

**Audience publique du 4 juillet deux mille dix-huit**

Numéro 44893 du rôle.

Composition:

Marie-Laure MEYER, premier conseiller, président;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Marc WAGNER, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**la Banque Européenne d'Investissement (B.E.I.)**, établie et ayant son siège social à L-2950 Luxembourg, 100, bd. Konrad Adenauer, représentée par son comité de direction,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 24 février 2017,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, représentée aux fins des présentes par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

**1. la société anonyme APROBAT LALUX-ASSURANCES**, établie et ayant son siège social à L-3372 Leudelange, 11-13, rue Jean Fischbach, représentée par son conseil d'administration,

**2. la société anonyme LA LUXEMBOURGEOISE**, établie et ayant son siège social à L-3372 Leudelange, 9, rue Jean Fischbach, représentée par son conseil d'administration,

intimées aux fins du susdit exploit GEIGER du 24 février 2017,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

### LA COUR D'APPEL :

Un litige est née opposant la Banque Européenne d'Investissement (ci-après « la B.E.I. ») à la société VICUS S.A., actuellement en état de faillite, concernant des désordres affectant l'immeuble sis à L-1273 Luxembourg-Hamm, 22, rue de Bitbourg, dont la B.E.I. est propriétaire pour l'avoir acquis en l'état futur d'achèvement de la société VICUS suivant acte notarié du 24 avril 2002.

En 2007, le terrain jouxtant cet immeuble (sis à L-1273 Luxembourg-Hamm, 20, rue de Bitbourg) a fait l'objet d'importants travaux d'excavation, de terrassement et de creusement d'une fouille et ces travaux ayant générés des vibrations importantes, ont causé des dégâts au tréfonds de l'immeuble sis au numéro 22, rue de Bitbourg. Le maître d'ouvrage du chantier au 20, rue de Bitbourg était également la société VICUS.

VICUS ne réagissant pas aux dénonciations des vices apparus à l'immeuble sis au numéro 22, rue de Bitbourg, la B.E.I. a agi judiciairement sur base d'un exploit d'assignation du 18 août 2011 à l'encontre de Maître Christian STEINMETZ, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société VICUS, prononcée par jugement du 6 mars 2015, ainsi qu'à l'encontre de la société anonyme APROBAT LALUX-ASSURANCES S.A. (ci-après « la société APROBAT LALUX-ASSURANCES »), déclarant être l'assureur en responsabilité décennale de la société VICUS en faillite.

Il y a lieu de renvoyer aux autres rétroactes de l'affaire énoncés au jugement de première instance, lesquels sont censés être reproduits ici.

Par jugement n°91/2016 du 22 avril 2016, le tribunal d'arrondissement a retenu quant à la demande principale de la B.E.I. (rôle numéro 140538) que la demande était recevable en la forme, mais qu'elle était non fondée à l'égard de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES, de sorte qu'il en a débouté la demanderesse. Il a encore laissé les frais de l'instance

introduite à l'égard de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES à charge de la B.E.I. et a ordonné la distraction des dépens au profit du mandataire de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES. Le même jugement a fixé la créance de la B.E.I. à l'encontre de la société VICUS en faillite à la somme de 1.016.111,43 euros au titre de la réparation des désordres ainsi qu'à la somme de 3.500.- euros au titre d'une indemnité de procédure tout en mettant les frais et dépens de l'instance à charge de la masse de la faillite, avec distraction au profit du mandataire de la B.E.I..

Contre ce jugement, lequel ne lui a pas été signifié selon les déclarations des parties, la B.E.I. a formé appel par acte d'huissier du 24 février 2017 à l'encontre de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES et de la société anonyme LA LUXEMBOURGEOISE Société Anonyme d'Assurances (ci-après « la société LA LUXEMBOURGEOISE »), demandant à la Cour, par réformation, de condamner la société APROBAT LALUX-ASSURANCES à payer à la B.E.I. la somme de 1.016.111,43 € au titre des frais de remise en état, à augmenter des intérêts prévus par la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard et elle demande acte que par exploit séparé, elle a fait donner assignation à la société LA LUXEMBOURGEOISE afin de la voir condamner à lui payer cette même somme. Elle demande à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à la société LA LUXEMBOURGEOISE.

