Arrêt commercial

Audience publique du premier février deux mille douze.

Numéro 35931 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à U, 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 Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 18 mars 2010,*

comparant par Maître Céline BOTTAZZO, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) B, *employé privé, demeurant à V,*

intimé *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à Luxembourg ;

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

intimée *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

comparant par Maître Myriam BRUNEL, avocat à Luxembourg ;

3) la société à responsabilité limitée D s.à r.l. en liquidation volontaire, *établie et ayant son siège social à X, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son liquidateur actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

n'ayant pas constitué avocat ;

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

intimée *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

comparant par Maître Christian-Charles LAUER, avocat à Luxembourg ;

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

intimée *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

comparant par Maître Christian POINT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 12 février 2009 B a fait comparaître la société anonyme C et la compagnie d'assurances A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout à lui payer la somme de 20.546.- euros avec les intérêts légaux à partir du 1er février 2003, jour du sinistre, jusqu'à solde et à lui rembourser les frais d'assignation en référé, d'un montant de 150,53 euros, ainsi que les frais d'expertise s'élevant à 4.311,61 euros.

B a exposé à l'appui de sa demande qu'il est propriétaire d'une maison sise à V; qu'à partir de l'année 2003 la société C, en sa qualité de promoteur-constructeur, a entrepris des travaux d'excavation et de construction d'une résidence ("Résidence G") à côté de sa maison; que suite à ces travaux sa maison a été fortement endommagée et présente actuellement d'énormes

fissures au niveau de la façade, des murs et des dalles; que l'expert H, nommé suivant ordonnance de référé du 23 mai 2007, chiffre le dommage au montant de 20.546.- euros.

B a recherché la responsabilité de la société C sur base des articles 544, subsidiairement 1384, alinéa 1er, plus subsidiairement 1382 et 1383 du Code civil. Il a exercé l'action directe conte la société A.

Par exploit d'huissier du 21 avril 2009 la société A a fait intervenir la société à responsabilité limitée D, la société anonyme E et la société anonyme F dans le litige afin d'être tenue par elles quitte et indemne de toute condamnation pouvant être prononcée à son encontre.

Par jugement rendu le 4 décembre 2009 le tribunal a dit irrecevable la demande récursoire formée en cours d'instance par la société C contre les sociétés D, E et F, a dit la demande de B partiellement fondée, a condamné la société C à payer à B la somme de 18.746.- euros et la société A à lui payer in solidum avec la société C la somme de 8.123.- euros. Il a encore condamné la société C aux frais de l'instance, y compris les frais d'expertise et les frais de l'instance de référé et a condamné la société A in solidum avec la société C à la moitié de ces frais. Il a enfin dit non fondée la demande en intervention formée par A.

Ce jugement a été signifié le 9 février 2010 aux sociétés C et A.

Par exploit d'huissier du 18 mars 2010 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement en intimant toutes les parties présentes en première instance.

Sur cet appel la société D, en liquidation volontaire, n'a pas constitué avocat. Ayant toutefois été assignée en personne, l'arrêt sera rendu contradictoirement à son égard.

La société A reproche au jugement entrepris d'avoir retenu la responsabilité de son assurée, la société C, sur base de l'article 544 du Code civil, de ne pas avoir retenu le moyen de l'appelante concernant l'absence de couverture du sinistre et d'avoir rejeté son action récursoire contre les sociétés E, D et leur assureur F.

B et la société E concluent à l'irrecevabilité du moyen d'appel de la société A visant la responsabilité de la société C sur base de l'article 544 du Code civil. Ils font valoir que le jugement du 4 décembre 2009, n'ayant pas été entrepris par la société C, est actuellement définitif à son égard de sorte que la société A est irrecevable à demander à la Cour de procéder à un nouvel examen de la question de la responsabilité de cette société.

Le jugement n'est pas définitif à l'égard de la société A laquelle peut par son appel remettre en question tous les motifs retenus par les premiers juges à l'appui de leur décision de la condamner in solidum avec son assurée, la

société C, à réparer le dommage subi par B, y compris celui de la responsabilité de son assurée dans ledit dommage.

