

Audience publique du 14 décembre deux mille seize

Numéro 42778 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Rita BIEL, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme GAMMA CONCEPT, anciennement GEOFFREY S.A., établie et ayant son siège social à L-2168 Luxembourg, 1, rue de Muehlenbach, représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 1^{er} septembre 2015,

comparant par Maître Georges KRIEGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

le syndicat des copropriétaires de la Résidence RES1.), sise à L-(...), (...), représenté par son syndic la société à responsabilité limitée ALPHA SERVE, établie et ayant son siège social à L-1326 Luxembourg, 21, rue Auguste Charles, représentée par son gérant,

intimé aux fins du susdit exploit MULLER du 1^{er} septembre 2015,

comparant par Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure

Par exploit d'huissier de justice du 27 mai 2013, le syndicat des copropriétaires de la Résidence **RES1.**), ci-après le syndicat des copropriétaires, a fait donner assignation à la société anonyme GAMMA CONCEPT, anciennement GEOFFREY S.A., à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins de s'entendre condamner à lui payer 181.163,93 €, sous réserve d'augmentation, du chef de nombreuses et importantes taches d'humidité sur les façades de la résidence, ainsi que sur les ouvrages annexes de l'immeuble, ce montant avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde avec une majoration automatique du taux des intérêts de trois points à partir du troisième mois suivant la signification du jugement à intervenir. Le syndicat a encore demandé que GAMMA CONCEPT soit condamnée au remboursement des frais engendrés par la procédure de référé, soit un montant de 104,35 € ainsi que par l'expertise HENGGEN, soit 1.558,43 €. Il a de même demandé une indemnité de procédure de 2.000 € et l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Par jugement du 2 juin 2015, le tribunal a dit que l'autorisation d'introduire l'action en justice avait été valablement donnée au syndic par l'assemblée générale extraordinaire des copropriétaires de la Résidence **RES1.)** du 4 juin 2014. Il a dit la demande irrecevable sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, retenu que la façade de la Résidence **RES1.)** n'avait pas fait l'objet d'une réception, déclaré la demande fondée sur base de l'article 1147 du code civil et condamné la société GAMMA CONCEPT à payer au syndicat des copropriétaires de la Résidence **RES1.)** le montant de 181.163,93 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a dit que le taux d'intérêts sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la signification du jugement. La société GAMMA CONCEPT a encore été condamnée au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 € et sa propre demande tendant aux mêmes fins a été déclarée non fondée. Le tribunal n'a pas ordonné l'exécution provisoire de son jugement.

Contre ce jugement lui signifié le 23 juillet 2015, la société GAMMA CONCEPT a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice

du 1^{er} septembre 2015, demandant en premier lieu à la Cour de lui donner acte qu'elle soulève un moyen d'irrecevabilité de l'action adverse pour forclusion, ensuite, par réformation, dire que la façade de la résidence **RES1.**) a fait l'objet d'une réception en bonne et due forme, partant dire que le délai de 10 années pour introduire l'action est dépassé et que l'action introduite par le syndicat des copropriétaires est forclosée. Elle demande la confirmation du jugement en ce que l'action a été déclarée irrecevable sur base des articles 1382 et 1383 du code civil et en ce que l'exécution provisoire du jugement n'a pas été ordonnée. Elle demande la réformation du jugement en ce que la demande a été déclarée fondée sur base de l'article 1147 du code civil et demande à être déchargée de toute condamnation prononcée à son encontre, y compris la majoration du taux d'intérêt et la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure. En ordre subsidiaire, elle conteste le montant évalué par l'expert HENGEN tant en son principe qu'en son quantum et demande à la Cour de ramener le montant de la condamnation à de plus justes proportions. Elle demande, par réformation, une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance et réclame une indemnité de procédure de 4.000 € pour l'instance d'appel.

Le syndicat des copropriétaires demande le rejet de l'appel et conclut à la confirmation du jugement sous réserve d'une éventuelle augmentation du coût de la remise en état des façades de la résidence et réclame une indemnité de procédure de 4.000 € pour l'instance d'appel.

