

-Arrêt civil-

Audience publique du dix février deux mille onze

Numéro 35108 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e :

la société anonyme **OOO**, établie et ayant son siège social à L- ..., inscrite au registre du 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 Guy ENGEL de Luxembourg des 10 et 13 juillet 2009,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) MMM FFF, retraitée, demeurant à L- ...,

intimée ayant, par un acte d'avocat signifié le 5 février 2010, repris en sa qualité d'ayant droit de la totalité de la communauté de feu son mari JJJ BBB,

décédé le 21 janvier 2010, l'instance introduite contre ce dernier par l'appelante OOO,

comparant par Maître François REINARD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) NNN BBB, employé privé, demeurant à L- ...,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

partie défaillante,

3) la société anonyme XXX, compagnie d'assurances, établie et ayant son siège social à L- ..., inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître René BEISSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

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

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier des 10 et 13 juillet 2009, la société OOO a relevé appel d'un jugement numéro 211/08 rendu le 2 décembre 2008 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile.

Par cet appel, la société OOO a intimé JJJ BBB, MMM FFF, NNN BBB, la compagnie d'assurances XXX et la société YYY.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les forme et délai de la loi.

JJJ BBB est décédé le 21 janvier 2010. Suite à ce décès, MMM FFF a repris l'instance engagée contre feu son mari JJJ BBB.

En application de l'article 84 du nouveau code de procédure civile, NNN BBB a été réassigné par exploit du 16 octobre 2009.

La société YYY et la compagnie d'assurances XXX se rapportent à la sagesse de la Cour.

Sur base des pièces versées, les faits à la base du litige se résument comme suit :

NNN BBB et JJJ BRAUSCH ont, en leur qualité de promoteurs, réalisé la construction de dix maisons unifamiliales ainsi que d'une résidence « Les Aubépinés » dans le Val Sainte Croix à Luxembourg.

La société YYY avait été chargée de la réalisation des façades et la société OOO avait été chargée de la réalisation du gros-œuvre.

La compagnie d'assurances XXX était l'assureur « tous risques chantier » des différents immeubles.

Des vices affectant les immeubles ont donné lieu à différentes instances.

Par jugement du 15 juillet 2005, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a, à propos de fissures affectant la façade de la résidence « Les Aubépinés », retenu la responsabilité civile contractuelle de JJJ BBB et de NNN BBB. Le tribunal a condamné JJJ BBB et NNN BBB solidairement à payer au syndicat des copropriétaires de la résidence « Les Aubépinés », à titre de frais de réfection, la somme de 86.033,79 € avec les intérêts légaux à partir du 18 avril 2002, jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Il a condamné JJJ BBB et NNN BBB à payer au syndicat des copropriétaires de la résidence « Les Aubépinés » une indemnité de procédure de 1.500 €. Il les a également condamnés aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier des 8, 9 et 12 août 2002, JJJ BBB et NNN BBB ont demandé que les sociétés OOO et YYY et la compagnie d'assurances XXX les tiennent quittes et indemnes de toute condamnation prononcée à leur égard dans le cadre du litige les opposant au syndicat des copropriétaires de la résidence « Les Aubépinés ».

JJJ BBB et NNN BBB ont ainsi demandé, dans le cadre d'une instance réunissant différentes demandes relatives aux immeubles dont JJJ BBB et NNN BBB ont été les promoteurs, que la responsabilité décennale des sociétés YYY et OOO soit, relativement aux fissures affectant la façade de la résidence « Les Aubépinnes », retenue et que les sociétés YYY et OOO soient condamnées à leur payer du chef de leur condamnation du 15 juillet 2005 aux frais de réfection de la façade le montant de 20.642,79 € (soit le montant de leur condamnation du 15 juillet 2005, déduction faite du montant leur payé par la compagnie d'assurances XXX qui, en raison des stipulations de franchise du contrat d'assurance, n'a pas pris entièrement à sa charge le sinistre), ce montant avec les intérêts légaux à partir du 18 avril 2002 jusqu'à solde.