Elle demande encore à la Cour de condamner la société APROBAT LALUX-ASSURANCES à lui payer une indemnité de procédure de 20.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que de la condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, elle soutient d'abord que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES aurait adopté au cours de la procédure de première instance un comportement tombant sous le coup du principe selon lequel nul ne saurait se contredire au détriment d'autrui, appelé communément le principe de l'estoppel, ayant dans un premier temps déclaré expressément être l'assureur en responsabilité décennale de la société VICUS, pour soutenir par la suite que tel ne serait pas le cas, la police d'assurance ayant été souscrite par la société LA LUXEMBOURGEOISE. Un tel volte-face, après avoir conclu au fond, serait indéfendable et un tel défaut de qualité ne saurait être opposable à la B.E.I..

L'appelante invoque ensuite que les correspondances échangées et les conclusions notifiées en date du 12 décembre 2011, auraient valeur d'écritures commerciales au sens de l'article 109 du Code de commerce et prouveraient dès lors la qualité d'assureur de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES.

Elle soulève finalement que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES serait en aveu judiciaire, au sens de l'article 1356 du Code civil sur base de ses conclusions du 12 décembre 2011 d'être l'assureur en responsabilité décennale de la société VICUS.

En ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel, la société APROBAT LALUX-ASSURANCES et la société LA LUXEMBOURGEOISE invoquent la règle *non bis in idem* et soulèvent d'abord l'irrecevabilité de « *l'assignation du 24 février 2017 au motif qu'elle fait double emploi avec l'assignation lancée par la même requérante contre la même défenderesse également en date du 24 février 2017* ». Elles estiment encore que les demandes formulées en instance d'appel constituent des demandes qui n'ont pas été formulées en première instance et qui seraient partant irrecevables sur base de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile.

En ce qui concerne le fond, les intimées estiment que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES ne se serait pas contredite au détriment d'autrui, alors que dès le départ elle aurait fait référence dans ses conclusions à la société LA LUXEMBOURGEOISE et qu'elle aurait sur base de ses conclusions des 12 décembre 2011 et 1<sup>er</sup> octobre 2012 dit expressément qu'il fallait mettre en cause la société LA LUXEMBOURGEOISE. En dépit de cela, la B.E.I. n'a lancé aucune mise en intervention à l'encontre de la société LA LUXEMBOURGEOISE. Ainsi aucun préjudice dans le chef de la B.E.I. n'aurait été causé par la société APROBAT LALUX-ASSURANCES.

Elles soutiennent ensuite que des conclusions ne sauraient valoir écritures commerciales au sens de l'article 109 du Code de commerce et que par ailleurs et en application de l'article 16 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, celui-ci devait se prouver par écrit entre parties.

Elles résistent finalement à l'argument tiré de l'existence d'un aveu judiciaire, alors qu'aucun aveu clair et non équivoque de la part de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES ne saurait résulter des conclusions du 12 décembre 2011.

Elles demandent dès lors à la Cour de déclarer l'appel irrecevable, sinon non fondé et de condamner la B.E.I. à payer à chacune des parties intimées une indemnité de procédure de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et de la condamner aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de leur mandataire.

**Appréciation :**Quant à la recevabilité :

Les intimées soulèvent l'irrecevabilité de « *l'assignation du 24 février 2017 au motif qu'elle fait double emploi avec l'assignation lancée par la même requérante contre la même défenderesse également en date du 24 février 2017* ».

Il résulte en effet du dispositif de l'acte d'appel du 24 février 2017 que la B.E.I. demande à lui voir donner acte que par exploit séparé, elle a fait donner assignation à la société LA LUXEMBOURGEOISE afin de la voir condamner à lui payer la somme de 1.016.111,34 € au titre des frais de remise en état, à augmenter des intérêts prévus par la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