Exposé du litige

La société GEOFFREY S.A., actuellement GAMMA CONCEPT S.A., a réalisé, en sa qualité de promoteur/constructeur, la construction d'un ensemble immobilier à Luxembourg, (...), placé sous le régime de la copropriété selon acte de base reçu par le notaire LECUIT le 9 février 2000.

Selon le syndicat des copropriétaires, les façades de la résidence présentent de nombreuses et importantes taches d'humidité qui se sont également développées sur les ouvrages annexes de l'immeuble, tels l'entrée du garage, ainsi que sur le sol.

Dans un premier temps, le syndicat des copropriétaires a assigné le promoteur en référé pour voir nommer un expert et par ordonnance de référé du 11 mai 2012, l'expert Jean-Claude HENGEN a été commis aux fins de constater l'existence éventuelle de désordres, vices et malfaçons affectant les immeubles de la copropriété.

Dans son rapport déposé le 22 octobre 2012, l'expert a constaté « *la présence d'une formation d'algues organiques, en particulier sur la façade NORD, moins en façade SUD. La formation de ces algues est due essentiellement à la présence d'une flore avoisinante (arbres, arbustes, haies etc...). La porosité de l'enduit de finition a eu pour conséquence la prolifération de ces microorganismes, de sorte que ces algues n'ont aucun problème pour s'y développer* ».

L'expert a retenu que : « *on aurait pu éviter l'apparition de ces microorganismes si on avait appliqué sur l'enduit final un hydrofuge transparent par saturation sur l'enduit de façade et sur le béton vu (accès immeuble).*

La pose de cet hydrofuge aurait protégé l'enduit final (poreux) et aurait empêché que l'enduit final ne se comporte ponctuellement comme une éponge. Ainsi cet hydrofuge appliqué n'aurait pas permis aux microorganismes (algues vertes) de s'y accrocher et de proliférer en présence de l'humidité ».

L'expert a évalué à 164.694,78 € TTC le coût de la remise en état ainsi qu'à 14.321 € (hors TVA), les frais de surveillance et de coordination du chantier (y compris réception des travaux et garantie décennale écrite) et le cas échéant les heures de régie éventuelles à facturer à 47,02 € /heure.

Sur base de ce rapport d'expertise, le syndicat des copropriétaires a assigné GAMMA CONCEPT en paiement dudit montant, estimant que sa responsabilité de promoteur est engagée alors qu'elle aurait dû veiller à fournir un immeuble conforme aux attentes légitimes de la copropriété en ce qui concerne la qualité des façades, voire un immeuble exempt de vices.

GAMMA CONCEPT a soulevé à titre principal l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité pour agir dans le chef du syndicat des copropriétaires. Ce moyen, rejeté en première instance, n'a plus été repris en instance d'appel.

GAMMA CONCEPT reprend cependant le moyen de l'irrecevabilité de la demande pour cause de forclusion en raison du dépassement du délai décennal.

Quant au fond et à supposer l'action recevable, elle est d'avis qu'il s'agit d'un problème d'ordre purement esthétique et conteste qu'il s'agisse d'un vice tombant sous le couvert de la garantie décennale.

Elle conteste finalement les montants réclamés.

La forclusion

GAMMA CONCEPT soutient qu'il y a eu réception expresse sinon tacite en 2000 sinon en 2002 de sorte que le syndicat des copropriétaires aurait été forclos à agir en 2013.

Le syndicat des copropriétaires conteste qu'il y ait eu réception de sorte qu'il faudrait appliquer au litige la responsabilité contractuelle de droit commun de l'article 1147 du code civil avec son délai de prescription de 30 ans.

Afin de départager les parties, il faut en premier lieu déterminer le régime applicable au litige.

Les règles applicables

Il n'est pas contesté qu'il s'agit au départ d'une vente en l'état futur d'achèvement, de sorte qu'il y a lieu à application de la loi du 28 décembre 1976 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie en raison des vices de construction qui a introduit dans le code civil les articles 1601-1 à 1601-14.