Par conclusions notifiées le 11 octobre 2010 la société C interjette appel incident contre le jugement en ce que sa responsabilité a été retenue sur base de l'article 544 du Code civil, en ce que sa demande récursoire contre les sociétés D, E et F a été déclarée irrecevable et en ce que la société A n'a pas été déclarée tenue à couvrir l'entièreté du dommage accru à B.

B et la société E soulèvent l'irrecevabilité de cet appel incident, dans la mesure où il tend à remettre en cause la responsabilité de la société C sur base de l'article 544 du Code civil, pour être un appel incident d'intimé à intimé dans un litige dont l'objet n'est pas indivisible, le délai d'appel étant largement révolu au moment de la notification des conclusions contenant l'appel incident, vu la signification du jugement intervenue le 9 février 2010.

La société C s'oppose à ce moyen. Elle soutient que la condamnation de la partie A in solidum avec la partie C repose sur la mise en jeu de responsabilité de la partie C dans le dommage accru à B et sur la relation causale entre ce dommage et les travaux relevant de la responsabilité de C, sinon de D et E, que l'appel interjeté par A vise à écarter la responsabilité de C sur base de l'article 544 du Code civil et à solliciter la condamnation des parties E et D, que dès lors l'objet de l'instance est indivisible étant donné que si l'arrêt à intervenir était contraire au jugement de première instance il y aurait impossibilité absolue d'exécuter le jugement contre C et l'appel contre A, notamment en raison du caractère in solidum de la condamnation.

En ordre subsidiaire elle fait valoir, ensemble avec la société A qu'en cas d'appel d'un coobligé le coobligé intimé par cet appel peut se joindre à l'appelant pour tout ce qui concerne la défense des intérêts communs sans même faire appel incident.

L'indivisibilité de l'objet du litige ne résulte pas d'une identité des faits qui sont à sa base, ni même d'une identité de moyens invoqués par les parties, mais de la seule impossibilité matérielle d'exécution simultanée du jugement de première instance contre une partie non appelante et de l'arrêt contre une partie appelante. Pareille indivisibilité de l'objet du litige n'existe pas en matière de solidarité, parfaite ou imparfaite, et en cas de condamnation solidaire l'un des coobligés peut faire appel sans intimer son coobligé et obtenir sa décharge totale ou partielle et le créancier pourra exécuter le jugement contre le coobligé non appelant, mais devra respecter l'arrêt dans ses relations avec le coobligé appelant.

Il est vrai que dans ce cas il se pose un problème au niveau de la répartition de la dette entre coobligés solidaires et pour pallier à cet inconvénient la solidarité produit, elle aussi, certains effets en matière d'appel. Ainsi l'appel régulièrement relevé par un des coobligés solidaires profite aux autres et rend recevable l'appel irrégulier ou tardif interjeté par un coobligé dans la mesure où les exceptions et défenses lui sont communes avec le premier appelant.

En l'espèce la société C a été intimée par l'appel de la société A, elle n'avait donc pas besoin d'interjeter un appel principal pour être présente dans le litige débattu en instance d'appel. Ainsi que le font valoir à juste titre les sociétés C et A, elle n'a même pas besoin d'interjeter appel incident, mais peut se joindre à l'appelante A pour la défense des intérêts communs et profiter de la décision à intervenir sur l'appel de cette société.
(cf. Cour 5.4.2000, P.31,321)

Tel est le cas du moyen d'appel invoqué par la société C dans ses conclusions du 11 octobre 2010 concernant sa responsabilité sur base de l'article 544 du Code civil au motif qu'à la date de l'assignation en justice de B elle n'était plus propriétaire des fonds litigieux, moyen qui rejoint celui invoqué par A dans son acte d'appel.

C'est à tort que dans ce contexte B soutient qu'en admettant que la société C puisse se joindre à l'appel de la société A, cette jonction ne serait possible que dans les limites de la somme de 8.123.- euros à laquelle A a été condamnée. Ce n'est en effet pas la somme, mais le moyen qui doit être commun et si la Cour retient, sur appel de la société A auquel s'est jointe la société C, que cette dernière n'est pas tenue à dédommagement sur base de l'article 544 du Code civil, elle ne pourra pas dire qu'elle est quand même tenue à concurrence du montant mis à sa seule charge par le jugement entrepris.

