*Arrêt commercial*

*Audience publique du sept mars deux mille douze.*

*Numéros 36763 et 36764 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 à responsabilité limitée A S.A.,*** *établie et ayant son siège social à L-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***appelante*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 11 août 2010,*

*comparant par Maître Lony THILLEN, avocat à Diekirch ;*

***e t :***

***1) B,*** *indépendant, né le ……..…., demeurant à L-…. V,*

***2) C,*** *indépendante, née le ……..., demeurant à L-…. V,*

***intimés*** *aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

*sub 1) et 2) comparant par Maître Alain BINGEN, avocat à Diekirch ;*

***3) la société de droit belge D S.P.R.L.,*** *établie et ayant son siège social à B-…. W, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée*** *aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

*comparant par Maître Josiane EISCHEN, avocat à Diekirch ;*

***4) la société anonyme E S.A.,*** *société anonyme d'assurances agréée sous le numéro …., établie et ayant son siège social à B-…. X du Souverain, inscrite au registre de commerce de X sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée*** *aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

*comparant par Maître Jean-Marie ERPELDING, avocat à Luxembourg ;*

***I I )***

***la société de droit belge D S.P.R.L.,*** *établie et ayant son siège social à B-…. W, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro …….., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***appelante*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch du 13 août 2010 et d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 17 août 2010,*

*comparant par Maître Josiane EISCHEN, avocat à Diekirch ;*

***e t :***

***1) B,*** *indépendant, né le ……., demeurant à L-…. V,*

***2) C,*** *indépendante, née le ……..., demeurant à L-…. V,*

***intimés*** *aux fins du susdit exploit WEBER,*

*sub 1) et 2) comparant par Maître Alain BINGEN, avocat à Diekirch ;*

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

***intimée*** *aux fins du susdit exploit WEBER,*

*comparant par Maître Lony THILLEN, avocat à Diekirch ;*

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

***intimée*** *aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

*comparant par Maître Jean-Marie ERPELDING, avocat à Luxembourg.*

---

## LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 10 septembre 2008 B et son épouse C ont fait comparaître la société de personnes à responsabilité limitée D et la société à responsabilité limitée A devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, à leur payer la somme de 33.382,42 euros en réparation des malfaçons affectant les travaux effectués à leur immeuble, imputables aux parties assignées.

Par exploit d'huissier du 24 avril 2009 la société D a fait donner assignation en intervention à la société anonyme E pour être tenue par elle quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son encontre.

Par jugement rendu le 2 juin 2010 le tribunal a dit la demande dirigée par B et C contre les sociétés D et A fondée en principe et a chargé l'expert F de constater les dégâts, de se prononcer sur les mesures de remise en état et d'en chiffrer le coût. Il a dit non fondée la demande en intervention dirigée par la société D contre la société E.

Par exploit d'huissier du 11 août 2010 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Par exploits d'huissier des 13 et 17 août 2010 la société D en a régulièrement relevé appel.

Les faits qui sont à la base du litige sont les suivants:

Le 10 mai 1999 B et C ont chargé la société G des travaux de gros-œuvre et des travaux de charpente en bois relatifs à la construction d'un complexe hôtelier à V. Les travaux de charpente ont été sous-traités par la société G à la société D.

Suivant convention de contrôle technique signée le 21 juillet 1999 B et C ont chargé la société A d'une mission de contrôle technique du chantier sis à V

Par jugement du 10 janvier 2001 la société G a été déclarée en faillite.

Par ordonnance de référé n° 81/2002 l'expert F a été chargé, dans le cadre d'un litige opposant le curateur de la faillite G et les époux B-C, en présence

des sociétés A et D, de constater les désordres affectant les travaux effectués par les soins des deux entreprises.

Dans son rapport du 11 novembre 2002 l'expert F constate qu'un chaînage périphérique en béton armé, qui a été réalisé à l'étage au-dessus des murs extérieurs, a été découpé verticalement aux endroits des appuis des arbalétriers centraux avant la pose de la charpente, et ceci sur les quatre côtés de l'immeuble. Il dit que le chaînage doit agir comme une ceinture permettant de reprendre et d'équilibrer les efforts horizontaux résultant notamment de la charpente et que l'interruption du chaînage empêche la reprise de ces efforts horizontaux et l'action de ces efforts non compensés a pour cause l'apparition de fissures. Le responsable de la société D ayant déclaré que son entreprise n'a pas effectué les découpes en question, l'expert retient la responsabilité de la société G.