La présente chambre de la Cour d'appel n'est saisie que d'un seul acte d'appel du 24 février 2017 entre la B.E.I. d'une part, et les sociétés APROBAT LALUX-ASSURANCES et la société LA LUXEMBOURGEOISE d'autre part. La deuxième demande invoquée par les intimées est pendante entre la B.E.I. et la société LA LUXEMBOURGEOISE devant le tribunal d'arrondissement et tend à voir condamner la société LA LUXEMBOURGEOISE à payer à la B.E.I. la somme de 1.016.111,34 € au titre des frais de remise en état, à augmenter des intérêts prévus par la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard. Si dès lors cette deuxième demande est identique à celle dont est saisie la Cour à l'encontre de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES, la demande pendante devant la Cour à l'encontre de la société LA LUXEMBOURGEOISE est une simple demande à voir déclarer commun l'arrêt à intervenir à la société LA LUXEMBOURGEOISE. L'objet de la demande à l'encontre de la société LA LUXEMBOURGEOISE n'étant pas le même dans les deux instances, le moyen est à rejeter.

Les arguments invoqués à l'appui de l'acte d'appel sont encore critiqués par les intimées pour se heurter à la prohibition des demandes nouvelles en instance d'appel, en application de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile.

La Cour constate que ces arguments constituent certes des moyens nouveaux, mais non pas des prétentions nouvelles, alors que la B.E.I. a déjà sollicité sur base de l'acte introductif d'instance du 18 août 2011 la condamnation solidaire, sinon in solidum, des sociétés VICUS et APROBAT LALUX-ASSURANCES à l'indemniser de toutes les sommes

exposées par elle afin de redresser les dégâts que l'expert retient en relation causale avec les vices de construction de l'immeuble sis à Luxembourg-Hamm, 22, rue de Bitbourg ainsi qu'à lui payer la somme de 6.099.030 euros à titre d'indemnisation du chômage immobilier évalué au 31 août 2011, sous réserve d'augmentation en cours d'instance ainsi qu'à une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel pour violation de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile est partant à rejeter.

Quant au fond :

- L'estoppel :

L'appelante invoque le principe de l'estoppel et soutient que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES aurait dans un premier temps déclaré expressément être l'assureur en responsabilité décennale de la société VICUS pour soutenir par la suite que tel ne serait pas le cas, la police d'assurance ayant été souscrite par la société LA LUXEMBOURGEOISE. Un tel revirement de position, après avoir conclu au fond, serait indéfendable et irrecevable en application du principe de l'estoppel d'après lequel nul ne saurait se contredire au détriment d'autrui. Un tel défaut de qualité ne saurait être opposable à la B.E.I..

Les sociétés intimées concluent au rejet de cette argumentation en soutenant que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES se serait dès le départ référée à la société LA LUXEMBOURGEOISE quand elle s'est référée à l'assureur en garantie décennale de la société VICUS et qu'elle a dit expressément qu'il fallait mettre en cause la société LA LUXEMBOURGEOISE. Aucune contradiction ne saurait partant lui être reprochée.

L'estoppel est une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, autrement qualifiée d'exception d'indignité ou principe d'incohérence, tirée d'une sorte que de morale ou de bonne foi procédurale. Ce principe s'oppose ainsi à ce qu'une partie puisse invoquer une argumentation contraire à celle qu'elle a avancée auparavant. (JurisClasseur, procédure civile, Moyens de défense – Règles générales, fasc.128, n°75 ; Assemblée Plénière, 27 février 2009, Bull.2009, n°1 ; Cass.fr. chambre commerciale, 20 septembre 2011, n°10-22888, RTDC 2011, p.760, note Bertrand FAGES).

Le principe de l'estoppel concerne essentiellement les relations contractuelles et il implique que deux éléments au moins soient réunis : il

faut que dans un même litige opposant les mêmes parties, il y ait, d'une part, un comportement sans cohérence de la partie qui crée une apparence trompeuse et revient sur sa position qu'elle avait fait valoir auprès de l'autre partie, trompant ainsi les attentes légitimes de cette dernière et, d'autre part, un effet du changement de position pour l'autre partie, qui est conduite elle-même à modifier sa position initiale du fait du comportement contradictoire de son adversaire qui lui porte préjudice. Ces deux conditions doivent être réunies pour que l'on puisse faire application de l'estoppel, car il ne peut être question d'empêcher toutes les initiatives des parties et de porter atteinte au principe de la liberté de la défense, ni d'affecter la substance même des droits réclamés par un plaideur, en demandant au juge de devenir le censeur de tous les moyens et arguments des parties.