En ce qui concerne l'action récursoire contre les sociétés D, E et F, les moyens d'appel des sociétés C et A diffèrent, A reprochant aux premiers juges d'avoir dit non fondée son action récursoire au motif qu'elle ne peut exercer cette action qu'après avoir indemnisé la victime, tandis que C leur reproche d'avoir dit son action récursoire irrecevable au motif que celle-ci aurait dû faire l'objet d'une assignation.

La Cour constate toutefois qu'aucune des parties intéressées par ce moyen invoqué à l'appui de l'appel incident de la société C n'a soulevé l'irrecevabilité de l'appel quant à ce moyen d'appel. Dans ses conclusions du 23 novembre 2010 la société E soulève l'irrecevabilité de l'appel incident en ce qu'il porte sur la responsabilité de la société C sur le fondement de l'article 544 du Code civil et conclut au fond en ce qui concerne sa propre responsabilité invoquée par les sociétés C et A à l'appui de leurs actions récursoires. Les conclusions de F sont muettes au sujet de l'appel incident relevé par la société C. La société D n'a pas constitué avocat.

Le moyen d'irrecevabilité d'un appel incident est d'intérêt privé et doit être soulevé par la partie intimée sur cet appel incident. Il en est différemment si la partie intimée n'est pas présente en instance d'appel de sorte qu'elle n'a pas connaissance de l'appel incident formé par simples conclusions. Dans ce cas, dans un souci de protection des intérêts de cette partie non présente, l'appel dirigé contre cette partie doit obligatoirement faire l'objet d'une assignation et la juridiction d'appel ne peut connaître d'un appel incident dirigé contre elle, mais doit dire celui-ci irrecevable.

Il s'en suit que l'appel incident, dans la mesure où il remet en cause la décision des premiers juges concernant l'irrecevabilité de l'action récursoire de la société C est à dire irrecevable en tant que dirigé contre la société D et recevable pour le surplus.

Quant à la demande de B

Les sociétés A et C reprochent au jugement entrepris d'avoir retenu la responsabilité de la société C sur base de l'article 544 du Code civil au motif qu'elle était promoteur-constructeur de la "Résidence G" et propriétaire du terrain au moment du fait générateur du dommage alors, selon ces parties, que l'action en responsabilité pour troubles de voisinage ne peut se concevoir que contre le propriétaire actuel et non contre celui qui présidait à l'initiative des travaux. Elles renvoient à un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 11 mai 2000 (B.C. 2000, III, n° 106).

La Cour se rallie toutefois aux premiers juges en ce qu'ils ont dit que le droit à réparation et l'obligation corrélative de compenser naissent dès le fait générateur du dommage et sont personnels tant au voisin lésé qu'au propriétaire-constructeur dont le fait a causé la lésion, qu'en l'espèce le fait générateur du dommage est l'édification même de l'immeuble qui se situe avant la réception des appartements par les acquéreurs (cf. Cour d'appel, 1ière chambre. 23.1.2002, n° 25354 du rôle, P. Rigaux, Le droit de l'architecte, Larcier 1993, n° 499; J. Hansenne, RCJB 1984, p.96).

Concernant l'argument de la société A que la solution adoptée par les premiers juges est incompatible avec le caractère réel de l'action fondée sur l'existence de troubles anormaux du voisinage, il est dit au Jurisclasseur (Civ. Art. 54, fasc. 10, n° 47) qu'il y a une sorte d'ambivalence de la jurisprudence française qui oscille entre un fondement réel et un fondement personnel et que la théorie des troubles anormaux de voisinage a plutôt un fondement dual.

La société C conteste encore que les travaux à la Résidence G aient causé à B des inconvénients excédant ceux normalement admis, se prévalant d'une prédisposition anormale de l'immeuble appartenant à ce dernier. Elle reproche dans ce contexte aux premiers juges de ne pas avoir exclu de l'indemnisation le montant de 3.146.- euros pour "muret arrière et piquet", soutenant que l'expert aurait pointé du doigt "la vétusté des matériaux".

Ces moyens de la société C ne sont pas communs à l'appelante A qui ne les a pas invoqués à l'appui de son appel et ne peuvent partant être reçus.