Il échet de relever d'abord, au sujet de ces dispositions spéciales, que le terme de « *vice de construction* » doit être interprété extensivement. Il était à l'esprit du législateur luxembourgeois, contrairement à ce qui est le cas pour le régime constitué par les articles 1641, 1642, 1643 et 1644 du code civil, qu' « *il ne devait pas viser seulement les vices qui affectent la solidité, la durée et la conservation de l'immeuble, mais généralement toutes les malfaçons courantes ainsi que les défauts de conformité et de qualité* » (Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, n^o 705 ; Cour, 15 octobre 1987, Pas. 27, p. 188).

Cette précision est importante, alors que le régime de la mise en œuvre de la responsabilité pour vice de construction est radicalement différent de celui pour défaut de conformité, dans la mesure où, en matière de vente d'immeubles à construire, la sanction en cas de constatation de vices de nature dont il est question ci-avant, ne donnera pas lieu à résolution du contrat ou à diminution de prix, mais la loi prévoit que le vendeur devra réparer les vices constatés.

La Cour ne s'attardera donc pas à rechercher si les problèmes affectant la façade sont à qualifier de défauts de conformité ou de vices à proprement

parler, le régime de la responsabilité étant le même en matière de vente d'immeubles à construire.

L'article 1642-1 du code civil établit une distinction originale entre vices apparents et vices cachés en matière d'immeubles à construire, le critère de distinction étant exclusivement technique : le vice est apparent s'il s'est révélé avant le plus tard de deux événements, à savoir la réception de l'ouvrage ou l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession de l'immeuble par l'acquéreur. S'il se révèle plus tard, il est considéré comme caché.

Conformément à la distinction ci-avant décrite, il s'agit dans la présente affaire d'un vice caché, les désordres n'étant apparus qu'en 2011/2012.

Si le vice est caché, c'est l'article 1646-1 du code civil qui s'applique.

« Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu pendant dix ans, à compter de la réception de l'ouvrage par l'acquéreur, des vices cachés dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792 et 2270 du présent code.

Le vendeur est tenu de garantir les menus ouvrages pendant deux ans à compter de la réception de l'ouvrage par l'acquéreur. Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble.

Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer le vice.

L'action née en application du présent article ne peut être exercée par les acquéreurs successifs qu'à l'encontre du vendeur originaire ».

Le régime spécial découlant de l'article 1646-1 du code civil ne s'applique qu'à partir de la réception.

Jusqu'à la réception de l'ouvrage ou à défaut de réception, le constructeur sera soumis à la responsabilité contractuelle de droit commun (article 1147 du code civil) qui cesse avec la réception.

Il importe dès lors de déterminer en premier lieu s'il y a eu réception.

La réception

La preuve de la forclusion incombe à GAMMA CONCEPT.

Celle-ci soutient qu'il y aurait eu réception au courant des années 2000 à 2002.

Dans la mesure où le projet descriptif de l'immeuble résidentiel élaboré par les architectes GUBBINI & LINSTER porte la date du 29 novembre 1999 et que l'acte de base avec règlement général de copropriété n'a été dressé par le notaire LECUIT que le 9 février 2000 et qu'il n'y est encore question que de terrains à bâtir, la construction n'a pu être entamée qu'en 2000 de sorte qu'une réception en 2000 est exclue.

Dans sa farde N° 1, GAMMA CONCEPT verse en pièce 8, vingt-cinq « *procès-verbaux de réception tous effectués durant l'année 2002* ».

La Cour retient qu'il ne s'agit pas de « *procès-verbaux de réception* » mais de « *constats d'achèvement* ».

Or, aux termes de l'article 1601-6 du code civil in fine :

« La constatation de l'achèvement n'emporte par elle-même ni reconnaissance de la conformité aux prévisions du contrat, ni renonciation aux droits que l'acquéreur tient de l'article 1642-1 ».

GAMMA CONCEPT verse ensuite 16 procès-verbaux de réception qui sont effectivement des procès-verbaux de réception au sens propre du terme.