Le 7 juillet 2008 l'expert H établit à la demande des époux B-C un nouveau rapport d'expertise dans lequel il retient que la société D, si elle n'a pas été à l'origine des découpes, a néanmoins commis une faute en acceptant un support défectueux et que la société A n'a pas correctement exécuté sa mission de surveillance.

Se prévalant de ce rapport B et C ont assigné les sociétés D et A en basant leur demande à l'encontre de D sur les articles 1382 et 1383 du Code civil et à l'encontre de A sur les articles 1142 et 1147 du Code civil.

Quant à l'appel de la société A

La société A reproche aux juges de première instance d'avoir retenu qu'elle était tenue d'une obligation de résultat en écartant le moyen de l'autorité de la chose jugée invoqué par A sur base d'un jugement rendu par le tribunal de paix de Diekirch le 10 août 2004 au motif que ce jugement, rendu entre les mêmes parties, n'aurait pas le même objet que le présent litige. Elle conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir dire la demande dirigée contre elle irrecevable.

Il résulte de ce jugement que la société A avait assigné B en paiement des prestations effectuées par elle en vertu de la convention du 21 juillet 1999, qu'B avait formulé une demande reconventionnelle contre A en paiement de dommages et intérêts pour inexécution fautive de sa mission de contrôle. Le tribunal de paix a dit cette demande reconventionnelle non fondée aux motifs que dans le cadre de sa mission contractuelle la société A n'était tenue que d'une obligation de moyens, que le demandeur doit dès lors établir que l'inexécution lui reprochée est due à un manquement à ses obligations contractuelles, manquement qui ne résulte pas du rapport d'expertise F. B a été condamné au paiement du montant réclamé par A.

Ce jugement n'a pas été frappé d'appel et a été exécuté par B.

C'est à bon droit que sur base des énonciations du jugement relatives à la demande reconventionnelle d'B, la société A invoque l'autorité de la chose jugée, la demande actuelle des époux B-C, fondée sur la responsabilité contractuelle de la société A, ayant été toisée et rejetée par le jugement du 10 août 2004.

Par réformation du jugement entrepris la demande dirigée par les époux B-C contre la société A est à dire irrecevable.

Quant à l'appel de la société D

La société D reproche aux juges de première instance de ne pas avoir fait droit à sa demande tendant à voir écarter le rapport d'expertise H pour ne pas être contradictoire et pour défaut de neutralité de l'expert H.

Les premiers juges ont à bon droit rejeté le reproche d'un défaut de contradictoire en constatant que la société D a été invitée par l'expert H d'assister aux opérations d'expertise et qu'elle y a en fait assisté accompagnée par l'expert I.

Concernant le reproche d'un défaut de neutralité de l'expert H, la société D renvoie à un courrier adressé le 12 février 2008 par l'expert H dans le cadre de ses propres opérations d'expertise à l'entreprise de charpente J, courrier figurant à l'annexe de son rapport. Dans ce courrier versé en photocopie, laquelle ne reproduit pas l'intégralité du texte, il est dit:

*"*(Afin) *qu'il soit possible à Monsieur B d'assigner la firme Jacobs et le bureau A, l'avocat nous* (a viv)*ement conseillé de procéder d'abord par une expertise contradictoire".*

Il est vrai qu'on peut déduire de ce courrier un risque de parti-pris de l'expert H, qui a procédé à son expertise dans le but de permettre aux époux B-C de demander réparation aux sociétés D et A et dont le rapport arrive à des conclusions conformes à ce but.

La Cour constate toutefois que pour retenir la responsabilité de la société D les premiers juges ne se sont pas exclusivement basés sur le rapport H. Ils ont constaté que tant l'expert F que l'expert H ont retenu un découpage du chaînage périphérique en béton armé sur les quatre côtés de l'immeuble avant la pose de la charpente et ont dit qu'en acceptant de poser la charpente sur le chaînage découpé la société D a commis une faute qui est à l'origine des vices relevés par l'expert.