B déclare, pour le cas où l'appel incident de la société C serait déclaré recevable, également relever appel incident du jugement du 4 décembre 2009 en ce que les premiers juges ont retenu que le montant de 1.800.- euros mis en compte par l'expert pour les fissures au sol et aux murs de la cave n'est pas à prendre en compte.

Il a été dit que relativement à la remise en cause d'une application de l'article 544 du Code civil la société C n'a pas besoin d'interjeter appel incident, mais peut se joindre à l'appelante A. B peut donc diriger son appel incident, dont la recevabilité n'est d'ailleurs pas critiquée, contre la société C tout comme il peut de toute façon le faire à l'encontre de la société A.

Pour motiver leur décision de retirer le montant de 1.800.- euros de l'indemnité chiffrée par l'expert les premiers juges ont dit que les parties en litige ont fait dresser un état des lieux de la maison de B par un huissier de justice avant le début des travaux, que l'huissier n'a toutefois pas dressé d'état des lieux de la cave de sorte que l'expert retient au point 3.4.6. de son rapport intermédiaire (il s'agit en fait du rapport définitif) qu'il lui est impossible de déterminer quelles fissures sont en relation avec la construction voisine.

A l'appui de son appel B fait plaider que l'absence d'état des lieux avant commencement des travaux laisse présumer que les lieux étaient en bon état, que les premiers juges ne pouvaient donc retirer le montant de 1.800.- euros pour les motifs par eux énoncés. Il ajoute que l'expert, après avoir constaté que certaines fissures ont vu le jour suite à la construction, a proposé une indemnité compensatrice globale de 1.800.- euros.

En page 4 de son rapport définitif l'expert dit que *"si l'huissier avait examiné le sous-sol, il n'aurait pas manqué de noter les nombreux désordres existant compte tenu de ce que nous avons pu voir le 27 juillet 2007. En effet, compte tenu des caractéristiques des fissures visualisées, l'expert dit que l'ancienneté des fissures est avérée, et que sans état des lieux antérieur au travaux, il est impossible de faire un éventuel distinguo entre fissures existant avant les travaux de construction et les fissures qui seraient apparues suite aux travaux".*

La présomption invoquée par B se trouve renversée par ces développements de l'expert.

En page 10 de son rapport, au point 3.4.6. l'expert dit qu'il a précisé dans son rapport intermédiaire qu'en l'absence d'état des lieux avant commencement des travaux il ne pouvait dire quelles étaient les fissures qui pouvaient être mises en relation avec ces travaux, ceci eu égard aux cinq années qui se sont écoulées avant son passage.

Il ajoute que *"compte tenu des désordres observés au niveau du rez-de-chaussée côté nouvelle construction, l'expert dit qu'un certain nombre de fissures ont vu le jour. A ce titre l'expert propose une indemnité compensatrice globale de 1.800 €."*

Il s'en suit que si l'expert n'a pu, de par leur aspect, distinguer les fissures anciennes des fissures nouvelles, il déduit toutefois des désordres qu'il a observés au rez-de-chaussée et qui sont dus aux travaux de construction qu'un certain nombre de fissures au sous-sol ont également été engendrés par ces travaux.

En présence de cette conclusion de l'expert que la Cour n'a aucune raison de mettre en doute il y a lieu de maintenir le montant de 1.800.- euros et de chiffrer au montant retenu par l'expert, soit 20.546.- euros, l'indemnité devant revenir à B.

A l'appui de son appel la société A reproche aux premiers juges de ne pas avoir accueilli son moyen tiré de l'article 7.2.2. des conditions spéciales de l'assurance Tous Risques Chantier conclue auprès d'elle par la société C, aux termes duquel sont exclus de l'assurance tous dommages "normalement prévisibles et inéluctables".