Ces procès-verbaux ont tous été établis au courant de l'année 2002, le premier le 15 mars 2002, le dernier le 28 novembre 2002.

Contrairement aux premiers juges, la Cour retient que la réception des parties privatives comporte la réception des parties communes, l'article 1601-6 du code civil précisant que l'immeuble vendu en l'état futur d'achèvement n'est réputé achevé au sens des articles 1601-2 et 1601-9 que lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'immeuble faisant l'objet du contrat. La réception est donc forcément postérieure à l'achèvement tant des parties privatives que des parties communes et vaut dès lors pour les deux.

Il n'en reste pas moins qu'il découle de l'état descriptif de division de l'acte de base du 9 février 2000 que l'immeuble est composé au total de 130 lots privatifs.

Comme seuls 16 procès-verbaux de réception sur 130 ont été versés dont le dernier date du mois de novembre 2002, rien ne permet d'affirmer que tous les lots ont été réceptionnés jusqu'à fin 2002.

Les premiers juges ont cependant retenu à tort « *Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que la réception de la façade n'est pas établie en cause* » pour conclure ensuite : « *La responsabilité applicable en la matière est la responsabilité contractuelle de droit commun, telle qu'elle résulte de l'article 1147 du code civil* ».

Comme il n'est en effet pas contesté que l'immeuble est entièrement habité, il y a forcément eu réception à un moment donné par le restant des copropriétaires, ne fût-ce qu'en prenant possession des lieux, la réception tacite ayant les mêmes effets que la réception expresse.

Il en suit que les règles de l'article 1646-1 du code civil sont applicables en l'espèce.

L'absence de date concrète de la réception a pour seul effet de laisser planer le doute sur le point de départ du délai de forclusion.

Concrètement, cela signifie qu'en l'espèce GAMMA CONCEPT n'a pas prouvé que le délai fut expiré au moment de l'introduction de l'affaire en justice à condition évidemment qu'il y ait lieu à application de la garantie décennale alors qu'il est pourtant difficilement imaginable que la réception n'ait eu lieu qu'en 2010 ou 2011 afin de permettre d'agir dans le cadre de la garantie biennale.

Il y a dès lors lieu de qualifier les vices affectant la façade.

La qualification des travaux de façade : gros œuvre ou menu ouvrage

GAMMA CONCEPT et le syndicat des copropriétaires s'opposent par rapport à la qualification du vice affectant la façade.

Selon le syndicat des copropriétaires il s'agit d'un vice affectant le gros ouvrage tandis que GAMMA CONCEPT, s'emparant à cet effet tant du rapport d'expertise HENGEN du 22 octobre 2012 que du rapport d'état des lieux MOLITOR du 23 décembre 2011 et de son rapport subsidiaire du 11 janvier 2013, soutient qu'il s'agit d'un « *problème purement esthétique, qui ne met en aucun cas en cause la fonctionnalité de l'ouvrage* », les deux experts ayant par ailleurs jugé « *l'importance de la perturbation optique comme acceptable* ».

Dans la mesure où la qualification du vice - gros ouvrage ou menu ouvrage - est une question d'ordre juridique, elle relève de la seule compétence des juridictions, l'expert n'étant appelé qu'à faire la constatation du vice, en déterminer les origines et à proposer les mesures aptes à y remédier.

La Cour n'est donc pas liée par les déclarations des deux experts, mais doit rechercher s'il s'agit en l'espèce d'un vice affectant un gros ouvrage ou un menu ouvrage.

La distinction entre gros ouvrages et menus ouvrages donne lieu à une jurisprudence abondante. Après avoir, dans un premier temps, réservé le qualificatif de gros ouvrage aux éléments porteurs et à la toiture d'un immeuble, la jurisprudence retient désormais que pour déterminer la notion, il convient de s'attacher non seulement à la fonction de l'ouvrage pour la stabilité et la sécurité de l'édifice, mais de prendre aussi en considération l'utilité de l'ouvrage de manière à considérer comme affectant un gros ouvrage, les malfaçons qui rendent une chose immobilière impropre à sa destination. Ayant énoncé un temps qu'il faut de plus, examiner l'ampleur de la réparation que le vice rend nécessaire, ainsi que le coût et le caractère d'investissement durable que représente l'ouvrage, la jurisprudence la plus récente affirme que le critère est en principe tiré de la nature et de la destination de l'ouvrage, et non des caractères ou de l'importance d'un vice qui l'affecte ou du coût de la remise en état (Georges RAVARANI : La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, n^o 625 ; Cour d'appel, 19 juin 2013, no 37858).