Pour arriver à cette conclusion les premiers juges n'avaient pas besoin de l'avis conforme de l'expert H. En effet si la société D, ainsi qu'elle le soutient, n'était pas à l'origine des découpages litigieux, elle a accepté le support vicié créé par la société G et elle ne soutient pas qu'il lui aurait été impossible de constater les découpages au moment de poser la charpente.

La société D affirme encore que le rapport H est en contradiction avec le rapport F, ce dernier ayant constaté des vices dont l'origine ne provient pas exclusivement de l'interruption du chaînage supérieur, mais encore de l'absence de contreventement des murs extérieurs à l'étage et du défaut d'étanchéité des parties enterrées.

Abstraction faite de ce qu'au vu des développements qui précèdent cette affirmation manque de pertinence, les époux B-C font valoir à juste titre qu'ils demandent à la société D réparation des seuls dégâts en rapport avec l'interruption du chaînage. Le jugement entrepris n'a d'ailleurs chargé l'expert F que de l'évaluation des dégâts causés par la pose de la charpente sur le chaînage découpé.

La société D conclut ensuite à voir retenir une part de responsabilité dans le chef des maîtres de l'ouvrage qui, en tant que victimes, sont obligés de minimiser leur dommage.

A l'appui de ce moyen elle fait plaider qu'elle ne saurait répondre d'une aggravation des dégâts laquelle est seule imputable aux demandeurs qui ont attendu près de six ans après le dépôt du rapport F pour entamer la procédure au fond. Elle soutient d'autre part qu'B a réalisé lui-même des travaux en coupant dans la charpente et en posant des poutres en acier contre la charpente et le plafond du dernier étage. Elle conclut à voir compléter la mission de l'expert F dans le sens qu'il devra tenir compte de l'aggravation des dégâts en raison de l'inaction des propriétaires de l'immeuble pendant six ans et de la mise en place de deux poutres en acier.

Les époux B-C répondent qu'il n'y a pas eu d'aggravation des dégâts entre le dépôt du rapport F et l'introduction de l'action dirigée contre la société D. Ils contestent avoir coupé dans la charpente, admettent la pose des deux poutres en acier mais soutiennent que celle-ci, loin d'affecter de manière négative la stabilité de la charpente, l'a au contraire renforcée.

Dans les conclusions de son rapport du 11 novembre 2002 L'expert F émet l'avis que *"la fissuration de la maçonnerie progressera selon toute évidence, en particulier en dessous du chaînage interrompu."*

Il y a lieu de charger l'expert F du complément de mission demandé par la société D.

La société D conclut reconventionnellement à la condamnation des époux B-C à lui payer la somme de 32.334,16 euros représentant le solde du coût des travaux de charpente lui redu par la société G et qu'elle n'a pu récupérer auprès de cette société en raison de sa déclaration en faillite.

En ordre subsidiaire elle leur réclame la somme de 30.282.- euros que les époux B-C redoivent à la société G à titre de solde du coût des travaux de gros-œuvre réalisés par cette société et dont le curateur de la faillite, suite au rapport d'expertise F, a renoncé à poursuivre le paiement.

Les époux B-C opposent l'irrecevabilité de cette demande reconventionnelle pour être nouvelle en appel.

La société D conclut au rejet de ce moyen en faisant valoir que, conformément à l'article 592 du Nouveau code de procédure civile, les demandes nouvelles sont permises en appel s'il s'agit de compensation ou si elles sont en appel la défense à l'action principale. Elle soutient que sa demande reconventionnelle constitue tant un moyen de défense qu'une demande de compensation.

Les demandes qui servent de défense à l'action principale sont de deux sortes: d'une part les demandes qui tendent au rejet total ou partiel de la prétention du demandeur principal en s'attaquant au droit de ce dernier, d'autre part les demandes qui tendent simplement à atténuer les effets de la condamnation prononcée contre le défendeur. La demande de compensation n'est qu'une variété de demande servant de défense à l'action principale. (E.D. Rép. de proc. civ. et comm., éd. 1955, vbo Demande nouvelle, nos 145 et s.).