Elle fait valoir que sur question quant à l'existence d'une éventuelle faute commise par les sociétés D et E qui pourrait expliquer la survenance du dommage accru à l'immeuble B, l'expert H a répondu *"qu'en l'état actuel de la technique il n'y a pas de moyens pour prévenir et se prévenir totalement de l'apparition de tels dégâts",* qu'il explique encore *"que le simple fait de décider de construire dans un quartier ancien un nouvel immeuble d'importance, est de nature à modifier la stabilité du sol, et d'induire des éventuels désordres dans des rayons variables selon la nature du sol et selon l'importance de la construction".*

La société A en déduit que le dommage était en l'espèce, compte tenu de l'ancienneté du quartier et de l'importance de la résidence qui allait y être construite, de l'ordre du prévisible et de l'inéluctable et elle reproche aux premiers juges d'avoir dit qu'elle n'aurait pas rapporté la preuve du bien-fondé de son affirmation étant donné que l'expert ne se serait pas prononcé sur la question de savoir si le dommage aurait pu être évité en utilisant une autre technique, le cas échéant mieux adaptée à la configuration des lieux. En ordre subsidiaire, elle conclut à voir nommer un consultant afin de se prononcer sur la question si moyennant l'utilisation d'une autre technique les dégâts auraient pu être évités.

En réponse à la question lui posée l'expert dit aussi que *"la mise en place de micro pieux engendrent des vibrations inévitables et des compressions latérales. Selon la nature du sol et la solidité des immeubles avoisinants, des désordres apparaissent ou n'apparaissent pas."* Plus loin et concernant les précautions qu'il aurait fallu prendre l'expert, après avoir dit qu'il n'a aucune réponse à donner, continue comme suit: *"Il fallait stabiliser la plate forme. Il fallait stabiliser les accès qui sont placés contre la maison B."*

La Cour déduit des explications données par l'expert que l'apparition des désordres est fonction de la nature du sol, de l'importance de la construction envisagée et de la solidité des immeubles avoisinants. En décidant de construire une résidence dans un quartier ancien le promoteur-constructeur avisé prendra donc la précaution de faire procéder à une étude du sol et d'adapter l'importance de la construction envisagée aux conditions des lieux. Il ne résulte pas des éléments du dossier qu'une étude du sol ait été pratiquée. L'expert cite d'autre part des mesures préventives qui auraient pu être prises et ne l'ont pas été en l'espèce.

Suite à l'apparition de dégâts dans plusieurs immeubles avoisinant la construction litigieuse l'expert I a dressé le 14 mars 2003 un rapport d'expertise versé par la société A et la société C et auquel la Cour peut avoir égard en tant que pièce du dossier. Dans son rapport l'expert I dit relativement à la maison de B:

"En ce qui concerne la maison V, la situation est plus critique du fait de la proximité immédiate de la fouille et des dégâts déjà constatés.

Il a donc été proposé de ne plus terrasser profondément dans la partie immédiate contigüe à la maison V.

La solution idéale aurait été de ne pas prévoir de sous-sol pour les 3 à 4 m. longeant la maison existante. En tout cas il a été demandé au promoteur de limiter la hauteur du sous-sol à une hauteur normale et de ne pas réaliser de cuve pour l'élévateur de voitures."

Il résulte donc d'ores et déjà des rapports H et I que des mesures auraient en l'espèce pu être prises afin d'éviter les dégâts apparus, de sorte que, sans qu'il y ait lieu de demander à un consultant si une autre technique aurait pu les faire éviter, il y a lieu de retenir que le dommage n'était en l'espèce pas normalement prévisible et inéluctable au sens de l'article 7.2.2. des conditions spéciales de l'assurance "Tous Risques Chantier" souscrite auprès de A. Le moyen reste non fondé.

La société A invoque ensuite l'article 2.3 des conditions particulières de la police d'assurances "Tous Risques Chantier" aux termes duquel *"les garanties sont acquises en deuxième rang après épuisement des polices RC des assurés dont les garanties ne pourront être réduites ni suspendues avant l'expiration des présentes".*

Elle fait valoir que, conformément à cette disposition, A ne peut être condamnée à indemniser B que si le sinistre n'est couvert par aucune autre police d'assurance RC qui aurait été souscrite par l'un quelconque des intervenants sur le chantier dont la responsabilité serait engagée vis-à-vis de B, ce qui est en l'espèce le cas des sociétés E et D, dont la responsabilité est couverte par la police RC *"……"* souscrite auprès de la société F.