Il est désormais également admis que la notion de mise en péril de l'édifice s'applique non seulement en cas d'altération de la solidité de l'édifice, mais également en cas d'atteinte à la conservation d'une des parties maîtresses de l'immeuble, d'atteinte à la salubrité de la construction ou encore d'existence de vices rendant l'immeuble impropre à sa destination ou même dépassant la mesure des imperfections auxquelles on doit s'attendre dans une construction (Cour 29 septembre 2004, n^o 28077 et 28215 du rôle).

En ce qui concerne plus particulièrement la façade, la question est de savoir s'il convient de considérer l'application de l'enduit final comme un travail sur « existants », ayant une fonction purement esthétique, sans incidence sur l'étanchéité ou l'isolation de la façade, auquel cas le ravalement, la mise en peinture ou l'enduit seraient à qualifier de menus ouvrages ou si, au contraire, il faut considérer les travaux de façade comme la réalisation d'un ouvrage unique bien qu'exécuté en deux temps auquel cas la qualification de gros ouvrage s'impose.

L'enduit de finition ne doit pas être considéré en soi, isolément du corps d'enduit auquel il s'applique. En effet, la façade constitue un tout, un ouvrage unique, composé des deux enduits, l'un assurant l'étanchéité et l'isolation et l'autre apportant la finition voulue. Une façade mono-couche consistant uniquement en un corps d'enduit n'est pas un ouvrage complet ; ce n'est qu'un provisoire. Il serait par conséquent erroné de la décomposer artificiellement en les différentes tranches d'enduit qui la composent et de qualifier chacun de ses éléments distinctement.

La façade doit par conséquent ranger dans son ensemble parmi les gros ouvrages.

Cette qualification s'impose en raison de la fonction de la façade qui, en assurant l'isolation et l'étanchéité de la construction, est un élément essentiel et indispensable pour en garantir à la fois l'habitabilité et la durabilité. En outre, la façade elle-même est un élément durable de la construction (Cour, 11 janvier deux mille six, Numéros 29 699 et 29 711 du rôle).

La Cour note d'ailleurs que si les deux experts s'accordent pour dire qu'il s'agit d'un problème purement esthétique, l'expert HENGEN se montre beaucoup plus nuancé. Ainsi, si l'expert MOLITOR a déclaré que le problème « *ne met en aucun cas en cause la fonctionnalité de l'ouvrage* », l'expert HENGEN a pris soin de préciser que le problème « *ne met, pour le moment, pas la fonctionnalité de l'ouvrage en cause* ».

Le vice étant donc à ranger dans la catégorie de ceux affectant le gros ouvrage, il n'y a pas forclusion, faute par GAMMA CONCEPT de prouver la date de la réception et partant le point de départ du délai décennal.

La faute

Le constructeur est obligé de concevoir et de réaliser un ouvrage exempt de vices.

Quant à la question de savoir si l'obligation de concevoir et de réaliser un ouvrage exempt de vices constitue une obligation de résultat ou de moyens, l'existence d'une obligation de résultat dans le chef du constructeur fait actuellement l'unanimité.

En présence d'une obligation de résultat, dès le désordre constaté, l'entrepreneur peut être recherché sur le fondement d'une présomption, non de faute, mais de responsabilité dont il lui appartient de se dégager sans que le maître de l'ouvrage n'ait à apporter la preuve d'une quelconque faute,

cette présomption ne tombant que devant la preuve de la cause étrangère, du fait d'un tiers ou de la faute du maître de l'ouvrage.