La demande reconventionnelle de la société D ne rentre pas dans la première catégorie de défenses à l'action principale, ne s'attaquant pas au droit lui-même des époux B-C. Elle ne tend qu'à atténuer les effets d'une condamnation prononcée contre l'appelante, respectivement à voir prononcer la compensation entre des condamnations à prononcer de part et d'autre.

Or, en l'espèce, il n'y a pas eu de condamnation à l'encontre de la société D. Les premiers juges ont renvoyé le dossier devant l'expert F afin de faire évaluer le coût de la remise en l'état, leur permettant de chiffrer le montant à allouer aux époux B-C. Ils ne sont pas dessaisis de ce dernier volet du litige et la Cour n'en a pas été saisie par l'appel des sociétés A et D. Le dessaisissement des premiers juges ne s'opère pas non plus du fait d'un élargissement de la mission de l'expert décidée en instance d'appel.

Il s'ensuit que la demande reconventionnelle de la société D ne peut atténuer les effets d'une condamnation qui n'est pas encore intervenue à son encontre et la Cour ne saurait procéder à une compensation entre les montants que la société D réclame aux époux B-C et celui qui n'a pas encore été alloué à ces derniers.

La demande reconventionnelle est dès lors à dire irrecevable.

La société D réitère sa demande en garantie formée contre la société A et conclut à être tenue par elle quitte et indemne des condamnations pouvant être prononcées à son encontre. Elle soutient qu'il résulte d'un courrier de cette société du 31 août 1998 et de la convention de contrôle technique du 21 juillet 1999 que la mission de la société A comprenait "l'examen des travaux en cours de réalisation", l'"assistance à la réception des travaux" et "la rédaction du rapport définitif traduisant l'avis de A sur les travaux contrôlés", qu'aucun rapport ne semble avoir été dressé et la société D n'a jamais été avisée par la société de contrôle qu'un problème de chaînage périphérique pourrait se poser,

de sorte qu'elle pouvait se fier à l'exécution conforme des travaux de gros-œuvre. La société D en conclut que la société A a gravement manqué à sa mission de contrôle technique et que ce manquement est à l'origine des dégâts.

La société A fait plaider que pour prospérer dans sa demande en garantie, fondée sur la responsabilité délictuelle, la société D doit établir une faute dans le chef de A, qu'une telle faute n'est pas établie en l'espèce. Elle soutient que le contrôle technique de l'exécution auquel elle s'était engagée envers B et C n'était prévu que par sondages et selon l'appréciation de la société A, laquelle ne pouvait être présente en permanence sur le chantier pour lequel la durée des travaux devait être de dix-huit mois.

Les missions que, selon la société D, A se serait engagée d'effectuer figurent dans son courrier du 31 août 1998 contenant les propositions soumises aux époux B-C. Les engagements pris par cette société envers le maître de l'ouvrage sont ceux stipulés dans la convention de contrôle technique signée entre parties le 21 juillet 1999 et concernant l'exécution des travaux il est uniquement prévu à l'article 3: - *le contrôle technique de l'exécution, ledit contrôle étant effectué par sondages; le nombre et la fréquence des visites de chantier restant à l'initiative de A.*

Cette mission, telle que libellée, ne permet pas d'en déduire l'existence d'une faute dans le chef de la société A pour ne pas avoir procédé à un contrôle après la fin des travaux de gros-œuvre et pour ne pas avoir averti l'entreprise de charpente d'un problème au niveau du chaînage périphérique.

La demande en garantie est donc à dire non fondée.

La société D reproche enfin aux premiers juges d'avoir dit non fondée sa demande dirigée contre la société E et basée sur le contrat d'"assurance responsabilité civile des entreprises commerciales et industrielles" souscrite par elle auprès de cette société, au motif que les dommages causés par des produits livrés défectueux ou des travaux exécutés défectueux seraient exclus de l'assurance.

L'assurance souscrite par la société D auprès de E assure la responsabilité civile de l'assuré en cours d'exploitation et après exécution des travaux.