NNN BBB et JJJ BBB ont encore demandé que les sociétés YYY et OOO, ainsi que la compagnie d'assurances XXX soient condamnées à leur payer, du chef des frais et émoluments alloués à l'avocat du syndicat des copropriétaires de la résidence « Les Aubépinnes » par le jugement du 15 juillet 2005 et du chef de l'indemnité de procédure à laquelle ils ont été condamnés par le même jugement, un montant total de 731,32 € + 1.500 € = 2.231,32 €.

Dans son jugement du 2 décembre 2008, le tribunal a dit que les fissures à la façade de la résidence « Les Aubépinnes » ne sont pas imputables à la société YYY Il a dès lors déclaré la demande dirigée contre la société YYY non fondée. Il a par contre dit, sur base du rapport d'expertise Jean-Claude HENGEN du 15 août 1995, que la cause des fissures est à rechercher dans la déformation excessive du support, œuvre de la société OOO, et que la responsabilité décennale de la société OOO est donnée. Par voie de conséquence, il a condamné la société OOO à payer à JJJ BBB et à NNN BBB le montant de 20.642,79 € avec les intérêts légaux à partir du 18 avril 2002 jusqu'au 31 janvier 2006.

Le tribunal a par ailleurs condamné la compagnie d'assurances XXX et la société OOO in solidum à payer à JJJ BBB et à NNN BBB le montant de 2.231,32 €.

Le tribunal, saisi par exploit du 5 novembre 1993 d'une demande de la société OOO dirigée contre JJJ BBB et NNN BBB, a en outre dans son jugement du 2 décembre 2008 condamné JJJ BBB et NNN BBB à payer à la société OOO du chef de solde de la retenue de garantie de la résidence « Les Aubépinnes » et des maisons, ainsi que du chef d'une facture n° 352/218/92 du 12 novembre 1992 un montant de 72.862,75 € avec les intérêts légaux à partir du 3 août 1993 jusqu'à solde.

En ce qui concerne cette dernière condamnation, le tribunal a ordonné l'exécution provisoire sans caution dans son jugement.

Le tribunal n'a pas procédé à une compensation entre les condamnations prononcées.

Pour obtenir paiement du montant lui alloué par le jugement du 2 décembre 2008, la société OOO a pratiqué saisie-arrêt entre les mains du notaire Karine REUTER.

La société appelante OOO fait valoir qu'il ressort d'un courrier que JJJ BBB et NNN BBB ont adressé le 21 janvier 2009 à Maître Karine REUTER, d'un courrier transmis le 22 janvier 2009 par fax par Maître François REINARD, mandataire de JJJ BBB, à Maître Karine REUTER, ainsi que d'un courrier transmis par fax le 22 janvier 2009 par Maître François REINARD à Maître Arsène KRONSHAGEN, mandataire de la société OOO, que JJJ BBB et NNN BBB ont acquiescé au jugement du 2 décembre 2008, de sorte qu'ils ne sauraient plus valablement demander l'exécution du jugement qui leur a alloué le montant de 20.642,79 €.

Dans un ordre subsidiaire, la société OOO fait valoir que JJJ BBB et NNN BBB ont renoncé au paiement du montant de 20.642,79 € leur alloué par le jugement.

C'est à tort que la société OOO, qui n'impute pas à JJJ BBB et à NNN BBB une acceptation du jugement, parle d'un acquiescement au jugement.

Ce qui est en cause en l'occurrence n'est pas un acquiescement, mais une renonciation au bénéfice des dispositions d'un jugement. Cette renonciation ne se présume pas.

Dans la lettre du 21 janvier 2009 JJJ BBB et NNN BBB donnent instruction à Maître Karine REUTER de virer au compte de Maître Arsène KRONSHAGEN « le montant de 139.419,09 € avec la mention "solde de saisie-arrêt du 18 décembre 2008" contre mainlevée de la prédite saisie-arrêt ».