GAMMA CONCEPT fait plaider en premier lieu qu'il s'agirait d'un phénomène de la nature dû à l'implantation géographique de l'immeuble qui serait entouré d'arbres et d'arbustes ce qui favoriserait la formation d'algues organiques.

De manière générale, les phénomènes naturels ne constituent des cas de force majeure que si leur caractère exceptionnel est démontré. L'imprévisibilité et l'irrésistibilité sont appréciées en considération du moment et du lieu auxquels l'événement qui a causé le désordre s'est produit.

La formation d'algues organiques sur la façade d'un immeuble implanté dans un cadre de verdure dont une partie de la façade est entièrement orientée vers le Nord n'est ni imprévisible, alors qu'il s'agit d'un phénomène courant, ni surtout irrésistible alors que l'expert HENGEN retient qu'on « *aurait pu éviter l'apparition de ces micro-organismes si on avait appliqué sur l'enduit final un hydrofuge par saturation sur l'enduit de façade et sur le béton vu (accès immeuble). La pose de cet hydrofuge aurait protégé l'enduit final (poreux) et aurait empêché que l'enduit final ne se comporte ponctuellement comme une éponge. Ainsi cet hydrofuge appliqué n'aurait permis aux micro-organismes (algues vertes) de s'y accrocher et de proliférer en présence de l'humidité. Comme exemple je ne cite que l'immeuble situé en face de la copropriété **RESI.**) où une peinture siloxane (hydrofuge) a été mise en place. Aucun micro-organisme ni algue n'y existe* ».

GAMMA CONCEPT entend ensuite se retrancher derrière la faute du tiers, la société STO, qui a livré les produits utilisés dans la pose de la façade et qui aurait pourtant confirmé que l'enduit posé sur l'immeuble était conforme aux prescriptions techniques de l'époque et qui aurait d'ailleurs confirmé qu'un traitement anticryptomatique, c'est-à-dire un traitement contre les végétaux, existait et avait été mis en place selon la réglementation en vigueur en 1999.

Le sous-traitant, le fabricant et le fournisseur d'éléments d'équipement ou de matériaux sont des partenaires contractuels du locateur d'ouvrage. Mais ils sont des tiers dans les relations avec le maître de l'ouvrage, dont l'entrepreneur principal répond au titre d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui (sur cette question, *V. Ph. Delebecque, Le principe de responsabilité de l'entrepreneur principal du fait de son sous-traitant : Rapp. C. cass. 1991, p. 161, spécialement p. 163 s.*). L'entrepreneur est ainsi responsable du fait de ses sous-traitants. Dans

ces conditions, un locateur d'ouvrage ne peut en aucun cas se prévaloir de la faute d'un sous-traitant ou de vices affectant les matériaux qui lui ont été livrés, afin d'échapper aux conséquences des garanties légales (Jurisclasseur civil, articles 1788 à 1794, Fasc 24 : Construction - Garanties légales - Régime, n° 49).

GAMMA CONCEPT soutient enfin qu'il y aurait faute de la copropriété qui n'aurait pas entretenu la façade en exposant : « *pour qu'un immeuble continue à avoir une belle apparence, faut-il encore l'entretenir lors des années qui passent. Si aucun entretien n'a été fait depuis 1999, il est bien évident que l'apparence se dégrade* ».

Le défaut d'entretien est une cause d'exonération, pourvu qu'il soit à l'origine du désordre (cf. ouvrage précité, N° 60).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, alors que l'origine du désordre consiste dans le défaut d'application d'hydrofuge.

GAMMA CONCEPT cite d'ailleurs incorrectement l'expert en affirmant que « *cette absence d'entretien de la façade est d'ailleurs soulignée dans le rapport d'expertise* », l'expert n'ayant jamais affirmé pareille chose. Si l'expert propose que la copropriété doit supporter une partie des frais de réhabilitation de l'enduit de façade, c'est uniquement « *parce que l'immeuble avec une façade refaite ressemble plutôt à un immeuble neuf qu'à un immeuble qui a 12 ans d'âge* ».