L'article 9 des conditions générales de la société E, figurant sous la rubrique "Responsabilité civile après livraison ou après exécution des travaux", stipule:

*"La compagnie assure la responsabilité civile contractuelle ou extra-contractuelle (en vertu des dispositions des droits belge ou étrangers) des assurés, dans le cadre des activités décrites aux conditions particulières, en raison de dommages corporels et matériels – y compris les dommages indirects en résultant – causés à des tiers par les produits après leur livraison ou les travaux après leur exécution."*

D'après l'article 10 *"sont exclus de l'assurance, les dommages*

*…*

*d) subis par les produits livrés défectueux ou par des travaux exécutés défectueux;*

*e) et les frais relatifs à l'examen, à la réparation, au remplacement, au remboursement ou au retrait des produits ou travaux totalement ou partiellement défectueux ou présumés tels, ainsi que les frais relatifs aux mesures préventives".*

La société E fait plaider qu'il résulte de ces dispositions que les malfaçons et les suites des malfaçons ne sont pas assurées, les dommages causés par les travaux défectueux n'étant pas couverts après livraison ou exécution des travaux, que pour qu'il ait couverture en l'espèce, la société D aurait dû souscrire une assurance "tous risques" avec des primes évidemment beaucoup plus onéreuses.

La société D a souscrit une assurance responsabilité civile couvrant également les dommages causés à des tiers après exécution des travaux.

En principe la responsabilité civile de l'entrepreneur présuppose l'exécution de travaux défectueux ou présumés défectueux. Afin d'éviter que des clauses d'exclusion de l'assurance rendent illusoire toute couverture en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile de l'assuré, pourtant objet de l'assurance, ces clauses doivent être interprétées restrictivement.

C'est à bon droit que la société D soutient que les travaux de charpente exécutés par elle n'étaient pas défectueux. Ainsi qu'il résulte des développements qui précèdent l'appelante doit en l'espèce répondre des dommages causés aux époux B-C parce qu'elle a accepté un support défectueux. Or, dans ces points d) et e) l'article 10 des conditions générales de la société E ne parle que de travaux exécutés défectueux ou présumés défectueux et n'englobe pas dans l'exclusion l'acceptation d'un support défectueux pour y asseoir des travaux par ailleurs conformes aux règles de l'art.

Par réformation du jugement entrepris il y a partant lieu de dire que la société E devra tenir la société D quitte et indemne des condamnations pouvant être prononcées à son encontre.

Les sociétés A et D demandent la condamnation des époux B-C à leur payer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La demande de la société A est fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 800.- euros réclamée, justifiée au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

La demande de la société D est à dire non fondée. Etant donné l'issue de son appel dirigé contre B et C, une participation de ces parties aux frais et dépens de la société D ne se justifie pas.

**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 les appels en la forme;

dit l'appel de la société à responsabilité limitée A fondé;

par réformation du jugement entrepris, dit irrecevable la demande dirigée par B et C contre la société A;

décharge la société A de la participation au paiement de la provision de l'expert F;

condamne B et C aux frais et dépens de première instance engendrés par sa demande dirigée contre la société A;

dit l'appel de la société de personnes à responsabilité limitée D partiellement fondée;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a dit la demande des époux B et C à l'égard de la société D fondée en son principe;

ajoute à la mission de l'expert F, nommé par le tribunal, les points suivants:

- d'examiner s'il y a eu aggravation des dégâts du fait de l'inaction des maîtres de l'ouvrage depuis le dépôt du rapport de l'expert en 2002, et si la pose par le maître de l'ouvrage de deux poutres en acier contre la charpente a eu une incidence sur les dégâts étant résulté du découpage du chaînage périphérique;

- d'en évaluer une répercussion éventuelle sur le coût de la remise en état;

par réformation du jugement entrepris:

dit fondée la demande en intervention de la société D à l'égard de la société anonyme E;

dit que la société E doit tenir la société D quitte et indemne des condamnations pouvant être prononcées à son encontre;

confirme le jugement pour le surplus;

dit non fondée la demande en garantie formée par la société D SPRL contre la société A;

dit irrecevable la demande reconventionnelle formée en instance d’appel par la société D;

condamne B et C à payer à la société A une indemnité de procédure de 800.- euros pour l'instance d'appel;

déboute la société D de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose à raison de chaque fois un tiers aux époux B-C, à la société D et à la société E;

renvoie l'affaire devant les premiers juges.