Le fax du 22 janvier 2009, envoyé à 10.48 heures par Maître François REINARD à Maître Arsène KRONSHAGEN, a la teneur suivante :

« Mon cher confrère,

Je reviens à l'affaire émarginée suite à l'envoi de votre projet de lettre d'instruction au notaire Karine Reuter.

Si sur le principe M. JJJ BBB est d'accord avec la façon de procéder, il apparaît cependant que dans votre calcul vous n'avez pas tenu compte du montant de la condamnation de OOO à payer aux conjoints BBB le montant de 2.231,32 €.

M. JJJ BBB serait par conséquent disposé à donner instruction au notaire Reuter de vous virer le montant de 139.419,09 ./ 2.231,32 = 137.187,77 € pour solde de tous comptes et contre mainlevée de la saisie-arrêt. Dès que vous m'aurez confirmé que vous êtes d'accord avec cette façon de procéder je donnerai le feu vert à Me Reuter afin que le paiement puisse intervenir dans les meilleurs délais. »

Ce fax a trouvé l'accord de Maître Arsène KRONSHAGEN.

Par son fax envoyé le 22 janvier 2009 à 15.33 heures, Maître François REINARD a fait savoir à Maître Karine REUTER que son mandat, à savoir JJJ BBB, l'a « chargé de vous donner par la présente instruction de virer au crédit du CCP LU08 1111 1966 5233 0000 de Me Arsène Kronshagen le montant de **137.187,77 €** avec la mention "solde affaire de saisie-arrêt du 18 décembre 2008" contre mainlevée de la prédite saisie-arrêt ».

Ce fax a également trouvé l'accord de Maître Arsène KRONSHAGEN.

La société OOO fait valoir qu'il se dégage des prédicts courriers qu'il était dans l'intention des parties adverses de considérer que par le paiement du montant de 137.187,77 € la créance de JJJ BBB et de NNN BBB résultant du jugement du 8 décembre 2008 et portant sur les montants de 20.642,79 € et de 2.231,32 € a été éteinte.

La société appelante se prévaut notamment de la circonstance que dans le courrier du 22 janvier 2009, envoyé à 10.48 heures par Maître François REINARD, ce dernier a dit que le montant de 139.419,09 – 2.231,32 = 137.187,77 € est à virer pour solde de tous comptes.

MMM FFF, qui conteste qu'il y ait eu acquiescement, fait valoir que la question de la condamnation au montant de 20.642,79 € n'a pas été abordée dans le cadre des discussions relatives à la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée en vue d'obtenir paiement du montant auquel JJJ BBB et NNN BBB ont été condamnés.

Il résulte du courrier du 21 janvier 2009 et de celui du 22 janvier 2009, faxé à 10.48 heures, qu'il avait été initialement envisagé tant par JJJ BBB et NNN BBB que par Maître Arsène KRONSHAGEN, mandataire de la société OOO, que le montant de 139.419,09 €, montant résultant de la condamnation au profit de la société OOO, était à payer pour l'obtention de la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par la société OOO pour obtenir exécution de la condamnation prononcée à l'encontre de JJJ BBB et NNN BBB.

C'est sur initiative de Maître François REINARD, mandataire du seul JJJ BBB, qu'il a été envisagé de compenser le montant dû à la société OOO avec le montant de 2.231,32 € dû à NNN BBB et à JJJ BBB. Le mandataire

de JJJ BBB n'a pas mis en discussion d'opérer également la compensation avec le montant de 20.642,79 €. La mention "pour solde de tous comptes" du fax du 22 janvier 2009 ne vise donc pas les comptes existant de part et d'autre. Elle vise le seul solde existant en vertu du jugement au profit de la société OOO.

Cette interprétation du fax du 22 janvier 2009, envoyé à 10.48 heures, est corroborée par le fax, envoyé le 22 janvier 2009 à 15.33 heures, par Maître François REINARD à Maître Karine REUTER, fax qui a été approuvé par Maître Arsène KRONSHAGEN, où il n'est plus fait de référence à la mention "solde de tous comptes" et où il dit que le montant de 137.187,77 € est le "solde affaire de saisie-arrêt du 18 décembre 2009".