Ainsi que la Cour va le préciser ci-après, cette proposition de l'expert ne rentre pas dans ses attributions, la question de la réparation étant de la compétence exclusive des juridictions.

GAMMA CONCEPT ne s'est partant pas exonérée de la présomption de responsabilité qui pèse sur elle.

La réparation

GAMMA CONCEPT critique les premiers juges en ce qu'ils ont intégralement fait droit à la demande et s'oppose à supporter les frais d'une remise à neuf complète d'une façade âgée de 14 années sans tenir compte d'un quelconque facteur de vétusté.

En outre, seule la façade NORD et une partie de la façade SUD seraient affectées ainsi que les murs en béton bordant l'entrée à l'immeuble et au garage souterrain.

Si le syndicat des copropriétaires devait le cas échéant être indemnisé d'un éventuel trouble et remis dans la situation dans lequel il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu trouble, il ne s'agirait cependant pas de le mettre dans une situation qui accroîtrait la valeur du bien en lui apportant une amélioration.

Elle s'empare à cet effet du rapport d'expertise HENGEN qui serait d'avis que le préjudice subi par la copropriété est minime et que la réfection proposée reviendrait à améliorer sensiblement l'ouvrage de sorte que la copropriété devrait prendre 65 % de la réfection à sa charge.

Le syndicat des copropriétaires insiste sur la réfection totale de la façade et se prévaut des photos annexées au rapport HENGEN prouvant que les façades Est et Ouest n'ont pas été épargnées par le phénomène, de sorte qu'il faudrait refaire toute la façade, ceci aussi afin d'éviter un aspect « patchwork ».

La Cour retient en premier lieu qu'il résulte des photos versées en cause que l'ensemble de la façade est atteinte de taches verdâtres même si celles-ci affectent davantage le côté Nord que les autres parties.

En ce qui concerne l'usure par vétusté, deux écoles s'opposent en doctrine.

Pour les uns, l'abattement correspondant à la vétusté du bien évite l'enrichissement de la victime. Cette position s'appuie sur une analyse strictement comptable du principe d'équivalence entre dommage et réparation. Le dommage est suffisamment réparé en allouant à la victime l'indemnité qui représente la diminution de son patrimoine causée par le responsable.

Pour les autres, il y a bien enrichissement, mais il se justifie par la nécessité de réparer le dommage dans toute son ampleur. Déduire la vétusté aboutit à accorder à la victime une somme inférieure à celle qui lui serait indispensable pour remplacer le bien détruit et l'obligerait à en mettre de sa poche. Cette analyse repose sur l'idée que la réparation du préjudice, au-delà de la simple compensation comptable de la perte éprouvée par le patrimoine de la victime, doit procurer à celle-ci les moyens d'être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'avait pas eu lieu, donc sans application d'un quelconque coefficient de vétusté.

C'est cette dernière conception qui a été adoptée par la Cour de cassation française et reprise par les juridictions du fond de façon dominante en droit luxembourgeois.

« Le propre de la responsabilité civile étant de réparer aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, la réparation intégrale de celui-ci n'est assurée que par le remboursement des frais de remise en état de la chose, de sorte qu'il ne saurait être retenu un abattement pour cause de vétusté » (CA Agen, 17 juin 2002, n° 00/00380 : JurisData n° 2002-192850).

C'est aussi la position dominante des juridictions luxembourgeoises.

Ainsi a-t-il été décidé plus particulièrement à propos de la prétendue plus-value conférée à un immeuble en raison de la réfection de la façade :

« L'indemnisation doit être totale, en ce sens que [le responsable] doit non seulement réparer les désordres qui se sont déjà manifestés, mais doit procéder à la réfection de manière à faire disparaître la cause même du préjudice ; qu'il en résulte que les condamnations prononcées...ne peuvent entraîner pour [la victime] un enrichissement sans cause donnant lieu à réduction de son indemnité pour plus-value » (Cour d'appel, 1^{er} avril 1992, n° 125889 et 12648).