C'est à bon droit qu'B conclut à voir dire que la disposition de l'article 2.3. des conditions particulières ne lui est pas opposable. En effet, et ainsi que le souligne la société F, elle se heurte à l'article 55,1. de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, aux termes duquel:

"Si un même intérêt est assuré contre le même risque auprès de plusieurs assureurs, l'assuré peut, en cas de sinistre, demander l'indemnisation à chaque assureur, dans les limites des obligations de chacun d'eux, à concurrence de l'indemnité à laquelle il a droit.

Sauf en cas de fraude, aucun des assureurs ne peut se prévaloir de l'existence d'autres contrats couvrant le même risque pour refuser sa garantie."

Si la victime disposant de l'action directe peut se voir opposer les exceptions que l'assureur aurait pu opposer à son assuré, une exception que la loi défend à l'assureur d'opposer à son assuré est également inopposable à la victime.

La société C reproche aux premiers juges de n'avoir condamné la société A in solidum avec C qu'à indemnisation de la moitié du dommage accru à B, après déduction de la franchise de 2.500.- euros, au motif qu'aux termes de l'article 4 des conditions particulières de la police d'assurance il y a coassurance entre les sociétés A et A2 à concurrence de chaque fois 50%. Elle soutient que cette coassurance ne l'intéresse pas, étant donné qu'elle est liée contractuellement uniquement avec l'entité luxembourgeoise.

Les conditions particulières du contrat d'assurance conclu entre C et A contiennent toutefois la clause de la coassurance et cette clause lie donc C. Le jugement est à confirmer sur ce point pour les motifs y énoncés.

Par réformation du jugement entrepris la demande dirigée par B à l'encontre de la société C est à dire fondée à concurrence de la somme de 20.546.- euros et celle dirigée contre la société A à concurrence de 20.546 – 2.500 : 2 = 9.023.- euros.

Quant aux demandes en garantie

Demande de la société C

La société C reproche aux premiers juges d'avoir dit sa demande en garantie formée à l'audience contre les sociétés E, D et F irrecevable. Ce reproche n'intéresse pas la société D, l'appel de la société C étant irrecevable en tant que dirigé contre cette société.

A l'appui de cette décision le tribunal a dit qu' "indépendamment de la question de savoir si en matière sommaire une demande en garantie peut être formulée oralement à la barre, il faut relever que les parties E, D et Le F n'ont pas été assignées conjointement avec la société C, de sorte qu'il n'existe aucun lien d'instance commun à ces parties et qu'une demande en garantie de la société C contre les sociétés E, D et Le F aurait nécessité une assignation".

S'il est vrai que l'appel en garantie, tel qu'il a en l'espèce été formé par la société A contre les sociétés E, D et F, ne crée pas de lien juridique entre le garant et le demandeur à l'action principale, respectivement un codéfendeur à cette action, ce lien peut toutefois être créé par une demande formulée expressément contre l'appelé en garantie. Cette demande peut prendre la forme de conclusions notifiés en cours d'instance (cf. art. 481 NCPC; E.D. vbo Garantie, n° 21; Cass. 3e civ. 3.2.1999, B.C. 1999, 3, n° 30).

Elle peut être formulée verbalement à l'audience dans les procédures sans représentation obligatoire (cf. JCL Proc. Civ. Fasc. 126-7, n° 21).

Par réformation du jugement entrepris il y a lieu de dire recevable en la forme la demande en garantie formée par la société C contre les sociétés E et F, cette dernière en sa qualité d'assureur de E et de D.

La société F n'a pas pris position quant à cette demande en garantie, n'ayant conclu que relativement à la demande en garantie de la société A. Il y a lieu de renvoyer le dossier devant le magistrat de mise en état pour instruction supplémentaire de cette demande.

Demande en garantie de la société A

La société A reproche au jugement entrepris d'avoir dit non fondée sa demande dirigée contre les sociétés E, D et F afin d'être tenue par elles quitte et indemne des condamnations prononcées à son encontre en faveur de B.

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit qu'un assureur "Tous Risques Chantier" ne peut exercer aucun recours contre ses assurés et que les sociétés E et D figurent parmi les personnes assurées aux termes de la police d'assurance souscrite par C auprès de A.