En l'occurrence, il est constant en cause que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES a indiqué aux termes de conclusions du 12 décembre 2011 que « *la partie concluante assure le bâtiment sis à L-1273 Luxembourg-Hamm, 22, rue de Bitbourg en responsabilité décennale* » et que par conclusions subséquentes du 1<sup>er</sup> octobre 2012, elle a déclaré qu'elle venait « *de se rendre compte que la B.E.I. aurait dû assigner LA LUXEMBOURGEOISE au lieu de la société anonyme APROBAT LALUX-ASSURANCES S.A.* », tout en déclarant encore que « *s'il est vrai que la partie concluante assure le bâtiment en garantie décennale (...)* ».

L'appelante invoque encore que suivant les déclarations de la société VICUS devant les autres parties et l'expert nommé sur base d'une ordonnance référé-probatoire du 5 juin 2008, « *la société APROBAT, qui dépendait du groupe LA LUXEMBOURGEOISE* » prendrait en charge « *en tant qu'assureur RC décennale* » les dégâts constatés et que par courrier du 18 juillet 2011, faisant référence à la police RC décennale n°21/4501, la société APROBAT LALUX-ASSURANCES aurait indiqué que « *nous tenons à vous informer que le rapport définitif de l'expert judiciaire Schroeder & Associés nous a été transmis fin de la semaine passée. Veuillez noter que ledit rapport est en train d'être analysé par nos soins* ». L'appelante invoque par ailleurs à des extraits de pages internet et articles de presse pour étayer son argumentation.

Le principe de l'estoppel constituant une fin de non-recevoir procédurale destinée à sanctionner au nom de la bonne foi les contradictions de comportement d'une partie au cours d'un procès, les extraits de pages internet et articles de presse ne sauraient avoir une quelconque incidence sur l'évaluation du comportement allégué. En revanche, rien ne s'oppose à ce que la Cour prenne en considération le comportement affiché par une partie au cours d'une instance de référé-probatoire introduite en vue de l'instance au fond.

Contrairement à l'argumentation de l'appelante, il y a cependant lieu de constater que la position adoptée par la société APROBAT LALUX-ASSURANCES tant au courrier invoqué du 18 juillet 2011, soit encore au cours de l'instance de référé-probatoire, qu'aux termes de ses conclusions au fond du 12 décembre 2011 est vague et imprécise quant à sa qualité exacte par rapport à la société VICUS. En effet, le courrier du 18 juillet 2011 comporte le double en-tête de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES et de la société LA LUXEMBOURGEOISE et il est signé à la foi par **A.)** en tant que « Gestionnaire Sinistre » et par **B.)** « Directeur Général Adjoint » et **C.)** « Directeur Général » de la société LA LUXEMBOURGEOISE. Aux termes du dispositif des conclusions du 12 décembre 2011, la société APROBAT LALUX-ASSURANCES sollicitait au tribunal de « *prendre en compte les stipulations contractuelles et la couverture d'assurance de LA LUXEMBOURGEOISE* » et de « *donner acte à LA LUXEMBOURGEOISE qu'elle est d'accord, au vu du contrat d'assurance à régler le montant de 314.898,53.- €* ».

Ces imprécisions s'opposant à relever des contradictions claires et nettes dans le comportement de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES, le moyen laisse d'être fondé et est à rejeter.

- L'article 109 du Code de commerce :

L'appelante estime que les « correspondances échangées précitées » ainsi que les conclusions adverses du 12 décembre 2011, qui ont au moins autant de valeur que des correspondances, prouvent la qualité d'assureur de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES.

L'article 109 du Code de commerce accordant une valeur probante à la correspondance entre commerçants ne saurait être appliqué à des conclusions versées dans le cadre d'une procédure judiciaire entre commerçants.

Par ailleurs, les « correspondances échangées précitées », à savoir suivant acte d'appel, un courriel du 14 avril 2011 du mandataire de la B.E.I., une mise en demeure du 30 juin 2011 du mandataire de la B.E.I. adressée à la société VICUS et à la société APROBAT LALUX-ASSURANCES ainsi qu'un courrier du 18 juillet 2011 sur papier à double en-tête de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES et de la société LA LUXEMBOURGEOISE, ne constitue pas un échange de correspondance entre un assureur et un assuré de nature à former un contrat d'assurance. L'affirmation sur base du courrier du 18 juillet 2011 que le rapport d'expertise est en train d'être analysé ne saurait créer dans le chef de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES une qualité d'assureur.