Une des raisons de cette solution favorable, consistant à ne pas tenir compte d'une éventuelle plus-value, réside en ce qu'elle pénaliserait la victime qui devrait assumer personnellement une partie des frais d'une remise en état pourtant imputable à l'activité dommageable du responsable (Georges RAVARANI : La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, n° 1264).

La Cour retient dès lors dans la présente espèce que bien que ce soit la façade Nord qui est le plus atteinte, il y a lieu à réfection de la totalité avec application d'un hydrofuge, seul moyen de faire disparaître l'origine du vice et d'éviter qu'il ne se développe avec le temps également sur le restant de la façade.

Si plus-value il y a dans le chef de la copropriété, il faut se rendre à l'évidence que la remise en état ne s'impose que faute par le constructeur d'avoir livré un immeuble exempt de vices. Sans ce vice, la copropriété n'aurait certainement pas été amenée à refaire la façade après 13 ans, la durée d'une façade étant estimée par l'expert à 25 ans.

Le jugement est donc à confirmer en ce que la réfection de l'intégralité de la façade a été ordonnée aux frais de GAMMA CONCEPT.

Les montants à allouer

GAMMA CONCEPT conteste l'évaluation du préjudice faite par l'expert HENGEN et conteste notamment les montants relatifs aux frais de surveillance et de coordination du chantier.

Ainsi que la Cour vient de le décider, la réfection totale de la façade s'impose et il faut bien évidemment aussi que le chantier soit coordonné et surveillé.

Par rapport aux chiffres, il est de principe que lorsque les juridictions ont recours à l'avis d'un expert pour les éclairer par des constatations sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien, les juges ne s'écarteront de l'avis des experts judiciaires que lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il y a encore lieu à confirmation en ce que GAMMA CONCEPT a été condamnée au paiement d'un montant, outre les intérêts, de 181.163, 93 € qui correspond au coût de la remise en état proprement dite (164.694,78 €) plus les frais de surveillance et de coordination du chantier (16.469,15 €).

La majoration du taux d'intérêt étant demandée, c'est également à juste titre que les premiers juges l'ont ordonnée.

Les frais de l'instance de référé et les frais d'expertise

GAMMA CONCEPT s'oppose au paiement des frais d'expertise HENGEN en faisant valoir qu'il existait déjà un rapport confectionné par l'expert Steve MOLITOR qui s'était prononcé sur l'ensemble des problèmes et qui était venu à la même conclusion que l'expert HENGEN.

Tel que l'ont retenu à bon droit les juges de première instance, le rapport MOLITOR n'était qu'un rapport d'état des lieux qui s'est uniquement prononcé sur l'existence du vice mais non pas sur ses origines et sur les mesures aptes à y remédier.

L'expert MOLITOR n'a pas non plus chiffré les frais de remise en état.

Afin de départager les parties, il y avait donc lieu à institution d'une expertise judiciaire.

Il en suit que le jugement est encore à confirmer en ce que les frais du référé et de l'expertise HENGEN ont été mis à charge de GAMMA CONCEPT.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, il est inéquitable de laisser à charge du syndicat des copropriétaires l'intégralité des frais irrépétibles qu'il a dû exposer en relation avec le présent litige. C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont condamné GAMMA CONCEPT à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et l'appel de GAMMA CONCEPT tendant à se voir décharger du paiement de celle-ci n'est pas fondé.

L'équité s'oppose en outre à ce que le syndicat des copropriétaires doive supporter l'intégralité des frais irrépétibles en instance d'appel et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Par contre la demande de GAMMA CONCEPT tendant aux mêmes fins doit être rejetée faute par elle de justifier de la condition d'iniquité de l'article 240 NCPC.

Le jugement est donc à confirmer bien que pour d'autres motifs par rapport au régime de responsabilité applicable.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral, vu l'article 227 du Nouveau Code de Procédure Civile,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 2 juin 2015 ;

dit non fondée la demande la société anonyme GAMMA CONCEPT basée sur l'article 240 NCPC ;

condamne la société anonyme GAMMA CONCEPT à payer au syndicat des copropriétaires de la Résidence **RES1**.) une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Me Lex THIELEN, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.