En ce qui concerne la demande dirigée contre la société F, les premiers juges ont relevé que dans son exploit d'assignation la société A déclare exercer l'action directe à l'encontre de F et agir par voie de subrogation dans les droits de la société C et de B. Ils ont dit que si une compagnie d'assurance, assignée par la victime d'un dommage, est en droit d'appeler en garantie un coresponsable et l'assureur de ce dernier sans avoir besoin de justifier du versement préalable de l'indemnité d'assurance, un recours subrogatoire, tel qu'exercé en l'espèce par la société A, n'est, conformément à l'article 52 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, envisageable qu'une fois le dommage indemnisé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La société A fait valoir que dans son assignation en intervention elle avait sollicité la condamnation des sociétés D, E et F à la tenir quitte et indemne des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre et que dans une note de plaidoirie versée au cours des débats de première instance elle avait précisé qu'elle formait un appel en garantie. Selon l'appelante, si la subrogation ne peut effectivement se produire qu'à partir du moment où la victime a été désintéressée, il peut toutefois déjà être discuté dans le cadre de la présente procédure des sommes que les parties mises en intervention seraient amenées à rembourser à la partie appelante si celle-ci devait être condamnée envers le demandeur principal.

Il est vrai que dans l'assignation en intervention la société A, après avoir dit agir par voie de subrogation et exercer l'action directe contre F, demande dans le dispositif, non pas la condamnation des parties mises en intervention à lui payer une certaine somme, mais à la tenir quitte et indemne des condamnations pouvant intervenir à son encontre. Elle a donc en fait exercé

l'action en garantie laquelle n'est pas soumise au désintéressement préalable de la victime.

Il y a lieu de réserver la demande en garantie de la société A pour le surplus pour être toisée ensemble avec celle de la société C.

L'appel dirigé contre B étant définitivement toisé par le présent arrêt, il y a lieu de statuer sur les frais en ce qui concerne cet appel.

La demande de B en allocation d'une indemnité de procédure est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de condamner la société A à payer à B la somme de 2.000.- euros, justifiée au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

Il y a encore lieu de la condamner aux frais de son appel dirigé contre B.

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,

reçoit l'appel de la société anonyme A en la forme;

quant à la demande de B

reçoit l'appel incident de B et l'appel incident de la société anonyme C dirigé contre la société anonyme A;

dit non fondé l'appel de la société anonyme A en tant que dirigé contre B;

dit non fondé l'appel incident dirigé par la société anonyme C contre la société anonyme A;

dit fondé l'appel incident de B;

par réformation du jugement entrepris,

dit la demande de B fondée à concurrence du montant de 20.546.- euros;

condamne la société anonyme C à payer à B la somme de 20.546.- euros avec les intérêts légaux à partir du 4 décembre 2009 jusqu'à solde;

condamne la société anonyme A in solidum avec la société anonyme C à payer à B la somme de 9.023.- euros avec les intérêts légaux à partir du 4 décembre 2009 jusqu'à solde;

confirme le jugement dans ses dispositions concernant les frais de première instance en rapport avec la demande de B, les frais d'expertise et les frais de l'instance de référé, ainsi que l'indemnité de procédure;

condamne la société anonyme A à payer à B une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel;

condamne la société anonyme A aux frais de son appel dirigé contre B, dont distraction au profit de Maître Monique Wirion, sur ses affirmations de droit;

quant aux demandes en garantie

dit irrecevable l'appel incident de la société anonyme C portant sur l'irrecevabilité de sa demande en garantie en tant que cet appel incident est dirigé contre la société à responsabilité limitée D;

le dit recevable en tant que dirigé contre les sociétés anonymes E et F;

le dit fondé;

par réformation du jugement entrepris,

reçoit en la forme la demande en garantie formée par la société anonyme C à l'encontre des sociétés E et F;

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état pour instruction supplémentaire de cette demande;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la demande en garantie dirigée par la société anonyme A contre les sociétés D et E;

réserve cette demande en garantie en tant que dirigée contre la société anonyme F pour y être statué ensemble avec la demande en garantie de la société anonyme C;

réserve les frais de l'instance d'appel en ce qui concerne ces demandes.