Le moyen est à rejeter.

- L'aveu judiciaire:

L'appelante invoque encore que la société APROBAT LALUX-ASSURANCES serait en aveu judiciaire, au sens de l'article 1356 du Code civil, sur base de ses conclusions du 12 décembre 2011, d'être l'assureur en responsabilité décennale de la société VICUS.

Les intimés résistent à cet argument en soutenant qu'aucun aveu clair et non équivoque de la part de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES ne résulterait des conclusions du 12 décembre 2011.

L'aveu judiciaire consiste pour un plaideur à reconnaître pour vrai, de manière non équivoque, un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques (Cass.fr. civ. 1<sup>ière</sup>, 4 mai 1976, n° 75-10.452 JurisData n°1976-098182). L'aveu est souvent analysé comme reposant sur la présomption selon laquelle lorsqu'une personne déclare pour vrai un fait de nature à produire contre elle des effets juridiques avec la conscience des conséquences qui peuvent en résulter, cette déclaration correspond à la vérité puisqu'elle est désintéressée (JurisClasseur civil, articles 1383 à 1383-2, fasc.10, Preuve des obligations, modes de preuve – aveu, conditions, n°3). Aux termes de l'article 1356 du Code civil l'aveu judiciaire « *ne peut être révoqué, à moins qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit* ». Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier, d'une part, si une manifestation expresse ou implicite de l'avouant répond bien à la qualification d'aveu et, d'autre part, pour interpréter l'aveu. L'aveu judiciaire suppose d'apparaître, soit oralement à la barre, soit par écrit dans l'assignation introductive d'instance ou dans des conclusions. En revanche, les lettres missives échangées entre les parties pendant le cours de l'instance ne valent pas aveu judiciaire, mais pourront être produites comme aveu extrajudiciaires (JurisClasseur op.cit. n°41).

En l'occurrence, tel que relevé aux développements précédents, le contenu des conclusions du 12 décembre 2011 n'est pas sans équivoque en raison de son caractère ambigu résultant de l'ensemble des énonciations desdites conclusions. Celles-ci manquent partant de la clarté nécessaire à un aveu, de sorte que la qualification d'un aveu judiciaire en résultant est à écarter.

En conséquence, l'appel est à déclarer non fondé.

- L'indemnité de procédure :

Les intimées réclament chacune une indemnité de procédure de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

A défaut de justifier l'iniquité requise par le prédit article, leur demande est à rejeter.

La société APROBAT LALUX-ASSURANCES et la société LA LUXEMBOURGEOISE demandent la condamnation de l'appelante aux frais et dépens des deux instances. Dans la mesure où le jugement du 22 avril 2016 contient déjà une condamnation de la B.E.I. aux frais et dépens de l'instance à l'encontre de la société APROBAT LALUX-ASSURANCES, la demande actuelle fait double emploi. La demande de la société LA LUXEMBOURGEOISE est sans objet, alors qu'aucune demande n'a été introduite par la B.E.I. à son encontre. Ces demandes sont partant à rejeter.

Au vu du sort réservé à l'appel, la B.E.I. est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel.

### **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 NCPC,

déclare l'appel recevable ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande en obtention d'une indemnité de procédure de la société anonyme APROBAT LALUX-ASSURANCES S.A. et de la société anonyme LA LUXEMBOURGEOISE Société Anonyme d'Assurances ;

rejette les demandes de la société anonyme APROBAT LALUX-ASSURANCES S.A. et de la société anonyme LA LUXEMBOURGEOISE Société Anonyme d'Assurances à voir condamner la BANQUE

EUROPEENNE D'INVESTISSEMENT aux frais et dépens de la première instance ;

déclare le présent arrêt commun à la société anonyme LA LUXEMBOURGEOISE Société Anonyme d'Assurances ;

condamne la BANQUE EUROPEENNE D'INVESTISSEMENT aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Marc KERGER, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.