Il se dégage des développements qui précèdent qu'il n'y a pas eu en l'espèce renonciation au montant de 20.642,79 € alloué à JJJ BBB et à NNN BBB par le jugement du 2 décembre 2008.

On ne voit d'ailleurs pas pour quelle raison une telle renonciation serait intervenue et la société OOO ne fournit pas d'explications à ce sujet.

Dans un ordre subsidiaire, la société OOO, se référant à un rapport établi en date du 12 novembre 1993 par l'expert Jean-Claude HENGEN, conclut à voir dire qu'elle n'encourt pas de responsabilité puisque les fissures sont dues non au gros-œuvre, mais à une mauvaise application de l'enduit de façade.

Il y a lieu de donner acte à la société YYY qu'elle conteste toute responsabilité dans son chef.

C'est à juste titre que MMM FFF fait valoir que le rapport invoqué par la société OOO concerne un immeuble, propriété des époux KLEES-SCHMITZ, et qu'il ne concerne pas la résidence « Les Aubépinés ».

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont, sur base du rapport d'expertise Jean-Claude HENGEN du 15 août 1995, dit que les fissures sont imputables aux travaux de gros-œuvre et qu'ils ont retenu la responsabilité de la société OOO.

Dans un ordre plus subsidiaire, la société OOO fait valoir qu'il ne ressort d'aucun élément de la cause que le montant de 20.642,79 € lui réclamé correspond effectivement à la franchise prévue au contrat « tous risques chantier » de la compagnie d'assurances XXX.

La société OOO insinue donc que JJJ BBB et NNN BBB ont reçu de la part de l'assureur un montant supérieur à celui qu'ils ont reconnu avoir reçu.

La société OOO, dont la responsabilité vis-à-vis de JJJ BBB et de NNN BBB est engagée, doit réparer le préjudice accru à ceux-ci en raison des fissures à la façade. Par jugement du 15 juillet 2005, ce préjudice a été fixé à 86.033,79 €.

Comme la société OOO, à qui incombe la charge de la preuve, n'a pas prouvé qu'elle s'est libérée de sa dette par un paiement effectué par la compagnie d'assurances XXX au profit de JJJ BBB et de NNN BBB, la société OOO n'est pas fondée à dire que JJJ BBB et NNN BBB ont reçu un montant supérieur à celui qu'ils ont reconnu avoir reçu.

La société OOO dit en outre que le montant de sa condamnation est à réduire au montant de 6.197,34 € et ce conformément aux dispositions du contrat d'assurance qui dit qu'en cas de sinistre, une franchise de 10% est appliquée avec un minimum de 50.000 LUF et un maximum de 250.000 LUF par sinistre.

En tant que tierce au contrat d'assurance « tous risques chantier », la société OOO, tenue de réparer l'entière du préjudice dont elle est responsable, ne peut invoquer une franchise dont le bénéfice est réservé à l'assureur qui doit couverture.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel de la société OOO n'est pas fondé.

La société OOO, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel et qui a succombé, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de MMM FFF et de la société YYY les frais irrépétibles de l'instance d'appel. Ces parties ont donc droit à des indemnités de procédure pour l'instance d'appel.

La Cour fixe ex aequo et bono à 2.000 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à MMM FFF et à 500 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à la société YYY, société qui s'est rapportée à la sagesse de la Cour.

PAR CES MOTIFS

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

déclare l'appel recevable ;

donne acte à la société YYY qu'elle conteste toute responsabilité dans son chef ;

déclare l'appel non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute la société OOO de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare la demande de MMM FFF en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée pour un montant de 2.000 € ;

condamne la société OOO à payer à MMM FFF une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.000 € ;

déclare la demande de la société YYY en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée pour un montant de 500 € ;

condamne la société OOO à payer à la société YYY une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 500 € ;

condamne la société OOO aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître François REINARD et de Maître Pierre THIELEN, avocats à la Cour, qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.