ces frais au profit de Maître Alex Schmitt, de Maître Anne Ferry et de Maître Jacques Wolter, sur leurs affirmations en droit.